



März 2009

## Neue Rechtsentwicklungen

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

das erste Quartal in 2009 bringt wieder viele Neuerungen aus Rechtsprechung und Gesetzgebung. Ende letzten Jahres haben wir Sie bei unserem Unternehmertag u.a. auch über die Erbschaftsteuerreform informiert. Nach Inkrafttreten möchten wir Sie einladen, auch hierauf noch einmal einen Blick zu werfen. Umfangreiches Informationsmaterial finden Sie auf der Startseite unserer Homepage unter [www.brandi.net](http://www.brandi.net). In Zeiten, die mit Themen wie der Wirtschaftskrise belastet sind, ist Informiertheit wichtiger denn je. Daher haben wir für Sie wieder die wichtigsten Entscheidungen in diesem Rundbrief aufbereitet.

Wir freuen uns, Sie auch wieder zu weiteren Veranstaltungen wie dem Baurechtsforum am 24.04.2009 und dem Unternehmertag am 07.05.2009 in diesem Jahr begrüßen zu dürfen. Weitere Informationen hierzu finden Sie unter der Rubrik „Wir über uns“. Wir wünschen Ihnen wie immer viel Spaß bei der Lektüre.

Herzlichst  
Ihre Patrizia Ferrara



### Inhalt

Dr. Andrea Pirscher / Andreas Wiemann

**Urlaub „ohne Ende“? - Der EuGH hat gesprochen ..... Seite 2**

Mischa Honnen/Uwe Augustin

**Modernisierung des Arbeitsrechts in Frankreich ..... Seite 3**

Dr. Jens Hoffmann

**Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen ..... Seite 4**

Dr. Jörg König

**Verdienstausschluss des Geschäftsführers ..... Seite 4**

Dr. Axel Brandi

**Mehrheitsentscheidungen in Personengesellschaften ..... Seite 5**

Dr. Jens Hoffmann

**Keine Außenhaftung qualifizierter Treugeber einer Personengesellschaft ..... Seite 6**

Dr. Kevin Kruse

**Vorsicht bei Verwendung des ®-Symbols! ..... Seite 7**

Dr. Kevin Kruse

**Reform des Patentrechts steht bevor ..... Seite 7**

Dr. Nils Gronemeyer

**Einzelhandelskonzepte der Gemeinden ..... Seite 8**

Dr. Nils Gronemeyer

**Gebietsbezogene Verkaufsflächenbeschränkungen in Sondergebieten ..... Seite 9**

Dr. Jörg König

**Schönheitsreparaturen und kein Ende - Gewerberaummietrecht ..... Seite 9**

Dr. Jörg König

**Mieterwechsel nach Umwandlungsgesetz - GmbH statt Einzelkaufmann ..... Seite 10**

Dr. Jörg König

**Schadenersatz bei gewerblichem Rechtsschutz..... Seite 11**

Dr. Hans-Jürgen Buchmüller

**Bundesgerichtshof: Keine Verpflichtung zur zeitlichen Begrenzung..... Seite 11**

Dr. Fabian Breckheimer

**„Irrtümer vorbehalten“ - Zulässige Floskel oder unwirksame AGB? ..... Seite 12**

Dr. Fabian Breckheimer

**Kein Wertersatz für Nutzung mangelhafter Ware..... Seite 12**

Dr. Sebastian Meyer

**BGH hat über die Zulässigkeit von AdWord-Werbung entschieden ..... Seite 13**

Dr. Nils Wigglinghaus

**Neue Möglichkeiten zur Beitreibung von Forderungen ..... Seite 14**

## Urlaub „ohne Ende“? – Der EuGH hat gesprochen

1.

Nach dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) muss der Urlaub im laufenden Kalenderjahr genommen werden. Auf das folgende Kalenderjahr wird der (Rest)urlaubsanspruch nur übertragen, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen (§ 7 Abs. 3 Sätze 1 und 2 BUrlG). Zu diesen „persönlichen Gründen“ gehört die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers. Wird der Urlaubsanspruch übertragen, muss er nach dem Gesetzeswortlaut bis zum 31. März des Folgejahres gewährt und in Anspruch genommen werden (§ 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG). Bislang war klar, was passiert, wenn der dauerkranke Arbeitnehmer bis zum 31. März nicht wieder gesund wird: Sein restlicher Urlaubsanspruch erlosch ersatzlos.

2.

Nun aber hat der EuGH (Urteil vom 20.01.2009 - Rs. C-350-06) gesprochen: Da der Arbeitnehmer keinen Einfluss auf das Eintreten der Arbeitsunfähigkeit habe, könne er seinen Urlaubsanspruch vor der Erkrankung nicht rechtzeitig realisieren. Das Gemeinschaftsrecht (Richtlinie 2003/88/EG) sehe aber einen garantierten Urlaubsanspruch von vier Wochen vor. Wenn der Arbeitnehmer erst nach dem 31. März des Folgejahres gesund werde, dürfe ihm der Urlaubsanspruch nicht abgeschnitten werden.

3.

Für Arbeitgeber kann das teuer werden! In dem vom EuGH entschiedenen Fall hatte der Arbeitnehmer 14.000,00 € Urlaubsabgeltung eingeklagt. Das LAG Düsseldorf hatte die Sache dem EuGH vorgelegt und wenige Tage nach dessen Entscheidung dem Arbeitgeber nahezu den gesamten Klagebetrag zugesprochen. Gegen dieses Urteil hat der Arbeitgeber inzwischen Revision eingelegt, so dass sich jetzt das BAG mit dem Fall befassen muss.

4.

Private Arbeitgeber sollten abwarten, ob das BAG bei seiner bisherigen Rechtsprechung bleibt. Es könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass der klare Wortlaut des § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG auch nicht durch eine richtlinienkonforme Auslegung „überwunden“ werden könne. Zudem könnte das BAG einen Vertrauensschutz für „Altfälle“ gewähren, weil Arbeitgeber auf die Gesetzeslage und die ständige Rechtsprechung vertrauten. Bis zur Entscheidung des BAG sollten entsprechende „Alt-Ansprüche“ der Arbeitnehmer nicht befriedigt werden.

5.

Für die betriebliche Praxis hat das Urteil des EuGH dennoch Relevanz. Es müssen ggf. Rückstellungen für den Fall gebildet werden, dass das BAG dem EuGH „folgt“, zumindest aber Resturlaubsansprüche in der Personalplanung einkalkuliert werden. Leider können noch nicht alle aus dem Urteil des EuGH resultierenden Fragen zuverlässig beantwortet werden:

- Urlaubsansprüche verfallen, wenn und insoweit der Arbeitnehmer nach seiner Genesung vor Ablauf des Urlaubsjahres/des Übertragungszeitraums seinen während der Krankheit aufsummierten Urlaub hätte geltend machen können, dies aber nicht getan hat. Gewährt der Arbeitgeber trotz der rechtzeitigen Geltendmachung den Urlaub nicht, kann der Arbeitnehmer Schadensersatz in Form eines Ersatzurlaubsanspruchs beanspruchen.
- Arbeitnehmer, die arbeitsunfähig ausgeschieden sind, können ihren Urlaubsabgeltungsanspruch innerhalb der dreijährigen Verjährungsfrist geltend machen. Ob tarifliche oder vertragliche Ausschlussfristen eingreifen, ist noch nicht geklärt.
- Ob der über vier Wochen hinausgehende Urlaubsanspruch auch den neuen „Spielregeln“ unterliegt, hängt u.a. von der Auslegung der entsprechenden vertraglichen/tariflichen Regelungen ab.

6.

In neuen Arbeitsverträgen können durch geschickte Klauselgestaltung die Übertragung und der Verfall zumindest des vertraglichen Zusatzurlaubs geregelt werden.

Das Urteil des EuGH wird zudem einen (gewissen) positiven Einfluss auf die Rechtfertigung einer Kündigung wegen lang andauernder Krankheit haben. Je umfangreicher die aufsummierten Urlaubsansprüche, desto größer ist die Beeinträchtigung betrieblicher Interessen.

Dr. Andrea Pirscher, Büro Bielefeld | [andrea.pirscher@brandi.net](mailto:andrea.pirscher@brandi.net)

### Anmerkung aus beamtenrechtlicher Sicht

Nach bestehender Gesetzeslage in § 7 der Erholungsurlaubsverordnung (EUrlV) des Bundes und in § 8 Abs. 2 der Erholungsurlaubsverordnung (EUrlV) für das Land Nordrhein-Westfalen sowie der hierzu ergangenen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte verfallen auch Ansprüche von Beamten auf bezahlten Jahresurlaub grundsätzlich, wenn der Beamte im Bezugszeitraum und/oder im Übertragungszeitraum krankgeschrieben war und seine Dienstunfähigkeit bis zum Ende seines Beamtenverhältnisses fort dauert. In diesen Fällen wird auch grundsätzlich keine finanzielle Abgeltung des nicht genommenen Jahresurlaubs gewährt.

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 20. Januar 2009 findet auch auf entsprechende beamtenrechtliche Fragestellungen Anwendung. Es ist nämlich zu beachten, dass das europäische Recht und der Europäische Gerichtshof den Begriff „Arbeitnehmer“ grundsätzlich weiter verstehen als der deutsche Gesetzgeber. Unter den Begriff des „Arbeitnehmers“ fallen danach regelmäßig auch Beamte.

Öffentliche Dienstherren haben damit auch in beamtenrechtlicher Hinsicht das wichtige Grundsatzurteil des Europäischen Gerichtshofs zu beachten, das für einen „Paukenschlag“ gesorgt haben dürfte. Wegen offener Folgefragen, die sich aus dem Urteil ergeben, ist davon auszugehen, dass sich auch die (nationalen) Verwaltungsgerichte zukünftig mit dieser Problematik nunmehr unter einem „EU-rechtlichen Blickwinkel“ beschäftigen werden.

Andreas Wiemann, Büro Minden | [andreas.wiemann@brandi.net](mailto:andreas.wiemann@brandi.net)

---

### **Modernisierung des Arbeitsrechts in Frankreich: Einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses nunmehr gesetzlich geregelt**

---

Wie in der Juli-Ausgabe des Mandantenrundbriefes 2008 bereits angekündigt, sind in Frankreich verschiedene Gesetze zur Modernisierung des Arbeitsmarktes in Kraft getreten. Mit Einführung des Gesetzes n°2008-596 vom 25. Juni 2008 können Arbeitgeber und Arbeitnehmer nunmehr einen unbefristeten Arbeitsvertrag einvernehmlich durch eine gesetzlich definierte Vereinbarung aufheben („*rupture conventionnelle*“).

Schon zuvor bestand zwar grundsätzlich nach der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte die Möglichkeit einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses, der sog. *résiliation amiable*. Mangels eines gesetzlichen Rahmens bestanden jedoch häufig Zweifel bezüglich der Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung. Auch musste der Arbeitnehmer mit einer Sperrfrist im Hinblick auf den Bezug von Leistungen des Arbeitsamtes rechnen. Schließlich wurde eine evtl. vereinbarte Abfindung wie Gehalt behandelt und unterlag daher im vollen Umfang der Steuer- und Sozialabgabepflicht. Aus diesem Grund wählte man bisher selbst dann, wenn die Vertragsparteien sich über die Konsequenzen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einig waren, meist den Weg der „streitigen“ Kündigung mit einem anschließenden Vergleich zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, der alle Folgen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses abschließend regelte. Da dieses Vorgehen insbesondere voraussetzt, dass zunächst alle Formvorschriften einer arbeitgeberseitigen Kündigung eingehalten werden, ist es relativ langwierig und schwerfällig.

Um die mit der *résiliation amiable* für den Arbeitnehmer verbundenen Nachteile auszugleichen, wurde nunmehr die *rupture conventionnelle* eingeführt. Sie hat drei wesentliche Voraussetzungen: ein Vorgespräch, eine Aufhebungsvereinbarung und eine behördliche Genehmigung („*Homologation*“).

Die Bedingungen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses werden zunächst von Arbeitgeber und Arbeitnehmer in einem oder mehreren Vorgesprächen ausgehandelt. Bei den Parteien ist es gestattet, zu den Unterredungen eine weitere Person als Beistand hinzuzuziehen, wobei der Arbeitgeber dies jedoch nur dann darf, wenn auch der Arbeitnehmer

einen Beistand hinzuzieht. Rechtsanwälte dürfen weder auf Arbeitgeber- noch auf Arbeitnehmerseite teilnehmen.

Sinn des Vorgesprächs ist es vor allem, den Arbeitnehmer über seine Rechte und die Art und Weise der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu informieren. Diese Information ist unerlässlich, da die Wirksamkeit der Beendigungsvereinbarung voraussetzt, dass sich der Arbeitnehmer über ihren Inhalt und ihre Konsequenzen vollkommen im Klaren ist.

Im Anschluss an das oder die Vorgespräche kann über den konkreten Inhalt der Vereinbarung verhandelt werden. Insoweit sind insbesondere der Zeitpunkt der Aufhebung, die Höhe der dem Arbeitnehmer gezahlten Abfindung und die Rückgabe der sich im Besitz des Arbeitnehmers befindlichen, dem Unternehmen gehörenden Gegenstände von Bedeutung. Die Aufhebungsvereinbarung muss zwingend in Formularform abgeschlossen werden. Dieses Formular kann eventuell hinsichtlich einzelner Punkte (z.B. Wettbewerbsverbot, Vertraulichkeit) durch ein separates Dokument ergänzt werden.

Der frühestmögliche Zeitpunkt für die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses ist der Tag nach der „*Homologation*“ (Genehmigung) der Vereinbarung durch die zuständige Arbeitsaufsichtsbehörde (*DDTEFP* = „*Direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle*“). Es kann jedoch vereinbart werden, das Arbeitsverhältnis zu einem späteren Zeitpunkt enden zu lassen, z. B. um es dem Arbeitgeber zu ermöglichen, die Stelle neu zu besetzen bzw. dem Arbeitnehmer den nahtlosen Übergang in ein neues Beschäftigungsverhältnis zu ermöglichen.

Schließlich hat der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Abfindung, die kraft Gesetzes ab einem Jahr Betriebszugehörigkeit 1/5 des Monatsgehalts pro Jahr der Betriebszugehörigkeit betragen muss. Ab 10 Jahren Betriebszugehörigkeit ist zusätzlich ein Betrag in Höhe von 2/15 des Monatsgehalts pro Jahr der Betriebszugehörigkeit zu zahlen. Falls ein einschlägiger Tarifvertrag für den Arbeitnehmer vorteilhaftere Kündigungsentschädigungen vorsieht, so sind diese als Mindestabfindung geschuldet.

Nach Unterzeichnung des Formulars beginnt die Frist für den Widerruf („*rétractation*“). Jede Partei ist berechtigt, die Vereinbarung innerhalb einer Frist von 15 Kalendertagen zu widerrufen. Erst nach Ablauf dieser Frist können der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer den Antrag auf *Homologation* der Vereinbarung an die *DDTEFP* senden.

Nach Eingang des Antrags auf *Homologation* prüft die *DDTEFP* innerhalb einer Frist von 15 Werktagen, ob die Vereinbarung die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt und ob das Einverständnis beider Parteien vorliegt. Die *DDTEFP* kann dem Antrag auf *Homologation* der Vereinbarung entweder ausdrücklich stattgeben, ihn zurückweisen oder die 15 Tage Frist verstreichen lassen, wodurch die *Homologation* als stillschweigend erteilt gilt.

Mit der Genehmigung der *rupture conventionnelle* wird das Arbeitsverhältnis zu dem vorgesehenen Zeitpunkt beendet.

Für Streitigkeiten im Hinblick auf die Vereinbarung, die *Homologation* oder die Ablehnung des Antrags auf *Homologation* ist ausschließlich das Arbeitsgericht zuständig („*Conseil des prud’hommes – CPH*“). Die Frist für eine Klage beträgt 12 Monate und läuft ab dem Datum der Entscheidung betreffend die *Homologation*.

Eine von der *DDTEFP* bestätigte Vereinbarung kann insbesondere wegen Willensmängeln, Irrtums, Drohung oder Arglist angefochten werden, was insbesondere dann möglich sein dürfte, wenn der Arbeitnehmer darlegen kann, dass er sich aufgrund des zum Zeitpunkt des Abschlusses der Aufhebung noch bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber unter Druck gesetzt sah. Fraglich sind allerdings die Auswirkungen einer wirksamen Anfechtung auf das Arbeitsverhältnis. Einerseits ist denkbar, dass der Arbeitgeber sich gezwungen sieht, den Arbeitnehmer wieder einzustellen und ihm das Gehalt zwischen dem Zeitpunkt der Aufhebung und der Wiedereinstellung nachzuzahlen. Andererseits könnten die Folgen der erfolgreichen Anfechtung auch denjenigen einer Kündigung ohne ernsthaften und tatsächlichen Grund gleichgestellt werden, was bedeuten würde, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber Ersatz des ihm infolge der Kündigung entstandenen Schadens verlangen kann. Diesbezüglich muss die Entwicklung der Rechtsprechung abgewartet werden.

Insgesamt ist festzustellen, dass die neue gesetzliche Regelung der *rupture conventionnelle* einen wesentlichen Schritt in die richtige Richtung darstellt, da sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer nunmehr in einem gewissen Rahmen auf die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses verständigen können, ohne dass dem Arbeitnehmer Nachteile beim Bezug von Arbeitslosengeld und im Hinblick auf die Anwendung der steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Freigrenzen entstehen.

Mischa HONNEN / Uwe AUGUSTIN, Büro Paris |  
mischa.honnen@wenner.eu

---

## Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen im Lichte der Erbschaftsteuerreform

---

Die zum 01.01.2009 in Kraft getretene Erbschaftsteuerreform ist unter steuerlichen Gesichtspunkten in der Öffentlichkeit ausführlich erörtert worden. Die gesetzliche Neuregelung strahlt aber auch auf das Gesellschaftsrecht aus. Insbesondere Abfindungsregelungen in Gesellschaftsverträgen von GmbHs und Personengesellschaften können durch die Reform beeinflusst werden, soweit die Verträge auf steuerrechtliche Vorschriften Bezug nehmen.

Abfindungsklauseln regeln die Entschädigung eines ausscheidenden Gesellschafters für den Verlust seines Geschäftsanteils. Nicht selten findet sich in Verträgen bei-

spielsweise der Hinweis, der Wert eines Geschäftsanteils sei für diesen Fall im Wege des sog. Stuttgarter Verfahrens nach den Richtlinien der Finanzverwaltung zu ermitteln. Bei solchen steuerorientierten Klauseln stellt sich regelmäßig die Frage, ob sie statisch (= auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages) oder dynamisch (= auf den Zeitpunkt des Ausscheidens des Gesellschafters) auszulegen sind. Sofern der Vertrag zur Ermittlung der Abfindungshöhe auf den sog. gemeinen Wert des Unternehmens abstellen sollte, wird künftig zu entscheiden sein, ob dieser Wert nach dem alten Recht vor oder dem neuen Recht nach der Erbschaftsteuerreform zu ermitteln ist. Das ist mitunter von erheblicher Bedeutung. Denn bis zum 31.12.2008 waren für die Ermittlung des gemeinen Wertes sowohl der Vermögenswert des Unternehmens als auch die künftigen Ertragsaussichten maßgebend. Seit dem 31.12.2008 kommt es nur noch auf die Ertragsaussichten der Gesellschaft an. Das kann – insbesondere bei Anwendung des sog. vereinfachten Ertragswertverfahrens – zu hohen Abfindungen führen. Ein Ergebnis, was die Gesellschafter häufig bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages nicht gewollt haben.

Gerade bei älteren Gesellschaftsverträgen sollte daher einmal überprüft werden, ob die bestehende Abfindungsklausel noch zeitgemäß ist oder einer Korrektur bedarf. Wenn nämlich der Abfindungsfall erst einmal eintritt und Auslegungsfragen einzelner Vertragsklauseln aktuell werden, ist erfahrungsgemäß eine einvernehmliche Regelung auch in Unternehmen mit nur wenigen Gesellschaftern häufig nicht mehr möglich.

Dr. Jens Hoffmann, Büro Detmold | jens.hoffmann@brandi.net

---

## Verdienstaufschlag des Geschäftsführers bei Wahrnehmung eines Gerichtstermins

---

Die Frage, ob bei einer juristischen Person – z.B. einer GmbH – wegen der Teilnahme ihres Geschäftsführers an einem Gerichtstermin ein Anspruch auf Verdienstaufschlag wegen der dadurch eingetretenen Zeitversäumnis zusteht, war lange umstritten. Sie wurde regelmäßig verneint. Zugebilligt wurde nur Fahrtkostenersatz.

Der BGH hat dies jetzt anders entschieden (VI ZB 63/07 vom 02.12.08). Er hat die bisherige Begründung, ein Geschäftsführer versäume durch die Teilnahme an einer mündlichen Verhandlung keine Arbeitszeit, die gerichtliche Vertretung der Gesellschaft gehöre zu den gesetzlichen Aufgaben des Geschäftsführers und sei daher von seiner Vergütung abgedeckt, die gerichtliche Durchsetzung der unternehmerischen Betätigung diene ebenso der Gewinnerzielung wie die Betätigung selbst, ein Verdienstaufschlag könne daher nicht eintreten, nicht länger gelten lassen. § 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO umfasse als Teil der Kostenerstattung auch die Entschädigung des Gegners für die durch notwendige Reisen oder durch die notwendige Wahrnehmung von Terminen entstandene Zeitversäumnis. Das stehe einem Ersatz des Verdienstaufschlags nicht entgegen. Ein Prozessgegner solle im Umfang seines Obsiegens von den Nachteilen freigestellt

werden, die ihm aufgrund seiner Teilnahme am Rechtsstreit entstanden sind. Das gelte auch für den Zeitaufwand, der einem Geschäftsführer durch seine Teilnahme an einem Gerichtstermin entstehe. Die Aufgabe des gesetzlichen Vertreters einer Gesellschaft sei es in erster Linie, die Erzielung des erstrebten Unternehmensgewinns durch entsprechende Betätigung im Rahmen des Gegenstands des Unternehmens zu fördern, nicht aber Unternehmensgewinne dadurch zu verdienen, dass ein Prozess geführt werde. Falle die Arbeitskraft des Geschäftsführers für seine eigentliche unternehmerische Aufgabe zeitweise aus, weil er einen Gerichtstermin wahrnehmen müsse, stelle sich dies bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise für die Gesellschaft als Nachteil dar, für den sie wie eine natürliche Person, die persönlich als Partei an einem Gerichtstermin teilnehmen müsse, eine Entschädigung verlangen könne.

Weil die gesetzliche Regelung nur auf entstandene Zeitversäumnis abstelle, sei es nicht erforderlich, einen konkreten Verdienstaufschlag nachzuweisen. Einen solchen Nachweis könne ein Wirtschaftsunternehmen praktisch auch gar nicht führen, weil die durch die vorübergehende Abwesenheit des Geschäftsführers entstehenden finanziellen Nachteile nicht im Einzelnen beziffert werden könnten. Für die Zwecke des Kostenfestsetzungsverfahrens reiche es daher im Regelfall aus, sich am regelmäßigen Bruttoverdienst zu orientieren. Der BGH nimmt insoweit Bezug auf § 22 JVEG (Justizvergütungs- und Entschädigungsgesetz). Ob das bedeuten soll, dass die Obergrenze 17,00 € je Stunde beträgt, wird die Zukunft zeigen.

Dr. Jörg König, Büro Bielefeld | [joerg.koenig@brandi.net](mailto:joerg.koenig@brandi.net)

---

## Mehrheitsentscheidungen in Personengesellschaften, insbesondere in der GmbH & Co. KG

---

In Familiengesellschaften wird in der Regel Wert darauf gelegt, dass Blockaden durch Minderheitsgesellschafter in der Gesellschafterversammlung überwunden werden können. Häufig soll dies nicht nur für Routineangelegenheiten, sondern auch für Grundlagengeschäfte wie Feststellung der Bilanz, Gewinnverwendung und ganz generell für Änderungen des Gesellschaftsvertrages gelten.

Von unseren Mandanten werden wir häufig gefragt, aus welchem Grunde die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen in Gesellschafterversammlungen von Kommanditgesellschaften trotz umfangreicher Regelungen in den Gesellschaftsverträgen problematisch sein kann, während es bei Kapitalgesellschaften - insbesondere bei GmbH und AG - sogar ohne besondere Regelung zulässig ist, den Gesellschaftsvertrag mit einer Dreiviertelmehrheit weitestgehend zu ändern. Das sog. OTTO-Urteil des BGH vom 15.01.2007 hat eine gewisse Klärung gebracht. Die Diskussion ist jedoch keineswegs abgeschlossen. Sie wird angesichts der Wichtigkeit der auftretenden Fragen auch niemals vollständig beendet werden können.

Zurückzuführen ist dies auf die gesetzliche Ausgangslage: Das Recht der Kapitalgesellschaften geht vom Mehrheitsprinzip aus. Der Schutz der Minderheit ist durch eine Fülle von gesetzlichen Vorschriften gewährleistet. Bei den Personengesellschaften ist das Einstimmigkeitsprinzip als gesetzliche Regelung angeordnet. Die Regelung ist jedoch dispositiv. Die Zulässigkeit von Mehrheitsentscheidungen kann vereinbart werden. Der Schutz der Minderheit beruht nicht auf gesetzlichen Vorschriften, sondern auf Rechtsprechung und Literatur entwickelten Schutzmechanismen. Die Stichworte lauten: Bestimmtheitsgrundsatz, Kernbereichslehre und Ausübungskontrolle. Die entsprechenden Grenzen der Mehrheitsmacht hat der Bundesgerichtshof in dem zitierten Urteil neu bestimmt und konkretisiert.

Der Bestimmtheitsgrundsatz besagt seit jeher Folgendes: Eine allgemein gehaltene Mehrheitsklausel bezieht sich nur auf gewöhnliche Beschlussgegenstände. Im Gegensatz dazu stehen Vertragsänderungen und ähnliche die Grundlagen der Gesellschaft berührende oder in Rechtspositionen der Gesellschafter eingreifende Maßnahmen. Im letztgenannten Bereich waren Mehrheitsbeschlüsse nur zulässig, wenn die Beschlussgegenstände im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich aufgeführt waren. Der Bestimmtheitsgrundsatz hat deshalb in der Vergangenheit dazu geführt, in Gesellschaftsverträgen seitenlange Beschlussgegenstände aufzulisten, die einer Mehrheitsentscheidung zugänglich sein sollen, von der Gewinthesaurierung über Kapitalmaßnahmen bis zur Umwandlung der Gesellschaft. Der Bundesgerichtshof hat in der OTTO-Entscheidung klargestellt, dass minutiöse Auflistungen nicht erforderlich sind. Es ist ausreichend, wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrag - sei es auch nur durch dessen Auslegung - eindeutig ergibt, dass der zur Diskussion stehende Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen sein soll. Mit dieser Maßgabe hat der BGH den Bestimmtheitsgrundsatz ausdrücklich aufrechterhalten.

Es bleibt abzuwarten, welche Konsequenzen diese Aussage des Bundesgerichtshofs hat. Einige Autoren glauben, dass man nunmehr von einer Auflistung der Beschlussgegenstände absehen und lediglich die Anwendung des Rechts der GmbH zu vereinbaren braucht, um die notwendige Flexibilität der Gesellschaft durch weitgehende Zulassung von Mehrheitsbeschlüssen zu erreichen. Wir sind da eher skeptisch. Die Entwicklung bleibt abzuwarten. Wir werden vorerst weiterhin empfehlen, zumindest die mutmaßlich wichtigsten Beschlussgegenstände im Gesellschaftsvertrag zu beschreiben.

Die sog. Kernbereichslehre besagt, dass in den Kernbereich der Gesellschafterrechte der Minderheit durch Mehrheitsbeschlüsse nur unter sehr engen Voraussetzungen eingegriffen werden darf. Zum Kernbereich gehört u. a. das Stimmrecht, das Recht auf Gewinnbeteiligung, auf Teilhabe am Liquidationserlös und einiges mehr. Innerhalb des Kernbereichs wird wiederum - was die Stärke der Rechtsstellung anlangt - zwischen unentziehbaren Rechten (können dem Gesellschafter nicht ohne seine Zustimmung genommen werden) und unverzichtbaren Rechten (der Gesellschafter kann nicht einmal auf diese Rechte verzichten) unterschieden.

Erstmals in der zitierten OTTO-Entscheidung hat der Bundesgerichtshof das Verhältnis zwischen Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre durch eine „Zweistufenlehre“ definiert: Bei der rechtlichen Überprüfung der Wirksamkeit einer Mehrheitsentscheidung in der Personengesellschaft prüft der BGH auf der ersten Stufe, ob eine formelle Legitimation für den Mehrheitsbeschluss bestand. Diese Hürde ist genommen, wenn der Gesellschaftsvertrag - sei es auch nur durch Auslegung - ergibt, dass der Beschlussgegenstand durch die Mehrheit entschieden werden konnte. Auf der zweiten Stufe prüft das Gericht, ob trotz Zulassung im Gesellschaftsvertrag ein Eingriff in schlechthin unverzichtbare oder nur aus wichtigem Grunde entziehbare Mitgliedschaftsrechte (z.B. Recht auf Verbleib in der Gesellschaft) vorliegt. Für den Ausgang eines eventuellen Rechtsstreits kann die vom BGH in diesem Zusammenhang festgelegte Verteilung der Darlegungs- und Beweislast von entscheidender Bedeutung sein: Die Mehrheit muss beweisen, dass der Gesellschaftsvertrag beim strittigen Beschlussgegenstand eine Mehrheitsentscheidung zuließ (der Bestimmtheitsgrundsatz also gewahrt ist). Die Minderheit muss den Nachweis führen, dass gleichwohl ein unzulässiger Eingriff in ihre Mitgliedschaftsrechte vorlag.

In der zitierten Entscheidung hat der Bundesgerichtshof eine gewisse Kehrtwendung in der Frage der Bedeutung der Feststellung der Jahresbilanz durch die Gesellschafterversammlung vorgenommen: Die Feststellung der Bilanz sei eine periodisch wiederkehrende Maßnahme, die nicht mit einer Änderung des Gesellschaftsvertrages verglichen werden könne, da die Feststellung des Jahresabschlusses ein gesetzlich vorgeschriebenes, nicht ungewöhnliches Geschäft sei. Deshalb, so führt der BGH in der OTTO-Entscheidung aus, sei es für die Zulässigkeit einer Mehrheitsentscheidung ausreichend, wenn der Gesellschaftsvertrag eine allgemeine Mehrheitsklausel enthalte. (Noch im Jahre 1996 hatte der BGH abweichend entschieden: Bilanzfeststellung sei ein das Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter tangierendes „Grundlagengeschäft“. Eine Mehrheitsentscheidung sei nur zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag Art und Umfang des mit der Bilanzfeststellung verbundenen Eingriffs in die Rechte der Gesellschafter festlege). Die Korrektur der Rechtsprechung kann man nur begrüßen.

Die Frage, ob eine allgemeine Mehrheitsklausel auch für Regelungen der Gewinnverwendung, insbesondere für die Zulässigkeit und den Umfang der Bildung von offenen Rücklagen ausreicht, lässt der BGH offen. Wegen der Kernbereichsrelevanz solcher Beschlüsse - Eingriff in das Gewinnbezugsrecht der Minderheit - empfehlen wir weiterhin, im Gesellschaftsvertrag selbst Art und Umfang der Rücklagenbildung zu regeln. Eine diesbezügliche Vertragsbestimmung könnte dann sinngemäß lauten:

*X % des Jahresüberschusses sind einer gesamthänderisch gebundenen Rücklage zuzuführen; die Gesellschafter können mit einer Mehrheit von Y % der nach dem Gesellschaftsvertrag vorhandenen Stimmen beschließen, dass höhere Beträge in die Rücklage eingestellt werden.*

Die mit der Zulässigkeit von Mehrheitsentscheidungen insbesondere in Kommanditgesellschaften verbundenen Pro-

bleme können in diesem kurzen Beitrag nur angedeutet werden. Die OTTO-Entscheidung des Bundesgerichtshofs zeigt einmal mehr, dass die Gestaltung eines interessengerechten Gesellschaftsvertrages gerade bei Kommanditgesellschaften zwingend geboten ist. Wer spätere Rechtsstreitigkeiten zwischen den Gesellschaftern vermeiden will, wird auf die Ausgestaltung eines auf die individuellen Verhältnisse der jeweiligen Gesellschaft abgestellten Gesellschaftsvertrages entscheidenden Wert legen. Ein schematisches Abschreiben aus Formularbüchern oder sonstigen einschlägigen Veröffentlichungen wird im Zweifel den Anforderungen nicht gerecht.

Dr. Axel Brandi, Büro Bielefeld | axel.brandi@brandi.net

---

### **Keine Außenhaftung qualifizierter Treugeber einer Personengesellschaft**

---

Bei einer Treuhandschaft an einem Gesellschaftsanteil beteiligt sich ein Treugeber mittelbar über einen vorgeschalteten Gesellschafter, den sog. Treuhänder, an einer Gesellschaft. Diese Konstruktion wird gewählt, wenn sich jemand nicht direkt an einer Gesellschaft beteiligen will oder eine direkte Beteiligung aus Rechtsgründen nicht möglich ist. Dadurch kann ein Treugeber wirtschaftlich an der Gesellschaft partizipieren, ohne offen in Erscheinung zu treten. Denn Gesellschafter der Personengesellschaft ist nach außen allein der Treuhänder.

Regelmäßig ist das Treuhandverhältnis verdeckt. Die übrigen Gesellschafter sollen gerade nicht wissen, dass hinter dem formalen Gesellschafter als Treuhänder eine andere Person steht. In Publikumsgesellschaften mit einer Vielzahl von Gesellschaftern kann das anders sein. Mitunter bestehen gesellschaftsvertraglich sogar direkte Beziehungen zwischen der Personengesellschaft und dem Treugeber. In solchen Fällen spricht man von einer qualifizierten Treuhandschaft. Gerade bei geschlossenen Immobilienfonds existieren nicht selten Konstruktionen, in denen einem Treugeber – obwohl er nicht formaler Gesellschafter ist – Rechte an der Personengesellschaft zustehen. Insbesondere wenn eine Verzahnung von Gesellschaft und Treuhand durch die Fondsiniziatoren von vornherein geplant ist und dem Treugeber z.B. Informationsrechte oder das Recht zur Teilnahme an Gesellschafterversammlungen zusteht, drängt sich aus Sicht der Gesellschaftsgläubiger die Frage auf, ob dieser qualifizierte Treugeber auch unmittelbar für die Verbindlichkeiten der Personengesellschaft in Anspruch genommen werden kann.

Diese Frage hat nunmehr der Bundesgerichtshof (BGH) mit Urteil vom 11.11.2008 entschieden. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt war ein qualifizierter Treugeber an einem Immobilienfonds in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) beteiligt. Weil die Fondsgesellschaft ihren Darlehensverpflichtungen nicht nachkam, nahm die klagende Bank den qualifizierten Treugeber unmittelbar auf Haftung für rückständige Zinsschulden der GbR in Anspruch.

Der BGH verneint eine unmittelbare persönliche Außenhaftung des qualifizierten Treugebers. Nach Ansicht des Gerichts kommt es allein darauf an, wer nach außen tatsächlicher Gesellschafter ist. Die Entscheidung war also für den verklagten Treugeber vorteilhaft. Eine endgültige Haftungsverschonung ist hiermit für den qualifizierten Treugeber allerdings noch nicht verbunden. Denn der Treuhänder als Gesellschafter haftet den Gläubigern einer GbR oder OHG unmittelbar und persönlich. Der Treuhänder kann seinerseits von dem Treugeber Freistellung von seinen Haftungsschulden verlangen. Auf diesen Freistellungsanspruch, der sich gegen den qualifizierten Treugeber richtet, können Gesellschaftsgläubiger zugreifen. Das gerichtliche und vollstreckungsrechtliche Prozedere hierfür ist aber für die Gläubiger komplizierter und zeitintensiver. Diesen Umstand kann ein qualifizierter Treugeber u.U. nutzen, um im Verhandlungsweg eine günstigere Einigung über seine mittelbare Haftung herbeizuführen.

Dr. Jens Hoffmann, Büro Detmold | jens.hoffmann@brandi.net

---

### Vorsicht bei Verwendung des ®-Symbols!

---

Wer Inhaber einer eingetragenen Marke ist, ist berechtigt (nicht verpflichtet!), auf das Bestehen des Markenschutzes in seiner Werbung hinzuweisen. Dies geschieht häufig durch die Verwendung des ®-Symbols (für „Registered Trademark“) oder auch des Kürzels „TM“ (für „Trademark“). Jedenfalls bezüglich des ®-Symbols entspricht es der ständigen Rechtsprechung, dass es nur hinter Bezeichnungen verwendet werden darf, die tatsächlich als Marke eingetragen sind. Wer das ®-Symbol benutzt, ohne Inhaber einer eingetragenen Marke zu sein, verhält sich wettbewerbswidrig. Eindeutig ist dies, wenn es bezüglich der fraglichen Bezeichnung überhaupt keine Kennzeichenrechte gibt. Aber auch kennzeichenrechtlich geschützte, aber nicht eingetragene Unternehmenskennzeichen dürfen nicht mit dem ®-Symbol versehen werden, ebensowenig wie Marken, die zwar angemeldet, aber noch nicht eingetragen sind.

In einem Beschluss vom 04.03.2009 hat sich das Landgericht Hamburg nunmehr zu der Frage geäußert, ob es auch wettbewerbswidrig ist, das ®-Symbol hinter solche Bezeichnungen zu setzen, die in leicht abgewandelter Form im Markenregister verzeichnet sind. Im konkreten Fall hatte ein Unternehmen aus mehreren für ihn registrierten Kennzeichen eine neue Bezeichnung zusammengesetzt und mit dem ®-Symbol versehen. Nach Auffassung des Landgerichts Hamburg stellt auch diese Form der Markenbenutzung eine wettbewerbsrechtlich relevante (und damit verbotene) Irreführung dar. Grundsätzlich könne jeder nur für solche Kennzeichen das Bestehen von Schutzrechten behaupten, die auch **in ihrer konkreten Gestalt** im Markenregister verzeichnet sind.

Es ist deshalb dringend zu empfehlen, bei der Gestaltung von Werbematerial darauf zu achten, dass das ®-Symbol ausschließlich für solche Marken benutzt wird, die **in ihrer konkreten Gestalt** auch im Markenregister hinterlegt sind.

Es reicht dabei übrigens aus, dass die Marke in irgendeinem EU-Staat registriert ist. Denn nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs darf der freie Warenverkehr nicht dadurch behindert werden, dass der Hinweis auf eine bestehende Markeneintragung in einem Mitgliedsstaat in einem anderen nicht verwendet werden darf (EuGH Slg. 1990, I-4827 – *Pall/Dahlhausen*).

Dr. Kevin Kruse, Büro Bielefeld | kevin.kruse@brandi.net

---

### Reform des Patentrechts steht bevor

---

Bereits am 15.10.2008 hat das Bundeskabinett einen Gesetzentwurf zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts beschlossen. Neben einigen Änderungen, die im Wesentlichen die Verfahren in Patent- und Markensachen betreffen, wird das seit 1957 nahezu unverändert geltende Gesetz über Arbeitnehmererfindungen grundlegend reformiert.

Die wesentliche Änderung des Patentgesetzes betrifft das Nichtigkeitsverfahren. Hier gilt in Deutschland das sog. Trennungsprinzip, wonach die Frage, ob das Patent zu Recht erteilt wurde, nicht vom Verletzungsrichter, sondern in einem gesonderten Verfahren vom Bundespatentgericht geprüft wird. Die Besonderheit besteht darin, dass beim Bundespatentgericht auch sog. technische Richter, also z. B. Ingenieure, neben den Juristen entscheiden, weshalb dessen Rechtsprechung – auch international – besonders hoch geschätzt wird. Die Verfahren vor dem Bundespatentgericht sowie die beim Bundesgerichtshof gegen seine Entscheidungen geführten Berufungsverfahren werden allerdings allgemein als zu lang empfunden. Nicht zuletzt um die Vorrangstellung Deutschlands als Gerichtsort für Patentsachen zu sichern, soll das Verfahren deshalb deutlich gestrafft werden.

Das Arbeitnehmererfindungsrecht sichert die Zuordnung der im Arbeitsverhältnis entstandenen Erfindung zum Arbeitgeber und gewährt dem Arbeitnehmer eine angemessene Vergütung dafür. Im internationalen Vergleich nimmt Deutschland eine Spitzenposition bei der Erteilung von Schutzrechten ein. Mehr als 80 % aller Patentanmeldungen in Deutschland stammen von Unternehmen und gehen damit letztlich auf Arbeitnehmer zurück. Die Bundesregierung will die Anzahl der Arbeitnehmererfindungen möglichst noch weiter steigern, weshalb die z. T. hoch komplizierten Regelungen und langwierigen Verfahren des Arbeitnehmererfindungsgesetzes vereinfacht werden sollen.

#### Die wesentlichen Änderungen im Überblick:

- In der ersten Instanz vor dem Bundespatentgericht muss das Gericht die Parteien künftig ausdrücklich auf Fragen hinweisen, die für die gerichtliche Entscheidung erheblich sind, aber von den Parteien in ihren bisherigen Schriftsätzen an das Gericht noch nicht ausreichend erörtert wurden. So wissen die Parteien besser, worauf es dem Gericht ankommt, und sie können ihren weiteren Vortrag auf das

Wesentliche konzentrieren. Durch eine Fristsetzung werden Gegner und Gericht vor überraschendem neuen Vortrag geschützt, der bisher in vielen Fällen erst in der mündlichen Verhandlung vorgelegt wurde. Das hat häufig zu einer Verlängerung der Verfahrensdauer geführt.

- Die Berufungsverfahren über Entscheidungen des Bundespatentgerichts vor dem Bundesgerichtshof sollen künftig beschleunigt werden. Die derzeitige Verfahrensdauer soll von derzeit vier auf etwa zwei Jahre verkürzt werden. Bisher muss im Berufungsverfahren regelmäßig ein Sachverständiger bestellt werden, was sehr zeitaufwendig ist. Nach der Reform soll das nur noch in Ausnahmefällen erforderlich sein. Nach dem geltenden Verfahrensrecht eröffnet die Berufung in Patentnichtigkeitsverfahren eine vollständige neue Instanz; d. h. der gesamte Stoff der I. Instanz muss erneut verhandelt werden. Künftig wird sich die Berufung darauf konzentrieren, die Entscheidung der I. Instanz auf Rechtsfehler zu überprüfen, so wie es sich in der Zivilprozessordnung bewährt hat. Patentinhaber, Konkurrenten und Öffentlichkeit erhalten damit schneller Klarheit, ob die patentierte Erfindung geschützt ist oder nicht.
- Die Erfindungsmeldung durch den Arbeitnehmer musste bislang schriftlich erfolgen, was die Erstellung einer vom Erfinder eigenhändig unterschriebenen Urkunde erforderte. Künftig reicht auch eine Erfindungsmeldung in Textform i. S. d. § 126 b BGB aus, also z.B. per E-Mail oder Computertext. Die Person des Erklärenden muss allerdings auch weiterhin genannt werden, wobei eine mechanisch hergestellte Unterschrift oder eine Angabe oberhalb oder im Inhalt des Textes ausreichend ist. Der Text muss schriftlich den Abschluss der Erklärung in geeigneter Weise erkennbar machen. Dies kann durch eine Unterschrift geschehen, ausreichend ist aber auch der Abschluss durch eine Datierung, eine Grußformel oder in sonstiger Weise.
- Die bisher bestehende Möglichkeit der beschränkten Inanspruchnahme einer Dienstleistung durch den Arbeitgeber wird entfallen. Durch die beschränkte Inanspruchnahme erwarb der Arbeitgeber bislang lediglich ein nicht ausschließliches Benutzungsrecht an einer Erfindung, vergleichbar mit einer einfachen Lizenz.
- Die Inanspruchnahme der Dienstleistung kann auch weiterhin durch eine entsprechende Erklärung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer erfolgen. Unbedingt erforderlich ist eine solche Erklärung aber nicht mehr. Die Neuregelung begründet die Fiktion der Inanspruchnahme 4 Monate nach ordnungsgemäßer Meldung. Nach derzeitigem Recht wird eine Dienstleistung frei, wenn der Arbeitgeber sie nicht innerhalb von 4 Monaten nach Zugang der schriftlichen Erfindungsmeldung durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Arbeitnehmer ausdrücklich in Anspruch nimmt. Nach dem künftigen Recht wird die Inanspruchnahme der gemeldeten Erfindung zur Regel, die Freigabe bedarf der ausdrücklichen Erklärung, für die wiederum der Formzwang besteht.

Wann genau die Gesetzesänderung in Kraft tritt, steht noch nicht fest. Insbesondere Arbeitgeber sollten sich aber rechtzeitig mit der neuen Rechtslage vertraut machen und sich

darauf einstellen, dass gemeldete Arbeitnehmererfindungen in Zukunft ausdrücklich freigegeben werden müssen, wenn der Arbeitgeber sie nicht in Anspruch nehmen möchte. Ansonsten macht sich der Arbeitgeber zum einen vergütungspflichtig, zum anderen kann er ggf. sogar auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, wenn er die Erfindung nicht rechtzeitig zum Patent anmeldet.

Dr. Kevin Kruse, Büro Bielefeld | [kevin.kruse@brandi.net](mailto:kevin.kruse@brandi.net)

---

### **Einzelhandelskonzepte der Gemeinden haben nur eingeschränkte Bindungswirkung**

---

Eines der großen städtebaulichen Themen unserer Tage ist die Steuerung des Einzelhandels. Mit dem Ziel, den Einzelhandel in den traditionellen Innenstädten zu stärken und die großflächigen Einkaufszentren „auf der grünen Wiese“ einzudämmen oder zumindest nicht weiter wachsen zu lassen, entwickeln alle Gemeinden Einzelhandelskonzepte und beschließen diese als Leitlinie für die Steuerung der gemeindlichen Einzelhandelsentwicklung durch Bauleitplanung. Zur Aufstellung solcher Einzelhandelskonzepte sind die Gemeinden auch angehalten. Nach § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB, aber auch nach § 9 Abs. 2a BauGB muss sich die gemeindliche Planung auf solche Einzelhandelskonzepte stützen. Der Landesgesetzgeber hat in § 24a LEPro festgeschrieben, dass Sondergebiete für Einzelhandelsbetriebe mit sog. zentrenrelevanten Kernsortimenten nur innerhalb von durch die Gemeinden festgelegten zentralen Versorgungsbereichen ausgewiesen werden dürfen.

Das Oberverwaltungsgericht Münster hat nunmehr in seinem Urteil vom 06.11.2008 (Az. 10 A 1512/07) entschieden, dass jedenfalls bei der Frage der Zulässigkeit eines Einzelhandelsbetriebes auf der Grundlage des § 34 Abs. 3 BauGB im unbeplanten Innenbereich einem vom Rat der Gemeinde beschlossenen Einzelhandelskonzept keine bindende Rechtswirkung zukommt. Nach Auffassung des Gerichtes unterliegt die räumliche Abgrenzung eines zentralen Versorgungsbereiches der vollen gerichtlichen Kontrolle und richtet sich deshalb nicht nach dem politischen Willen der Gemeinde, sondern nur nach den tatsächlichen vorhandenen örtlichen Gegebenheiten. Das Gericht definiert den Begriff des „zentralen Versorgungsbereiches“ als räumlich abgrenzbaren Bereich einer Gemeinde, dem aufgrund vorhandener Einzelhandelsnutzungen – häufig ergänzt durch diverse Dienstleistungen und gastronomische Angebote – eine Versorgungsfunktion über den unmittelbaren Nahbereich hinaus zukommt. Die Feststellung des Vorliegens eines zentralen Versorgungsbereiches und seine örtliche Abgrenzung durch ein Einzelhandelskonzept der Gemeinde hätten auch für außerhalb des definierten Bereiches gelegene Vorhaben unmittelbar eigenschaftsgestaltende Wirkung, wenn sie zur Unzulässigkeit einer sonst bauplanungsrechtlich zulässigen Nutzung führen könnten. Eine solche baurechtvernichtende Wirkung komme jedoch einer nur informellen Planung wie einem Einzelhandelskonzept nicht zu.

Dr. Nils Gronemeyer, Büro Paderborn | [nils.gronemeyer@brandi.net](mailto:nils.gronemeyer@brandi.net)

---

## Gebietsbezogene Verkaufsflächenbeschränkungen in Sondergebieten für den Einzelhandel unzulässig

---

Großflächiger Einzelhandel ist außer in Kerngebieten nur in durch Bebauungsplan dafür ausgewiesenen Sondergebieten zulässig. Dabei werden im Bebauungsplan üblicherweise die Größe der Verkaufsfläche und die darauf handelbaren Sortimente festgelegt.

Mit seinem Urteil vom 03.04.2008 (- 4 CN 3/07-) hat das Bundesverwaltungsgericht jetzt entschieden, dass die Festsetzung einer baugebietsbezogenen, vorhabenunabhängigen Verkaufsflächenobergrenze mangels Rechtsgrundlage unzulässig ist. Das Gericht hob damit einen Bebauungsplan auf, der für ein aus mehreren Einzelhandelsbetrieben bestehendes Sondergebiet eine maximale Gesamtverkaufsfläche festsetzte. In einem Sondergebiet könne die Gemeinde zwar die dort zulässigen Anlagentypen durch Festsetzung der Nutzungsart (z.B. Einzelhandel mit oder unter Ausschluss bestimmter Sortimente) und Begrenzung der Verkaufsfläche bestimmen, ohne an die für andere Gebietstypen geltenden Vorgaben der Baunutzungsverordnung gebunden zu sein. Nicht gestattet sei es jedoch, durch eine betriebsunabhängige Festsetzung einer Verkaufsflächenobergrenze für alle im Sondergebiet ansässigen oder zulässigen Einzelhandelsbetriebe das in der Baunutzungsverordnung grundsätzlich geltende System der vorhabenbezogenen Typisierung zu verlassen. Eine Kontingentierung der Verkaufsfläche, die auf das Sondergebiet insgesamt bezogen sei, öffne das Tor für sog. „Windhundrennen“ potentieller Investoren und Bauantragssteller und führe zu dem Ergebnis, dass Grundstückseigentümer im Fall der Erschöpfung des Verkaufsflächenkontingents von der kontingentierten Nutzung ausgeschlossen seien. Dieses widerspreche dem System der Baunutzungsverordnung, demzufolge im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes jedes Baugrundstück für jede jeweils zulässige Nutzung auch zur Verfügung stehen solle. Darüber hinaus sprechen gegen eine gebietsbezogene Verkaufsflächenbegrenzung auch Gründe des Bebauungsplanvollzuges, da die Einhaltung der Gesamtverkaufsflächenobergrenze durch die im Plangebiet ansässigen Einzelhandelsunternehmer von der Baugenehmigungsbehörde kaum zu kontrollieren ist.

Die Festsetzung einer Verkaufsflächenobergrenze im Bebauungsplan ist deshalb nur zulässig, wenn sie auf ein bestimmtes Vorhaben, z. B. einen großflächigen Lebensmittel- oder Möbelmarkt oder auf ein als Einheit zu wertendes Einkaufszentrum bezogen ist. Für Sondergebiete, die mehrere Grundstücke und Einzelhandelsvorhaben umfassen, lässt sich eine Beschränkung der Verkaufsfläche z. B. dadurch erreichen, dass das Verhältnis zwischen Verkaufsflächengröße und Grundstücksgröße festgesetzt wird oder dass für jedes Grundstück gesondert eine Verkaufsflächenobergrenze und das jeweils handelbare Sortiment bestimmt wird.

Es sprechen gute Gründe dafür, die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts auch auf Bebauungspläne zur Erhaltung oder Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche anzuwenden, die auf der Grundlage des § 9 Abs. 2a BauGB für im Zusammenhang bebaute Ortsteile im Sinne des § 34 BauGB ausschließlich Regelungen zur Zulässigkeit von Einzelhandel treffen. Solche Bebauungspläne erstrecken sich in der Regel über eine Vielzahl von Grundstücken und eröffnen bei einer Festsetzung einer für das gesamte Gebiet geltenden Verkaufsflächenobergrenze das vom Gericht kritisierte „Windhundrennen“ zwischen den Grundstückseigentümern.

Dr. Nils Gronemeyer, Büro Paderborn | [nils.gronemeyer@brandi.net](mailto:nils.gronemeyer@brandi.net)

---

## Schönheitsreparaturen und kein Ende - Gewerberaummietrecht

---

Der Bundesgerichtshof hat die Grundsätze über die (Un-)Wirksamkeit von Formulklauseln, die den Mieter zur Durchführung von Schönheitsreparaturen verpflichten, vom Wohnungsmietrecht jetzt auch auf das Gewerberaummietrecht übertragen (BGH XII ZR 84/06 vom 08.10.08).

Eine Übertragung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter in einem Formalmietvertrag sei auch bei Mietverträgen über Gewerberäume unwirksam, wenn der Mieter unabhängig von dem Erhaltungszustand der Räume zur Renovierung nach Ablauf starrer Fristen verpflichtet werden solle. Dem Mieter von Geschäftsräumen könne nicht zugemutet werden, die finanziellen Nachteile, die ihm durch eine gesetzliche Rechte bescheidende Klausel auferlegt werden, im Wege einer mit geschäftlichen Risiken verbundenen Preiserhöhung aufzufangen.

Nach der gesetzlichen Regelung hat nicht der Mieter, sondern der Vermieter die Schönheitsreparaturen durchzuführen. Das wurde seit vielen Jahren in der mietvertraglichen Praxis insbesondere in Formularverträgen entgegengesetzt vereinbart. Die langjährige Übung, die der BGH selbst als „allgemeine Verkehrssitte“ bezeichnet, wurde lange Zeit gebilligt, auch vom Gesetzgeber bei der letzten Mietrechtsreform im Jahr 2001. Trotzdem hat der für Wohnraummietrecht zuständige Zivilsenat des BGH seit 2004 in diversen Urteilen entschieden, dass eine solche Formulklausel unwirksam ist, wenn sie einen „starrten“ Fristenplan enthält. Ausnahmen wurden nur für solche Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugelassen, die eine Renovierung innerhalb bestimmter Fristen nur für den Regelfall vorsehen und diese vom tatsächlichen Erhaltungszustand abhängig machen. Hierzu hat das Kammergericht Berlin im Übrigen entschieden, dass eine Klausel, wonach die Schönheitsreparaturen „regelmäßig in folgenden Zeiträumen erforderlich“ seien, unwirksam sei, weil „regelmäßig“ etwas anderes bedeute als „in der Regel“ (KG Berlin – 8 U 205/07 – vom 22.05.08).

Ob diese für Wohnungen geltende Rechtsprechung auch für Gewerberäume gilt, war umstritten. Der BGH hat dies jetzt bejaht. Die Unwirksamkeit sei kein besonderer sozialer Aspekt der Wohnraummiete, sondern beruhe auf der Abweichung von der gesetzlichen Wertung, wonach der Vermieter grundsätzlich das Mietobjekt in vertragsgerechtem Zustand erhalten müsse. Diese Wertung unterscheide nicht zwischen Wohnungsmiete und gewerblicher Miete.

Auch die allgemein geringere Schutzbedürftigkeit eines Geschäftsraummieters könne starre Fristen für die Durchführung der Schönheitsreparaturen durch den Mieter nicht rechtfertigen. Denn auch ein erfahrener gewerblicher Mieter gehe regelmäßig nicht davon aus, dass er die übernommenen Schönheitsreparaturen allein nach dem starren Zeitplan und völlig unabhängig vom Erhaltungszustand der Räume schulde.

Der BGH hat auch nicht das Argument gelten lassen, ein Geschäftsraummieter könne die Kosten der Schönheitsreparaturen in die Preise einkalkulieren, die er für seine Waren und Dienstleistungen von Dritten verlange. Das möge zwar im Einzelfall so sein, aber es habe eine generalisierende Betrachtung stattzufinden.

Ebenso wie im Wohnungsmietrecht wurde auch das Argument verworfen, bei der Höhe der Miete sei bereits berücksichtigt, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen ausführe, insoweit also eine weitere Gegenleistung neben der Miete zu erbringen habe. Der BGH räumt zwar ein, dass der Wegfall der Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen zu einer einschneidenden Störung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung führen könne. Aber dieses Risiko liege bei dem, der allgemeine Geschäftsbedingungen verwende. Wenn sich das Risiko verwirkliche und die Klausel unwirksam sei, könne er keinen Vertrauensschutz beanspruchen.

Obwohl dazu eigentlich keine Veranlassung bestand, hat der BGH darauf hingewiesen, dass vereinbart werden könne, dass die Fristenregelung nur für den Regelfall gelte und dass Ausnahmen nach dem Erhaltungszustand zulässig seien. Das führe dazu, dass der Mieter im Rechtsstreit beweisen müsse, dass noch keine Renovierungsbedürftigkeit bestehe. Es müsse also nicht der Vermieter den Beweis für die Notwendigkeit der Renovierung erbringen. Eine solche Regelung sei, wenn - wie in der Gewerberaummietae üblich - der Mieter ein Unternehmer sei, wirksam.

Dr. Jörg König, Büro Bielefeld | joerg.koenig@brandi.net

---

## Mieterwechsel nach Umwandlungsgesetz - GmbH statt Einzelkaufmann

---

Das OLG Karlsruhe hat in einem noch nicht rechtskräftigen Urteil – die Nichtzulassungsbeschwerde ist beim für Gewerberaummietsachen zuständigen XII. Zivilsenat des BGH anhängig – Folgendes entschieden:

Wenn Gewerberäume an einen Einzelkaufmann vermietet wurden und dieser sein Unternehmen durch Ausgliederung nach dem Umwandlungsgesetz vollständig auf eine Kapitalgesellschaft, dort eine GmbH, überträgt, gehen damit sämtliche Vertragsbeziehungen, alle Rechte und Pflichten, auf die GmbH als übernehmenden Rechtsträger über, ohne dass es dafür der Zustimmung des Vermieters bedarf.

Im entschiedenen Fall hatte die GmbH die Miete später nicht mehr bezahlt und der Vermieter hatte den früheren Mieter persönlich in Anspruch genommen. Das Landgericht hatte diesen entsprechend verurteilt, das OLG Karlsruhe hat die Klage abgewiesen. Denn die im laufenden Mietverhältnis erfolgte Umwandlung des ursprünglichen einzelkaufmännischen Unternehmens im Wege der Ausgliederung in eine GmbH habe kraft Gesetzes zum Erlöschen des vom Einzelkaufmann geführten Unternehmens geführt. Weil das vollständige Unternehmen in die Ausgliederung einbezogen wurde, seien das gesamte Unternehmensvermögen und die gesamten Verbindlichkeiten auf die GmbH als übernehmenden Rechtsträger übergegangen. Damit seien kraft Gesetzes alle Rechtsbeziehungen aus dem Mietvertrag auf die GmbH übergegangen, die dadurch anstelle des Einzelkaufmanns Mieterin geworden sei.

Der im Mietrecht sonst geltende Grundsatz, dass ein Mieterwechsel eine dreiseitige Vereinbarung, insbesondere die Zustimmung des Vermieters erfordert, gelte nicht. Das Umwandlungsgesetz eröffne weitreichende Möglichkeiten der Vermögensübertragung ohne Zustimmung des betroffenen Vermieters, nicht nur für den Fall der Verschmelzung, sondern auch, wenn das Vermögen eines einzelkaufmännischen Unternehmens auf eine neu gegründete GmbH übergehe.

Die für den Vermieter unter Umständen nachteilige Folge, dass ihm künftig statt einer natürlichen Person nur noch eine juristische Person mit beschränkter Haftung als Vertragspartner gegenüberstehe, sei entsprechend dem Willen des Gesetzgebers einem unternehmensbezogenen Mietvertrag immanent und dem Vermieter angesichts der im Umwandlungsgesetz enthaltenen Bestimmungen zum Gläubigerschutz auch zumutbar. Der Vermieter kann Sicherheit verlangen, und es besteht eine fünfjährige Haftung für Altverbindlichkeiten.

Einer solchen Entwicklung sollte zukünftig schon in der Vertragsgestaltung Rechnung getragen werden. Ein Zustimmungserfordernis kann nur durch Individualvereinbarung, also nur noch in seltenen Ausnahmefällen, festgelegt werden. Zu denken ist jedoch an die gesonderte Vereinbarung eines Schuldbeitritts des ursprünglichen Mieters für jeden Fall der Umwandlung oder eine vergleichbare Verpflichtung (Bürgschaft u.ä.).

OLG Karlsruhe vom 19.08.08 – 1 U 108/08 – DB 2008, 2241 ff.

Dr. Jörg König, Büro Bielefeld | joerg.koenig@brandi.net

---

## Schadensersatz bei gewerblichem Rechtsschutz nur für einen Teil des nachgeahmten Produkts

---

Nachdem bei der Verletzung von Schutzrechten, beispielsweise Geschmacksmustern, Patenten und Marken, lange Zeit der Schadensersatz in erster Linie in der Weise berechnet wurde, dass eine fiktive Lizenzgebühr gefordert wurde, ist seit der inzwischen gefestigten Änderung der Rechtsprechung des BGH zur Abschöpfung des sog. Verletzergewinns diese Methode wesentlich interessanter geworden. Früher konnte der Verletzer seine Gemeinkosten (Personalkosten, Miete usw.) abziehen, so dass er den Verletzergewinn kleinrechnen konnte. Zumeist blieb dann „erstaunlicherweise“ kein Gewinn übrig. Inzwischen ist die Rechtsprechung dahingehend gefestigt, dass nur solche Kosten abzugsfähig sind, die konkret durch das Plagiat angefallen sind. Es stellt sich daher vermehrt die Frage, wie der Schadensersatz zu berechnen ist, wenn zwar ein Gesamtprodukt nachgeahmt wurde, aber Sonderschutzrechte nur für einen Teil des Produktes bestehen. Das gilt nicht nur im Patentbereich, sondern auch im Geschmacksmusterrecht. Nach der ständigen Rechtsprechung muss das Gericht den Anteil schätzen.

In einem konkreten Fall hatte sich das Landgericht Düsseldorf mit dieser Problematik zu befassen. Bei einer nachgeahmten Jeans war nur die Stickerei auf der Gesäßtasche als - eingetragenes - Gemeinschaftsgeschmacksmuster geschützt.

Der Nachahmer verteidigte sich damit, ihm sei die fertige Jeans von einem deutschen Hersteller/Importeur angeboten worden. Er selbst habe die mit dem geschützten Original weitgehend identische Stickerei nicht gekannt und deshalb das Gemeinschaftsgeschmacksmuster nicht schuldhaft verletzt (ohne Verschulden kein Schadensersatzanspruch). Außerdem sei die Stickerei für das Gesamtprodukt „Jeans“ nur von zu vernachlässigender Bedeutung, ein Schadensersatzanspruch sei deshalb denkbar gering.

Das Landgericht Düsseldorf hat hinsichtlich des Verschuldens den Standpunkt eingenommen, die Maßstäbe an die Sorgfaltspflichtverletzung seien streng. Einen Hersteller treffe ebenso wie einen Importeur eine Überprüfungspflicht. Er müsse grundsätzlich Schutzrechtsrecherchen durchführen. Ein großer Unternehmer (der „Verletzer“ im entschiedenen Fall betreibt Hunderte von Filialen) sei genauso zu behandeln. Es könne sich nicht damit entlasten, es habe keine Prüfungspflicht, weil es nicht Hersteller oder Importeur sei.

Der Verletzergewinn – so das Landgericht Düsseldorf unter Übernahme der BGH-Rechtsprechung insbesondere zum Patentrecht – sei nur so weit herauszugeben, als er auf der Rechtsverletzung beruhe. Maßgeblich sei dabei, inwieweit beim Vertrieb der nachgeahmten Produkte die Gestaltung als Imitat für die Kaufentschlüsse ursächlich gewesen sei oder ob andere Umstände eine wesentliche Rolle gespielt hätten.

Bei der Gestaltung einer Stickerei auf der Gesäßtasche bei ansonsten nicht durch ungewöhnliche Designmerkmale geprägten Jeans seien neben dieser Stickerei auch der Schnitt und die farbliche Gestaltung, insbesondere die Waschung, von wesentlicher Bedeutung. Das Landgericht hat Schnitt, farbliche Gestaltung und Stickerei als etwa gleichbedeutend für die Kaufentscheidung angesehen. Die Rechtsverletzung beruhe daher nur zu einem Drittel auf der Stickerei (die dortige Klägerin hatte zwei Drittel geltend gemacht).

Diese zum Gemeinschaftsgeschmacksmuster ergangene Entscheidung gilt nicht nur für das nationale Geschmacksmuster, sondern auch für die anderen Schutzrechte, bei denen ein Schadensersatzanspruch in gleicher Weise zu berechnen ist.

(LG Düsseldorf 14c O 149/08; BGH GRUR 2007, 431, 434 f – Steckverbindergehäuse).

Dr. Jörg König, Büro Bielefeld | [joerg.koenig@brandi.net](mailto:joerg.koenig@brandi.net)

---

## Bundesgerichtshof: Keine Verpflichtung zur zeitlichen Begrenzung von Verkaufsförderungsmaßnahmen

---

Nach § 4 Nr. 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) handelt unlauter, wer bei Verkaufsförderungsmaßnahmen wie Preisnachlässen, Zugaben oder Geschenken die Bedingungen für ihre Inanspruchnahme nicht klar und eindeutig angibt. Zu den Bedingungen der Inanspruchnahme gehören grundsätzlich auch Angaben darüber, in welchem Zeitraum (Beginn und Ende) die Verkaufsförderungsmaßnahmen in Anspruch genommen werden können.

Da solche Verkaufsförderungsmaßnahmen ihrer Natur nach vorübergehend sind, war in der juristischen Diskussion umstritten, ob § 4 Nr. 4 UWG bei Verkaufsförderungsmaßnahmen in jedem Fall die Angabe des Gültigkeitszeitraumes fordert, also zum Beispiel selbst dann, wenn der Veranstalter der Aktion sich zu deren Beginn auf ein zeitliches Ende noch gar nicht festgelegt hat.

Dazu hat der Bundesgerichtshof nun Klarheit geschaffen. Mit Urteil vom 11.09.2008 zum Aktenzeichen I ZR 120/06 hat er festgestellt, dass das in § 4 Nr. 4 UWG geregelte Transparenzgebot lediglich fordert, auf tatsächlich bestehende Bedingungen, d.h. auf tatsächlich bestehende zeitliche Beschränkungen für die Inanspruchnahme der Preisvergünstigungen hinzuweisen. Jedes andere Verständnis liefe auf die Verpflichtung hinaus, eine einschränkende Bedingung in Bezug auf die Dauer der Aktion zu schaffen. Eine solche Verpflichtung lasse sich aus § 4 Nr. 4 UWG nicht herleiten. Sie widerspräche dem Willen des Gesetzgebers, der mit der im Juli 2004 in Kraft getretenen UWG-Novelle gerade alle einschränkenden Bedingungen für die Durchführung von Sonderveranstaltungen habe beseitigen wollen.

Ein Kaufmann, der sein Lager – aus welchen Gründen auch immer – leeren will, muss sich daher nicht von vornherein auf einen zeitlichen Rahmen festlegen.

Dr. Hans-Jürgen Buchmüller, Büro Gütersloh |  
hans-juergen.buchmueller@brandi.net

---

### „Irrtümer vorbehalten“ – Zulässige Floskel oder unwirksame AGB?

---

In der Presse fand sich Anfang Februar eine kurze Nachricht zu einem Urteil des Bundesgerichtshof (BGH) vom 04.02.2009.

Die Berichterstattung fasste das besagte Urteil jeweils dahingehend zusammen, dass die in Werbekatalogen häufig anzutreffende Formulierung „Änderungen und Irrtümer vorbehalten, Abbildungen ähnlich“ kein unzulässiges Hintertürchen für Unternehmen darstellt, sondern lediglich die ohnehin bestehende Rechtslage unterstreicht. Diese Nachricht birgt das Risiko von Missverständnissen und bedarf daher der Ergänzung und Erläuterung.

In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hatte der Kläger, der Bundesverband der Verbraucherzentralen, die Beklagte, ein Unternehmen, das Mobiltelefone mit Zubehör und Mobilfunkdienstleistungen anbietet, auf Unterlassung in Anspruch genommen. Die Beklagte vertreibt einen Katalog, in dem sie für ihre Produkte wirbt. Der Katalog von September 2005 enthält auf mehreren Seiten jeweils unterhalb der dort beworbenen Produkte einen klein gedruckten Absatz mit der Schlusszeile „Alle Preise incl. MwSt.! Solange der Vorrat reicht! Änderungen und Irrtümer vorbehalten. Abbildungen ähnlich.“ Der Kläger argumentierte, bei diesen in der Katalogfußnote enthaltenen Anmerkungen handele es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), deren Verwendung die Verbraucher unangemessen benachteilige. Der Inhalt des Katalogs sei geeignet, bei Abschluss eines Vertrages zum Leistungsinhalt zu werden. Mit der Klausel relativiere die Beklagte daher die Katalogangaben mit der Folge, dass der Kunde hinsichtlich seiner berechtigten Vertragsansprüche ausgeschlossen werde. Die Beklagte hat in den Vorinstanzen und vor dem BGH jeweils darauf hingewiesen, bei den gerügten Passagen handele es sich bereits nicht um AGB. Die fraglichen Textteile riefen beim Empfänger schon vom objektiven Wortlaut her nicht den Eindruck hervor, dass damit der Inhalt eines Rechtsverhältnisses gestaltet werden solle. Die Formulierungen stünden zudem im Zusammenhang mit lediglich allgemeinen Angaben, nicht mit inhaltlichen Angaben.

Dieser Beurteilung hat sich der BGH ebenso wie bereits die Vorinstanzen angeschlossen.

Bei der angegriffenen Formulierung „Änderungen und Irrtümer vorbehalten. Abbildungen ähnlich.“ handelt es sich nach Auffassung des BGH nicht um AGB. Ein derartiger Katalog enthalte typischerweise keine bindenden Angebote, sondern öffentliche Werbung, mit der Kunden interessiert

und aufmerksam gemacht werden sollten. Bei lebensnaher Betrachtung handele es sich aus der Sicht eines verständigen Kunden bei den beanstandeten Erklärungen nicht um Regelungen eines Vertragsinhalts, sondern um Hinweise, die den Werbe- und unverbindlichen Angebotscharakter des Prospekts unterstrichen.

Entscheidend ist in diesem Zusammenhang die Abgrenzung des vorvertraglichen Stadiums von dem eigentlichen Vertragsschluss. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass es sich bei Katalogen und Werbeprospekten um eine sog. invitatio ad offerendum handelt. Dies bedeutet, dass in den Katalog- bzw. Prospektangaben noch kein rechtlich bindendes Angebot des Unternehmers zu sehen ist, sondern erst der Kunde durch seine Bestellung das Angebot zum Vertragsschluss abgibt, welches hiernach noch der Annahme durch den Unternehmer bedarf. Im vorvertraglichen Stadium ist die Verwendung der angegriffenen Floskeln tatsächlich zulässig, da der Unternehmer noch kein ihn bindendes Angebot abgegeben hat, an dem er festgehalten werden könnte. Etwas anderes gilt aber selbstverständlich, und dies bedarf der Klarstellung, im Rahmen des eigentlichen Vertragsabschlusses. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, in dem Moment somit, in dem sich Angebot und Annahme gegenüberstehen, ist es dem Unternehmer verwehrt, sich durch Klauseln wie „Änderungen und Irrtümer vorbehalten“ quasi eine Hintertür offenzuhalten. Eine derartige standardmäßig verwendete Formulierung auf einem Auftragsbestätigungs- bzw. Bestellbestätigungsformular wäre unwirksam, weil sie den Kunden unangemessen benachteiligte.

Besagte Presseberichte sind somit um die Bemerkung zu ergänzen, dass es sich bei Katalog- und Prospektangaben regelmäßig um vorläufige und unverbindliche Angaben handelt, die der Unternehmer vor oder bei Abschluss des Vertrages noch korrigieren kann. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder gar danach kann sich der Unternehmer allerdings keine derartige Hintertür offenhalten, sondern ist an die zum Vertragsinhalt gewordene Beschaffenheitsvereinbarung gebunden.

Dr. Fabian Breckheimer, Büro Gütersloh |  
fabian.breckheimer@brandi.net

---

### Verbraucher sind künftig nicht mehr zum Wertersatz für die Nutzung mangelhafter Ware verpflichtet, wenn diese im Wege der Ersatzlieferung ausgetauscht wird

---

Der Wortlaut des Gesetzes war bislang denkbar eindeutig: Die §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1 BGB legen fest, dass ein Käufer, der mangelhafte Ware erworben hat und wegen dieser Mangelhaftigkeit vom Verkäufer Ersatzlieferung verlangt, im Gegenzug verpflichtet ist, Wertersatz für die bislang aus der mangelbehafteten Sache gezogenen Nutzungen zu leisten. War etwa ein Kraftfahrzeug oder ein Elektrogerät bereits für einige Zeit in Gebrauch, bevor der Mangel zutage trat, so war bislang nach dem Gesetzeswortlaut für diese Zeit der Nutzung Wertersatz an den Verkäufer zu leisten.

Diese gesetzliche Regelung gilt aber fortan nicht mehr für die Fälle des sog. Verbrauchsgüterkaufes. Ein solcher liegt generell vor, wenn ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft. Mit seiner Entscheidung vom 26.11.2008 bestimmte der Bundesgerichtshof (BGH, Az. VIII ZR 200/05) unter Beachtung des zuvor ergangenen Urteils des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 17.04.2008 (EuGH, Rs. C-404/06), dass besagte Vorschrift des § 439 Abs. 4 BGB für Fälle des Verbrauchsgüterkaufes künftig nur noch mit Einschränkungen anzuwenden ist. Der gewerbliche Verkäufer einer mangelhaften Sache hat demzufolge künftig keinen Anspruch mehr auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen oder auf Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Kaufsache gegen seinen Kunden, demgegenüber er zur Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache verpflichtet ist, wenn dieser Kunde Verbraucher ist.

Der Entscheidung liegt ein Sachverhalt aus dem Jahre 2002 zugrunde. Eine Verbraucherin hatte im Sommer 2002 bei einem Versandhandelsunternehmen ein Herd-Set gekauft. Im Januar 2004 stellte die Käuferin fest, dass sich die Emaille-Schicht im Backofen abgelöst hatte. Da eine Reparatur des Gerätes nicht möglich war, tauschte das Versandhandelsunternehmen den Backofen aus. Für die Nutzung des ursprünglich gelieferten Gerätes, welches immerhin von Sommer 2002 bis Januar 2004 in Betrieb war, verlangte das Versandhandelsunternehmen rd. 70,00 €. Dieses Verlangen war vom Wortlaut der gesetzlichen Regelung auch gedeckt, so dass die Käuferin den geforderten Betrag zunächst zahlte.

In der Folgezeit beschäftigten sich allerdings die Gerichte mit der Frage, ob dieser Anspruch auf Wertersatz gerechtfertigt war und insbesondere damit, ob diese Regelung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches mit der Europäischen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Richtlinie 1999/44/EG) vereinbar ist. Der mit der Revision befasste Bundesgerichtshof legte diese Frage sodann dem EuGH zur Entscheidung vor, welcher schließlich im April 2008 entschied, dass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie einer nationalen Regelung entgegenstehe, die dem Verkäufer, wenn er ein vertragswidriges Verbrauchsgut geliefert hat, gestattet, vom Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des vertragswidrigen Verbrauchsgutes bis zu dessen Austausch durch ein neues Verbrauchsgut zu verlangen. Eine derartige Pflicht des Käufers ist nach dem EuGH mit der Richtlinie, welche gerade die Stärkung des Verbraucherschutzes bezweckt, unvereinbar.

Der Bundesgerichtshof war daher aufgefordert, die Regelung des § 439 Abs. 4 BGB richtlinienkonform auszulegen und somit letztlich in seiner Anwendung zu beschränken. Im Falle eines Verbrauchsgüterkaufes sei deshalb, so der BGH, besagte Vorschrift künftig entgegen ihrem Wortlaut einschränkend auszulegen: Ein Verbraucher, der anstelle einer mangelhaften Kaufsache eine Ersatzlieferung erhält, schuldet künftig anders als bisher keinen Wertersatz mehr für die bereits aus der mangelhaften Sache gezogenen Nutzungen.

Inzwischen hat jedoch auch der Gesetzgeber reagiert und für entsprechende Klarstellung gesorgt: Seit dem 16.12.2008 gilt § 474 Abs. 2 BGB in geänderter Fassung und

legt ausdrücklich fest, dass der Verbraucher im Falle der Rückgewähr einer mangelhaften Sache keine Nutzungen herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen hat.

Diese Entwicklung ist sowohl für Verbraucher als auch für gewerbliche Verkäufer von Verbrauchsgütern von erheblicher Relevanz, da sie eine Abkehr von der bisher geltenden gesetzlichen Regelung darstellt. Es bleibt abzuwarten, ob auch im Hinblick auf andere Regelungen, etwa die Pflicht des Verbrauchers zur Leistung von Wertersatz im Falle der Ausübung seines Widerrufsrechts bei Fernabsatzverträgen oder die Wertersatzpflicht des Bestellers im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs im Werkvertragsrecht („neu gegen alt“), deren Unvereinbarkeit mit Europarecht festgestellt werden wird.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei abschließend darauf hingewiesen, dass diese Entwicklung selbstverständlich nur solche Kunden erfasst, die Verbraucher sind. Ein Unternehmer schuldet in den vorgenannten Fällen auch weiterhin grundsätzlich Wertersatz für die gezogenen Nutzungen.

Dr. Fabian Breckheimer, Büro Gütersloh |  
fabian.breckheimer@brandi.net

---

## **BGH hat über die Zulässigkeit von AdWord-Werbung entschieden**

---

Nachdem die Bedeutung von Online-Werbung immer weiter an Bedeutung gewinnt, verwundert es nicht, dass es in diesem Zusammenhang bereits zu zahlreichen gerichtlichen Auseinandersetzungen gekommen ist. Google bietet etwa die Möglichkeit, zu beliebigen Stichwörtern eine Werbung am Rand neben der Trefferliste anzuzeigen; dieses Angebot nennt Google AdWord-Werbung. Die Problematik besteht darin, dass als Stichwörter auch Kennzeichen genutzt werden können, die für ein anderes Unternehmen als Marke oder Unternehmensbezeichnung geschützt sind.

Einige Gerichte haben die Verwendung derartiger Stichwörter als Verstoß gegen das Markenrecht und/oder das Wettbewerbsrecht angesehen. Vor allem die Braunschweiger Gerichte haben daher regelmäßig Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Verfügung stattgegeben, mit denen eine derartige Werbung untersagt wird. Die Gerichte in Düsseldorf sind dagegen der Auffassung, dass eine solche Werbung zulässig ist, wenn sie nur neben der eigentlichen Trefferliste eingeblendet ist, weil die Werbung deutlich als solche gekennzeichnet ist und Internetnutzer nicht unbedingt erwarten, neben der Trefferliste nur Werbung des jeweiligen Markeninhabers angezeigt zu bekommen. Da die AdWord-Werbung bundesweit abrufbar ist, kann derjenige, der ein gerichtliches Verfahren einleitet, sich nach dem sog. Grundsatz des „fliegenden Gerichtsstandes“ ein beliebiges deutsches Gericht aussuchen und muss nicht vor dem eigenen Gericht klagen.

Nun hat sich am 22.01.2009 der Bundesgerichtshof (BGH) erstmals als oberstes Zivilgericht zu der Frage der Zulässigkeit der AdWord-Werbung geäußert: Jedenfalls für Unternehmensbezeichnungen wurde jetzt die Auffassung des OLG Düsseldorf bestätigt, wonach Werbeeinblendungen zulässig sind, wenn ein Internetnutzer nach der Unternehmensbezeichnung eines Wettbewerbers sucht. Ob dies auch für eingetragene Marken gilt, bleibt aber weiterhin offen. Die entsprechende Frage hat der BGH jetzt dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorgelegt, da die Frage von der Auslegung der europäischen Markenrichtlinie abhängt. Bis zu einer endgültigen Klärung der Rechtslage sollte weiterhin genau angegeben und geprüft werden, zu welchen Stichwörtern Werbung bei Google eingeblendet werden soll.

Dr. Sebastian Meyer, LL.M., Büro Bielefeld |  
sebastian.meyer@brandi.net

---

## Neue Möglichkeiten zur Beitreibung von Forderungen im internationalen Rechtsverkehr

---

**Seit Beginn dieses Jahres gibt es für deutsche Gläubiger neue Möglichkeiten, ihre Forderungen gegen Schuldner im Ausland durchzusetzen. Neben das bislang bereits gegebene deutsche „internationale Mahnverfahren“ und die klassische Klage treten jetzt das sog. „Europäische Mahnverfahren“ sowie das „Europäische Bagatellverfahren“. Beide sollen Gläubigern in grenzüberschreitenden Sachverhalten neue Möglichkeiten bieten, ihre Forderungen einfach und kostengünstig einzutreiben.**

### 1. Ausgangslage

Wollte ein deutsches Unternehmen bislang seine Forderung gegen seinen im EU-Ausland ansässigen Schuldner eintreiben, hatte es in der Regel zwei Möglichkeiten: Entweder es musste direkt im Ausland am Sitze des Schuldners Klage erheben, oder aber – vorausgesetzt, es bestand ein Gerichtsstand im Inland – es konnte den säumigen Schuldner vor deutschen Gerichten verklagen. Im letzteren Fall musste zumindest dann, wenn sich der Schuldner verteidigte, selbst bei Obsiegen in Deutschland im Ausland ein sog. „Exequaturverfahren“ angestrengt werden – damit verlieh das ausländische Gericht dem deutschen Urteil Wirkungen auch im Ausland. Alternativ konnte der deutsche Gläubiger auch unter bestimmten Umständen ein deutsches „internationales Mahnverfahren“ gegen den Schuldner in Gang setzen, stets vorausgesetzt, die deutschen Gerichte waren international zuständig. Damit ist der größte Schwachpunkt der neuen Verfahren bereits genannt: Die aufwendige und schwierige Prüfung dieser Zuständigkeit ist auch durch das neue Verfahren nicht entfallen.

### 2. Das neue Europäische Mahnverfahren

Das neue Europäische Mahnverfahren ist auf „grenzüberschreitende“ Sachverhalte beschränkt, d.h. mindestens eine der Parteien hat zum Zeitpunkt der Antragstellung ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort nicht in dem Mit-

gliedstaat, in dem der Antrag gestellt wird. Das international zuständige Gericht wird nach den allgemeinen Regeln bestimmt. Die Bestimmung setzt die Kenntnis der europäischen Zuständigkeitsregeln voraus sowie die Prüfung, ob evtl. zuständigkeitsbegründende AGB wirksam einbezogen wurden, und ist der offensichtlichste Grund dafür, dass das Verfahren nicht wie das nationale deutsche Mahnverfahren mit Formularen aus dem Schreibwarenhandel ohne anwaltliche Beratung betrieben werden kann.

Dabei bedient sich der europäische Gesetzgeber weitestgehend verschiedener Formulare, mit denen die Sprachbarrieren überwunden werden sollen. Der Antragsteller kreuzt an und füllt mittels Zahlencodes aus: Angaben zum Gericht, zur Zuständigkeit, zu den Parteien, zur Forderung, zu Zinsen und Kosten und einiges mehr. Auch die Beweismittel hat er zu benennen – vorzulegen jedoch nicht.

Das Gericht, bei dem der Antrag eingereicht wird, prüft die Angaben im Formblatt und veranlasst dann die Zustellung eines Zahlungsbefehls. Dabei ist im Einzelnen noch umstritten, welchen Umfang diese Prüfung haben soll. Die Erfahrung lässt befürchten, dass sich die geübte Sorgfalt dieser Prüfung in den einzelnen Mitgliedstaaten stark unterscheiden wird.

Geht 30 Tage nach Versendung zuzüglich eines nicht näher bestimmten „Übermittlungszuschlags“ kein Widerspruch ein, wird der Zahlungsbefehl rechtskräftig und ist dann in allen Mitgliedsstaaten der EU vollstreckbar, ohne dass es etwa des o.g. „Exequatur-Verfahrens“ bedarf. Die Vollstreckung folgt dann dem Recht des Staates, in dem die Vollstreckung betrieben wird.

Der Schuldner hat im Grunde nur die Möglichkeit, gegen den Zahlungsbefehl innerhalb der 30 Tage fristgerecht Widerspruch einzulegen. Versäumt er diese Frist, sind Rechtsbehelfe im Nachhinein nur noch äußerst schwierig zu begründen. Im Falle des Widerspruchs kann – so es der Antragsteller beantragt – ins normale Gerichtsverfahren übergegangen werden. Insofern ist das europäische dem deutschen Mahnverfahren ähnlich.

### 3. Das Europäische Bagatellverfahren

Fast zeitgleich mit dem Europäischen Mahnverfahren steht den Gläubigern nun ein weiteres Verfahren zur Verfügung, was zu einem in allen Mitgliedstaaten vollstreckbaren Titel führen kann: Das sog. „Europäische Bagatellverfahren“. Wie auch das Europäische Mahnverfahren setzt es einen grenzüberschreitenden Sachverhalt voraus. Allerdings umfasst das Verfahren lediglich Forderungen bis zu einem Wert von € 2.000.

Auch in diesem Verfahren muss die internationale Zuständigkeit kompliziert nach den althergebrachten Regeln bestimmt werden und auch für dieses Verfahren stellt die entsprechende Verordnung standardisierte Formulare zur Verfügung, die benutzt werden müssen, um das Verfahren in Gang zu bringen, allerdings sind sie im Gegensatz zum Europäischen Mahnverfahren stark vereinfacht.

Für das Verfahren gilt ein streng vom Verordnungsgeber gesetzter Zeitrahmen: Nach Eingang des Antrags bei Gericht soll dasselbe innerhalb von 14 Tagen das Formular des Gläubigers samt Antwortformular und Belehrung dem Schuldner zustellen. Weitere 30 Tage nach der Antwort des Schuldners soll entweder ein Urteil erlassen, der Schuldner angehört oder Beweis erhoben werden.

Das Urteil ist dann – wie beim Europäischen Mahnverfahren der Zahlungsbefehl – in allen Mitgliedsstaaten vollstreckbar.

#### **4. Zusammenfassung**

Die hier vorgestellten Verfahren sind neu und es steht noch nicht fest, wie sie sich in der Praxis bewähren werden. Ob es hilfreich ist, dem Rechtsuchenden für manche Fälle gleich drei verschiedene rechtliche Wege zu eröffnen (normale Klage mit anschließender Exequatur, nationales Mahnverfahren, Europäisches Mahnverfahren), seine Forderungen beizutreiben, bleibt abzuwarten. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt scheint jedoch gerade das Europäische Mahnverfahren eine gute Alternative zu den althergebrachten Wegen, auch wenn alleine die Prüfung der internationalen Zuständigkeit des anzurufenden Gerichts dem juristischen Laien in der Regel nicht möglich sein wird.

Dr. Nils Wigglinghaus, Büro Gütersloh | [nils.wigglinghaus@brandi.net](mailto:nils.wigglinghaus@brandi.net)

Brandi Dröge Piltz Suderow & Gronemeyer

### Bielefeld

Adenauerplatz 1  
33602 Bielefeld  
Tel. +49 (0) 521 / 96535-0  
Fax +49 (0) 521 / 96535-99  
E-Mail: [bielefeld@brandi.net](mailto:bielefeld@brandi.net)

### Detmold

Lindenweg 2  
32756 Detmold  
Tel. +49 (0) 5231 / 9857-0  
Fax +49 (0) 5231 / 9857-50  
E-Mail: [detmold@brandi.net](mailto:detmold@brandi.net)

### Gütersloh

Thesings Allee 3  
33332 Gütersloh  
Tel. +49 (0) 5241 / 5358-0  
Fax +49 (0) 5241 / 5358-40  
E-Mail: [guetersloh@brandi.net](mailto:guetersloh@brandi.net)

### Minden

Königswall 47-49  
32423 Minden  
Tel. +49 (0) 571 / 83706-0  
Fax +49 (0) 571 / 83706-66  
E-Mail: [minden@brandi.net](mailto:minden@brandi.net)

### Paderborn

Rathenaustraße 96  
33102 Paderborn  
Tel. +49 (0) 5251 / 7735-0  
Fax +49 (0) 5251 / 7735-99  
E-Mail: [paderborn@brandi.net](mailto:paderborn@brandi.net)

### Leipzig

Ferdinand-Lassalle-Straße 2  
04109 Leipzig  
Tel. +49 (0) 341 / 983 8630  
Fax +49 (0) 341 / 983 8646  
E-Mail: [leipzig@brandi.net](mailto:leipzig@brandi.net)

### Paris

71, Rue du Faubourg St.-Honoré  
F-75008 Paris  
Tel. +33 (1) / 42668900  
Fax +33 (1) / 42668901  
E-Mail: [info@wenner.eu](mailto:info@wenner.eu)

### Peking

Suite 706/2, Jian Wai SOHO  
39 East 3rd Ring Road  
Chaoyang District, China (VR)  
Peking (Beijing) 100022  
Tel. +86 10 5869 0466  
Fax +86 10 5869 0469  
E-Mail: [peking@brandi.net](mailto:peking@brandi.net)

## Wir über uns

Unter dieser Rubrik berichten wir Ihnen von Tätigkeiten und Ereignissen, die ein wenig außerhalb der eigentlichen Anwaltstätigkeit liegen, mit ihr jedoch gleichwohl in Bezug stehen. Die genannten Veröffentlichungen stellen Ihnen die Autoren selbstverständlich wie immer gern zur Verfügung.

- Wir möchten Sie heute auch schon zu unserem Baurechtsforum am 24.04.2009 um 9.00 Uhr im Rochdale-Saal in Bielefeld einladen. Die Kollegen aus dem öffentlichen Baurecht werden Sie über Themen wie Brandschutz aus technischer und juristischer Sicht, die Verantwortung für die Erfüllung der Brandschutzanforderungen im privaten Bau- und Architektenrecht und Fallstricke bei der Bauleitplanung am Beispiel des Einzelhandels informieren. Die Einladung hierzu finden Sie in Kürze auf unserer Internetseite.
- Weiterhin möchten wir Sie zu unserem Unternehmertag am 7. Mai 2009 im Kaiserpalais in Bad Oeynhausen einladen. Hier wird Sie unsere Kompetenzgruppe Unternehmensrecht durch spannende Themen wie Geschäftsführerhaftung, Strategien zur Vermeidung der Insolvenz sowie arbeitsrechtliche Möglichkeiten zur Kurzarbeit und Personalabbau begleiten.
- Prof. Dr. Burghard Piltz ist von dem deutschen Komitee der International Chamber of Commerce (ICC) gebeten worden, die anstehende Aktualisierung der INCOTERMS als Experte für internationales Kaufrecht zu begleiten. Die Neufassung der INCOTERMS dürfte gegen Ende dieses Jahres vorliegen.
- Weiterhin referiert Herr Prof. Dr. Piltz am 27. und 28. Mai 2009 sowie am 23. und 24. Juni 2009 in Freising (bei München) zum Thema Rechtsfallen im Vertrieb für Euroforum.
- Herr Dr. Tepper berichtete über juristische und steuerliche Aspekte des Australiengeschäftes am 12. März 2009 in der IHK Ostwestfalen, Elsa-Brändström-Str. 1-3, 33602 Bielefeld.
- Die Kollegen Dr. Kevin Kruse und Dr. Sebastian Meyer haben in der Zeitschrift *Multi-media und Recht* die Leitsätze des Urteils vom OLG Hamm zur Sperrung von Konten für betrügerische Websites verfasst und die Entscheidung kommentiert.
- Nachdem Herr Dr. Sebastian Meyer im letzten Jahr bereits eine Podiumsdiskussion mit Vertretern von Google über die Macht von Suchmaschinen moderiert hat, hat er nun selbst im Rahmen des Internationalen Rechtsinformatik Symposiums in Salzburg über die aktuellen Rechtsprobleme bei der Nutzung von Suchmaschinen referiert. Anfang des Jahres erschien von Herrn Dr. Meyer ein Aufsatz mit dem Titel „Mitarbeiterüberwachung: Kontrolle und Ortung von Arbeitnehmern“ in der Ausgabe 1/2009 der Zeitschrift „Kommunikation & Recht“ (K&R 2009, 14).

Die in unseren Beiträgen allgemein erteilten Hinweise und Empfehlungen können und sollen eine anwaltliche Beratung nicht ersetzen. Für Anregungen und Rückfragen stehen Ihnen die jeweiligen Autoren der Beiträge oder die Redaktion ([patrizia.ferrara@brandi.net](mailto:patrizia.ferrara@brandi.net)) gern zur Verfügung.