

Newsletter

TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft

Baurecht, Vergaberecht, Immobilienrecht, Architekten- und Ingenieurrecht

AKTUELLES AUS DER RECHTSPRECHUNG

Editorial

Baurecht

Keine Privilegierung der VOB Teil B gegenüber Verbrauchern

BGH, U.v. 24.07.2008 – VII ZR 55/07

LEITSATZ

Wird die VOB Teil B gegenüber Verbrauchern verwendet, unterliegen ihre einzelnen Klauseln auch dann einer Inhaltskontrolle, wenn sie als Ganzes vereinbart ist.

HINWEIS

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH, Urteil vom 16.12.1982 (BGHZ 86, 135, 142), sind in einem Vertrag, in dem die VOB Teil B gegenüber einem Bauhandwerker verwendet wird, die einzelnen Bestimmungen dieses Klauselwerks einer Inhaltskontrolle nicht unterworfen, wenn die VOB Teil B als Ganzes vereinbart ist. Der BGH begründet dies damit, dass sich die VOB Teil B von sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen dadurch wesentlich unterscheidet, dass sie nicht den Vorteil nur einer Vertragsseite verfolgt. An ihrer Ausarbeitung sind Interessengruppen der Auftraggeber- und Auftragnehmerseite beteiligt und sie enthält einen auf die Besonderheiten des Bauvertragsrechts abgestimmten, im Ganzen ausgewogenen Interessenausgleich. Der BGH stellt nunmehr klar, dass

diese Rechtsprechung nicht auf Verträge anwendbar ist, in denen die VOB Teil B gegenüber Verbrauchern verwendet wird. Soweit der Entscheidung vom 16.12.1982 etwas anderes entnommen werden könnte, hält der BGH daran nicht fest.

Unser Newsletter 3-2008 enthält aktuelle Entscheidungen und Nachrichten zum Bau-, Vergabe- und Immobilienrecht. Wichtig ist insbesondere das Urteil des BGH vom 24.07.08. Der BGH hat hierin klargestellt, dass die VOB/B in Verträgen mit Verbrauchern keinerlei Privilegierung genießt.

Praxisrelevant sind ferner die neuen Urteile des BGH zur (Nicht-) Anrechnung von Steuervorteilen im Rahmen der Rückabwicklung eines Bauträgergeschäfts sowie zu den Aufklärungspflichten gegenüber einem Erwerber, der einem Mietpool beiträgt.

Die Neuregelungen zur der seit dem 01.11.2008 existierenden „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ finden Sie in der Rubrik „Auf einem Blick“.

TSP Theißen Stollhoff & Partner
Rechtsanwaltsgesellschaft

Inhalt

Aktuelles aus der Rechtsprechung	1
Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft	
➤ Gesetzesänderungen	3
➤ Novellierung EnEV und EnEG	5
➤ Stand der Vergaberechtsreform	6
➤ EuGH prüft die Ausschreibungspflicht kommunaler Immobiliengeschäfte	9
TSP Theißen Stollhoff & Partner – Intern	11
Auf einen Blick	
Aktuelles zum Forderungssicherungsgesetz	12

Impressum

TSP Theißen Stollhoff & Partner
Rechtsanwaltsgesellschaft
(Herausgeber)

Palais am Bundesrat
Leipziger Platz 11
10117 Berlin

Telefon (030) 399776-0
Telefax (030) 399776-22

Berlin@ts-law.de
www.ts-law.de

Partnerschaftsgesellschaft
AG Charlottenburg PR 431 B

Damit stimmt die Rechtsprechung des BGH nunmehr mit der vom Deutschen Bundestag am 26.06.2008 beschlossenen Streichung der Ausnahmetatbestände in § 308 Nr. 5 und § 309 Nr. 8 b ff BGB und der Neuregelung des § 310 Abs. 1 BGB überein. Danach soll die Privilegierung der VOB/B zukünftig nur bei ihrer Verwendung gegenüber Unternehmern im Sinne des § 14 BGB, juristischen Personen des öffentlichen Rechts und Sondervermögen des öffentlichen Rechts, nicht aber bei der Verwendung gegenüber Verbrauchern gelten. Jede VOB/B-Bestimmung ist damit in Verträgen mit Verbrauchern stets der Inhaltskontrolle unterworfen, was eine Anpassung bestehender Vertragsmuster erforderlich macht.

Unwirksame Klauseln in Bauverträgen mit Verbrauchern

OLG Celle, U.v. 03.07.2008 – 13 U 68/08

LEITSATZ

Die Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Werkunternehmers

a) „Der Bauherr ist verpflichtet, spätestens acht Wochen vor dem vorgesehenen Baubeginn dem Unternehmen eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft eines in Deutschland zugelassenen Kreditinstituts in Höhe der nach dem vorliegenden Vertrag geschuldeten Gesamtvergütung (unter Berücksichtigung von aus Sonderwünschen resultierenden Mehr- oder Minderkosten) zur Absicherung aller sich aus dem vorliegenden Vertrag ergebenden Zahlungsverpflichtungen des Bauherrn vorzulegen“ sowie

b) „Kündigt der Bauherr den Vertrag, ohne dass das Unternehmen dies zu vertreten hat, stehen dem Unternehmen die in § 649 BGB geregelten Ansprüche zu. Statt der sich aus § 649 BGB ergebenden Ansprüche kann das Unternehmen als Ersatz für seine Aufwendungen und den entgangenen Gewinn einen Pauschalbetrag in Höhe von 15 % des Gesamtpreises gem. § 1 Abs. 2 geltend machen. Dieser pauschalierte Anspruch steht dem Unternehmer nicht zu, wenn der Bauherr nachweist, dass der nach § 649 BGB dem Unternehmer zustehende Betrag wesentlich niedriger als die Pauschale ist“ sind nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB (Klausel a) bzw. § 309 Nr. 5 b BGB (Klausel b) entsprechend unwirksam.

HINWEIS

Nach Ansicht des OLG Celle stellen beide Klauseln in Bauverträgen mit Verbrauchern eine unangemessene Benachteiligung dar und sind deshalb nach § 307 Abs. 1 Satz 1 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam.

Bezüglich der Verpflichtung zur Stellung einer Bürgschaft verkennt das OLG Celle zwar nicht das Sicherheitsbedürfnis des vorleistungspflichtigen Bauunternehmers. Der Verbraucher wird aber dadurch unangemessen benachteiligt, dass er anders als in § 648a BGB auch die Kosten der Avalgebühren tragen muss und der Unternehmer außer der Bürgschaft zusätzlich die gesetzliche Sicherungshypothek nach § 648 BGB beanspruchen kann. Diese Kumulation einer erhöhten Kostenbelastung und einer übermäßigen Sicherung des Unternehmers führt nach Ansicht des OLG Celle dazu, die Klausel als unangemessen anzusehen.

Die Abrechnungsklausel ist nach der Begründung des OLG Celle deshalb unwirksam, weil diese dem Verbraucher nicht ausdrücklich den Nachweis gestattet, dass ein Schaden bzw. ein Anspruch i. S. von § 649 BGB gar nicht entstanden ist, § 309 Nr. 5 b BGB analog. Zwar gestattet sie dem Verbraucher den Nachweis, dass der nach § 649 BGB dem Unternehmer zustehende Betrag wesentlich niedriger als die Pauschale ist. Jedoch fehlt es an dem ausdrücklichen Hinweis darauf, dass auch der Nachweis möglich ist, dass ein Schaden bzw. ein Anspruch i. S. von § 649 BGB gar nicht entstanden ist. Ein solcher Hinweis ist nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 309 Nr. 5 b BGB erforderlich.

Mangel beim Verstoß gegen DIN-Normen?

OLG Frankfurt, U.v. 07.07.2006 – 13 U 147/05
BGH, B.v. 10.07.2008 – VII ZR 162/06
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

LEITSATZ

Ein Mangel der Bauausführung ist dann nicht anzunehmen, wenn unter Einsatz nicht in vollem Umfang DIN-gerechter Konstruktionen ein zufriedenstellendes Ergebnis erzielt wird.

HINWEIS

Regelmäßig liegt in der Nichteinhaltung der DIN-Normen ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik. Dieser Verstoß begründet nach Ansicht des OLG Frankfurt am Main lediglich die

- widerlegliche - Vermutung für einen Mangel. Wird diese Vermutung – wie nach Meinung des OLG Frankfurt am Main im entschiedenen Fall geschehen – widerlegt, liege kein Baumangel vor. Der BGH hat der Beschwerde zur Zulassung der Revision aus formalen Gründen nicht abgeholfen. Es bleibt daher abzuwarten, ob sich die Meinung des OLG Frankfurt am Main letztlich in der Rechtsprechung durchsetzen wird. Hiergegen spricht der Wortlaut des § 13 Nr. 1 Satz 2 VOB/B, wonach allein der Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik einen Mangel begründet. Das gilt auch für den BGB-Bauvertrag, weil die Regeln der Technik dort zur stillschweigend vereinbarten Beschaffenheit des Werkes gehören. Überdies kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Regelverstoß nicht in der Zukunft zu Gebrauchsnachteilen oder Wertminderungen führt.

Bürgschaft I

BGH, U.v. 08.07.2008 – XI ZR 230/07

LEITSATZ

Die Fälligkeit der Forderung aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern tritt, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, mit der Fälligkeit der Hauptschuld ein und ist nicht von einer (formgerechten) Leistungsaufforderung des Gläubigers abhängig.

HINWEIS

Bürgschaftsforderungen verjähren innerhalb der dreijährigen Regelverjährungsfrist. Die Frist beginnt mit dem Ablauf des Jahres, in dem die Bürgschaftsschuld entsteht. Wann dies der Fall ist, wurde bislang unterschiedlich beurteilt. Nach der Rechtsprechung des BGH entsteht die Forderung aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, mit der Fälligkeit der Hauptschuld und nicht erst mit der Inanspruchnahme des Bürgen. Bei einer Gewährleistungsbürgschaft bedeutet dies, dass die Bürgschaftsforderung bereits dann fällig wird, wenn die vom Auftraggeber zur Mängelbeseitigung gesetzte Frist verstrichen und zumindest die Erhebung einer Feststellungsklage möglich ist.

Dies gilt – wie vorliegend vom BGH entschieden – auch bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern. Die vereinfachte Inanspruchnahme bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern beeinflusst – so

GESETZESÄNDERUNGEN

Am 28.10.2008 wurden das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (kurz MoMiG, vgl. „Auf einen Blick“) und das Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (kurz Forderungssicherungsgesetz, vgl. Newsletter 2-2008, S. 10) im Bundesgesetzblatt veröffentlicht. Damit treten das MoMiG planmäßig zum 01.11.2008 und das Forderungssicherungsgesetz am 01.01.2009 in Kraft.

der BGH – nicht die materielle Bürgenhaftung, sondern modifiziere nur die Berücksichtigung von Einwendungen im Erstprozess. Zu der für den Verjährungsbeginn entscheidenden Frage, wann der die Fälligkeit auslösende Sicherungsfall eingetreten ist, weicht damit die Bürgschaft auf erstes Anfordern nicht von den allgemein für selbstschuldnerische Bürgschaften geltenden Regeln ab. Die Bürgschaftsforderung wird – wie bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft, die nicht auf erstes Anfordern ausgestellt ist – mit der Hauptschuld fällig.

Bürgschaft II

OLG Dresden, B.v. 15.07.2008 – 12 U 781/08

LEITSATZ

Die Kombination von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungssicherheit in AGB des Auftraggebers darf 6 % bis 10 % des Werklohns nicht übersteigen.

HINWEIS

Die dem OLG Dresden zur Entscheidung vorgelegten Sicherungsklauseln wurden dem Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzverwaltung (VHB Bund), Ausgabe 1999, entnommen. Danach dienen Vertragserfüllungssicherheit und Gewährleistungssicherheit jedenfalls insoweit dem gleichen Sicherungszweck, als sie sich gemäß Nrn. 29.1 und 29.2 auf „Gewährleistung und (einschließlich) Schadensersatz sowie auf die Erstattung von Überzahlungen einschließlich der Zinsen“ erstrecken. Infolge dessen kann es zu einem „Nebeneinander“ beider Siche-

rungsmittel für die Zeit ab Abnahme bis zur Erfüllung sämtlicher bis zur Schlusszahlung erhobener Ansprüche, mithin zu einer „Verdoppelung der Sicherheit“ im Falle der Ablösung des Gewährleistungseinbehalts durch die vertraglich vorgesehene Gewährleistungsbürgschaft kommen.

Beläuft sich – wie im vom OLG Dresden entschiedenen Fall – die Sicherheit für die Vertragserfüllung auf 10 v. H. der Auftragssumme einschließlich der Nachträge und die Sicherheit für die Gewährleistung auf 5 v. H. der Abrechnungssumme, hat dies eine in AGB's unzulässige Kumulation der Sicherheiten auf 15 % des Vertragsvolumens zur Folge. Dies stellt für die Zeit nach der Abnahme eine unangemessene Benachteiligung der Hauptschuldnerin dar.

Die Klauseln sind in dieser Form in dem VHB des Bundes seit der Ausgabe 2002 nicht mehr enthalten. Bei der Verwendung von Vertragsmustern ist penibel darauf zu achten, dass nicht durch das Nebeneinander mehrerer Sicherheiten die von der Rechtsprechung anerkannten Obergrenzen überschritten werden.

Bürgschaft III

LG München I, U.v. 29.05.2008 – 2 O 21977/07

LEITSATZ

Die AGB-Klausel, wonach der Gewährleistungseinbehalt ausschließlich durch eine Bankbürgschaft abgelöst werden kann, ist wirksam. Trotz dieser Beschränkung steht dem Auftragnehmer eine ausreichend hohe Zahl an in Betracht kommenden Bürgen zur Verfügung.

HINWEIS

Nach Ansicht des LG München ist eine Klausel, welche dem Auftragnehmer die Möglichkeit einräumt, den Gewährleistungseinbehalt in Höhe von fünf Prozent durch „Stellung einer Bankbürgschaft nach beigefügtem Muster des AG“ abzulösen, wirksam. Zwar werde der Kreis der möglichen Bürgen abweichend von § 17 Nr. 2 VOB/B auf Kreditinstitute beschränkt, sodass Kreditversicherer als Bürgen ausscheiden. Gleichwohl benachteilige diese Beschränkung – so das LG München – den Auftragnehmer nicht unangemessen i.S. v. § 307 BGB, weil weiterhin eine ausreichend hohe Zahl an in Betracht kommenden Bürgen zur Verfügung steht.

Vorschuss zur Mängelbeseitigung

OLG Oldenburg, U.v. 17.04.2008 – 8 U 2/08

LEITSATZ

1. Aus dem vertraglichen Charakter des Vorschussanspruchs folgt, dass der Auftragnehmer grundsätzlich berechtigt ist, den zur Mängelbeseitigung gezahlten Vorschuss zurückzufordern, wenn der Auftraggeber die Mängelbeseitigung nicht innerhalb einer angemessenen Frist durchführt oder diese nicht mehr ernsthaft betreibt.
2. In welcher Zeit der Auftraggeber die Nachbesserung vorzunehmen und eine Abrechnung zu erteilen hat, hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab. Allgemein wird ein Richtwert von einem halben, äußerstenfalls von einem Jahr nach Zahlung des im vorliegenden Fall titulierten Vorschussanspruches angenommen. Im Einzelfall kann aber auch eine Frist von vier Jahren angemessen sein. (...)

HINWEIS

Über den Vorschuss ist abzurechnen. Verbleibt nach Mängelbeseitigung ein Überschuss, ist dieser dem Auftragnehmer zurückzuerstatten. Reicht der gezahlte Vorschuss nicht aus, kann der Auftraggeber nachfordern. Rechnet der Auftraggeber über den Vorschuss nicht innerhalb einer angemessenen Frist ab, kann der Auftragnehmer den Vorschuss zurückverlangen. Innerhalb welcher Frist abzurechnen ist, hängt nach der Rechtsprechung vom Einzelfall ab. Als übliche Abrechnungsfrist wird regelmäßig ein Zeitraum von etwa einem halben Jahr bis ein Jahr angesehen (vgl. OLG Celle, IBR 2002, 308). Dem schließt sich das OLG Oldenburg in der vorliegenden Entscheidung an. Nur in Ausnahmefällen kann eine Frist von vier Jahren angemessen sein.

Der Auftraggeber sollte allerdings prüfen, ob ihm nicht ein Schadenersatzanspruch in Höhe des Vorschusses zusteht. In diesem Fall entfällt der Abrechnungs- und Rückzahlungsanspruch des Auftragnehmers.

NOVELLIERUNG ENEV UND ENEG

Am 18.06.2008 hat das Bundeskabinett das „2. Klimaschutzpaket“ verabschiedet. Nach der geplanten Novellierung von Energieeinspargesetz (EnEG) und zugehöriger Energieeinsparverordnung (EnEV) müssen voraussichtlich ab Mitte 2009 Neu- und Umbauten von Wohngebäuden um etwa 30% energieeffizienter sein (vgl. Newsletter 2-2008). Parallel hat die Bundesregierung Förderprogramme für energetische Sanierungen aufgelegt. Mit einem Mix aus „Fördern und Fordern“ will die Bundesregierung somit zum Klimaschutz beitragen. Die wichtigsten Förderprogramme des Bundes sind:

- **Marktanreizprogramm**
Gefördert werden thermische Solaranlagen zur Warmwassererzeugung, zur Raumheizung und zur kombinierten Warmwasserbereitung und Raumheizung, Wärmepumpen und automatisch beschickte kleine Biomassekessel (Holzpellets, Hackschnitzel, Scheitholz).
- **Wärme in Schulen und Kirchen**
Gefördert wird der Mehraufwand beim Einsatz von Wärme aus erneuerbaren Energien z. B. Anlagenteile oder elektronische Anzeigetafeln in allgemein zugänglichen Räumen.
- **KfW-Programm Ökologisch Bauen**
Gefördert wird die Errichtung, Herstellung oder der Ersterwerb von KfW-Energiesparhäusern 40 und 60 und von Passivhäusern sowie der Einbau von Heizungstechnik auf Basis erneuerbarer Energien, Kraft-Wärme-Kopplung, Nah-/Fernwärme bei Neubauten.
- **KfW-CO2-Gebäudesanierungsprogramm-Zuschuss**
Gefördert wird die Sanierung von EFH/ZFH oder Eigentumswohnungen (Wärmedämmung, neue Fenster, Heizung) auf Neubau-Niveau nach der Energieeinsparverordnung (EnEV) oder besser im Rahmen von sog. Maßnahmepaketen.
- **KfW-CO2-Gebäudesanierungsprogramm-Kredit**
Finanziert wird die Sanierung von Altbauten (Wärmedämmung, neue Fenster, Heizung) auf Neubau-Niveau nach der Energieeinsparverordnung (EnEV) oder besser im Rahmen von sog. Maßnahmepaketen.
- **KfW-Programm Wohnraum Modernisieren**
Gefördert werden einzelne Modernisierungs- und Instandsetzungsarbeiten an Wohngebäuden (Standard- und Öko-Plus-Maßnahme). Hierzu gehört der Wärmeschutz der Gebäudeaußenhülle, die Erneuerung der Heizungstechnik auf Basis erneuerbarer Energien, der Einsatz von Kraft-Wärme-Kopplung sowie Nah-/Fernwärme.
- **KfW-Programm Solarstrom Erzeugen**
Gefördert wird die Errichtung und Erweiterung sowie der Erwerb einer Photovoltaik-Anlage bzw. der Erwerb eines Anteils an einer Photovoltaik-Anlage im Rahmen einer GbR.
- **Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG)**
Das EEG regelt den vorrangigen Anschluss / Abnahme von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien und aus Grubengas im Bundesgebiet an die Netze für die allgemeine Versorgung mit Elektrizität sowie die Übertragung und Vergütung dieses Stroms durch die Netzbetreiber. Es bietet einen verlässlichen Rechtsrahmen für Investitionen in erneuerbare Energien.

Verjährungshemmung I

KG, U.v. 23.11.2007 – 7 U 114/07

LEITSATZ

Die Hemmung der Verjährung bei Verhandlung gemäß § 203 BGB ist zu dem Zeitpunkt beendet, in dem nach Treu und Glauben der nächste Schritt zu erwarten gewesen wäre. Welche Frist angemessen ist, hängt vom Einzelfall ab. In der Regel kann erwartet werden, dass spätestens

nach Ablauf eines Monats nach Zugang eines Schreibens eine Reaktion erfolgt ist. Ist dies nicht der Fall, sind die Verhandlungen zwischen den Parteien und damit auch die Hemmung der Verjährung beendet. Der Umstand, dass die Verjährung nach § 203 S. 3 BGB frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung eintritt, wirkt sich nur dann aus, wenn diese sonst früher als drei Monate nach dem Ende der Hemmung eintreten würde; andernfalls hat § 203 S. 3 BGB keine Auswirkungen.

HINWEIS

Schweben zwischen den Vertragsparteien Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände, ist die Verjährung nach § 203 BGB gehemmt, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Die Verjährung tritt dann frühestens drei Monate nach Ende der Hemmung ein. Der Begriff des Verhandeln wird hierbei weit ausgelegt. Es genügt hierbei jeder Meinungs-austausch über den Schadens- bzw. Mangelfall zwischen den Parteien, sofern nicht sofort und eindeutig jeder Ersatz abgelehnt wird. Die Regelung in § 203 BGB ist deshalb in der Praxis neben der Verjährungshemmung durch die Einleitung von gerichtlichen Verfahren einer der wichtigsten Hemmungstatbestände.

Schlafen die Verhandlungen – wie im unterschiedenen Fall – ein, endet die Hemmung in dem Zeitpunkt, in dem nach Treu und Glauben der nächste Schritt zu erwarten gewesen wäre. Es ist rückblickend der Zeitpunkt somit festzulegen, in dem der Gläubiger nicht mehr mit einer Leistungsbereitschaft des Schuldners rechnen konnte. Welche Frist angemessen ist, hängt letztlich vom Einzelfall ab. Nach Ansicht des KG kann in der Regel erwartet werden, dass spätestens nach Ablauf eines Monats nach Zugang eines Schreibens eine Reaktion erfolgt. Sollte nach Ablauf der Hemmung dann die restliche Verjährungsfrist weniger als drei Monate betragen, bestimmt § 203 BGB, dass gleichwohl vor drei Monaten keine Verjährung eintritt.

STAND DER VERGABERECHTSREFORM

Der Hauptausschuss Allgemeines des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen ist für die Verschlinkung und Vereinfachung der VOB/A zuständig. Auf seiner Sitzung am 16.09.2008 stellte er eine Materialsammlung zur Änderung der VOB/A zusammen, die seinen Mitgliedern zur Stellungnahme übermittelt wurde. Zudem wurde der Entwurf einer durchgeschriebenen Fassung der VOB/A erarbeitet. Den Entwurf der VOB/A senden wir auf Anfrage gerne zu.

Verjährungshemmung II

BGH, U.v. 25.09.2008 - VII ZR 32/07

LEITSATZ

1. Bessert der Auftragnehmer nach Abnahme nach, wird bei Vereinbarung der VOB/B die Gewährleistungsfrist grundsätzlich gehemmt, bis die Mängelbeseitigungsarbeiten abgenommen sind.
2. Die Hemmung endet auch, wenn der Auftraggeber die Abnahme endgültig verweigert, weil er eine weitere Erfüllung des Vertrages ablehnt. Sie endet ferner, wenn der Auftraggeber die Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung verweigert und der Auftragnehmer seinerseits die weitere Mängelbeseitigung ablehnt.
3. Erbringt der Auftragnehmer Mängelbeseitigungsleistungen und werden diese abgenommen, beginnt mit der Abnahme die neue Gewährleistungsfrist des § 13 Nr. 5 Satz 3 VOB/B (Bestätigung von BGH, Urteil vom 15. Juni 1989 – VII ZR 14/88 –).

HINWEIS

Mängelbeseitigungsarbeiten hemmen stets die Verjährung unabhängig davon, ob die Mängelbeseitigung erfolgversprechend oder möglich ist. Die Hemmung tritt auch ein, wenn der Unternehmer die Nachbesserungsversuche nur aus Gefälligkeit oder Kulanz ohne Anerkennung einer Rechtspflicht unternimmt.

Nach dem Urteil des BGH endet die Verjährungshemmung bei VOB/B-Verträgen nicht schon durch die bloße Erklärung des Auftragnehmers, er habe die Mängel beseitigt. Zwar bestimmt § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 3 VOB/B, dass die neue Gewährleistungsfrist erst mit Abnahme der Mängelbeseitigung beginnt. Wenn aber erst mit der Abnahme eine neue Frist laufen soll, setzt – so der BGH - die Regelung des § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 3 VOB/B stillschweigend voraus, dass die Hemmung der alten Frist bis zur Abnahme oder einer dieser gleichstehenden Erklärung nicht beendet wird. Denn anderenfalls könnte der Unternehmer durch einfache Freimeldung die Hemmung der Verjährung beenden, ohne dass – wegen der fehlenden Abnahme – eine neue Gewährleistungsfrist beginnt.

Architektenrecht

Beschränkung der Gesamtschuldnerhaftung

OLG Oldenburg, U.v. 03.07.2007 – 2 U 137/05

LEITSATZ

Die Klausel in einem formularmäßigen Architektenvertrag „Wird der Architekt für einen Schaden in Anspruch genommen, für den auch ein Dritter einzutreten hat, so haftet er nur in dem Umfang, in dem er im Verhältnis zu dem Dritten haftbar ist“ ist unwirksam.

HINWEIS

Das OLG Oldenburg hat sich der ständigen Rechtsprechung angeschlossen, wonach die sog. Quotenklausel gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG (jetzt § 307 BGB) verstößt. Durch die Klausel werde das gesetzliche Leitbild einer gesamtschuldnerischen Haftung zwischen Architekten und Unternehmer beseitigt. Architekt und Unternehmer haften für verursachte Mängel gegenüber dem Auftraggeber als Gesamtschuldner. D. h., der Auftraggeber kann wählen, ob er beide Schuldner gemeinsam oder aber nur einen von ihnen in Höhe des gesamten Schadens in Anspruch nimmt. Infolgedessen kann der Architekt gegen den Anspruch insbesondere nicht einwenden, dass aufgrund der Verantwortungsanteile der Unternehmer letztlich allein haftet. Der Architekt muss den Schaden ausgleichen. Je nach Verantwortungsanteil kann der Architekt im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleiches den Unternehmer aber in Regress nehmen. Durch die Quotenklausel müsste der Auftraggeber die Verantwortlichkeiten der Gesamtschuldner im Innenverhältnis vor Klageerhebung gegen den Architekten beurteilen. Das Prozessrisiko des eigentlich vom Architekten zu führenden Regressverfahrens würde somit dem Auftraggeber auferlegt. Hierin liegt eine unangemessene Benachteiligung des Auftraggebers im Sinne von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG (jetzt § 307 BGB).

Verjährung der Honorarforderung

LG Darmstadt, U.v. 27.08.2008 - 4 O 325/06

LEITSATZ

Erstellt der Bauherr, nachdem bekannt ist, dass das Bauvorhaben nicht fortgeführt wird, eine ei-

gene Schlussabrechnung und gibt er dem Architekten damit zu verstehen, dass seine Tätigkeit abgeschlossen ist, so ist eine nachfolgend vom Architekten erstellte Abschlagsrechnung als Teilschlussrechnung anzusehen, die selbstständig verjährt.

HINWEIS

Honoraransprüche des Architekten verjähren innerhalb der Regelverjährungsfrist von 3 Jahren. Die Verjährungsfrist beginnt gemäß §§ 195, 199 BGB am Schluss des Jahres, in dem die Honorarforderung durch die Übergabe einer prüf-fähigen Schlussrechnung fällig gestellt wurde. Im Ergebnis kann der Auftragnehmer den Verjährungsbeginn damit hinauszögern, indem er die Schlussrechnung nicht überreicht. Allerdings kann der Auftraggeber nach der Rechtsprechung des BGH zum vorzeitig beendeten Architektenvertrag dem Architekten eine angemessene Frist zur Rechnungstellung setzen. Überreicht der Architekt die Schlussrechnung dann nicht innerhalb der gesetzten Frist, muss er sich so behandeln lassen, als sei die Schlussrechnung innerhalb angemessener Frist erteilt worden.

Nach Ansicht des LG Darmstadt ist zudem für eine Abschlagsrechnung kein Raum mehr, wenn nach Erstellen dieser Rechnung durch den Auftragnehmer keine weiteren Leistungen zu erbringen sind oder dies für die Zukunft jedenfalls ausgeschlossen werden kann. In diesem Fall ist – so das LG Darmstadt – die Rechnung ungeachtet ihrer Bezeichnung nicht als eine „Abschlagsrechnung“, sondern als eine „Schlussrechnung“ anzusehen. Die Entscheidung des LG Darmstadt knüpft somit an die Rechtsprechung des OLG Dresden (vgl. Newsletter 2-2005, S. 4) an. Dieses hatte bereits für den VOB-Vertrag entschieden, dass eine vor Kündigung gestellte Abschlagsrechnung in eine Schlussrechnung umzu-deuten ist, wenn sie die Abschlagsrechnung lediglich wiederholt und keine neuen Leistungspositionen ausweist.

Führen der Berufsbezeichnung „Architekt“

BVerfG, B.v. 02.01.2008 - 1 BvR 1350/04

LEITSATZ

1. Der Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung, der aus dem Eintragungsvorbehalt für die Berechtigung zum Führen der Berufsbezeichnung „Architekt“ und für die Verwendung ähnlicher Be-

zeichnungen gemäß § 2 Abs. 2 BauKaG-NW folgt, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

2. In Hinblick auf eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gilt dies aber bezüglich der Erforderlichkeit nur, wenn der Eintragungsvorbehalt für die Verwendung der Berufsbezeichnung „Architekt“ auf die Firmierung der Gesellschaft zur Kennzeichnung ihrer eigenen Tätigkeit als Architekten- oder Architekturgesellschaft beschränkt bleibt.

Vergaberecht

Eignungs- und Zuschlagskriterien

BGH, U.v. 15.04.2008 – X ZR 129/06

LEITSATZ

Die Eignungsprüfung dient dazu, die Unternehmen zu ermitteln, die die nachgefragte Leistung nach Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit erbringen können. Dem Angebot eines für geeignet befundenen Bieters darf dasjenige eines Konkurrenten nicht maßgeblich wegen dessen höher eingeschätzter Eignung vorgezogen werden.

HINWEIS

Nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A sind bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, nur Bieter zu berücksichtigen, die für die Erfüllung der vertraglichen Leistung die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen. Nur Angebote von Bietern, bei denen die vorgenannten Voraussetzungen vorliegen, sind in einer weiteren Wertungsstufe anhand der vom Auftraggeber festgelegten Zuschlagskriterien miteinander zu vergleichen. Dementsprechend sind bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung als Zuschlagskriterien diejenigen Kriterien unzulässig, die schon die Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des fraglichen Auftrags betreffen. Demgemäß ist es auch nicht zulässig, unterschiedliche Eignungsgrade von Bietern bei der Entscheidung über den Zuschlag im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung in der Weise zu berücksichtigen, dass dem Angebot eines für geeignet befundenen Bieters dasjenige eines Konkurrenten maßgeblich wegen dessen höher eingeschätzter Eignung vorgezogen wird. Ein „Mehr an Eignung“ gibt es nicht. Eignungs- und

Wirtschaftlichkeitsprüfung verfolgen vielmehr unterschiedliche, streng voneinander abzugrenzende Zielrichtungen, die sich in den streng voneinander trennenden unternehmensbezogenen Eignungskriterien einerseits und angebotsbezogenen Zuschlagskriterien andererseits widerspiegeln. Mit der unternehmensbezogenen Eignungsprüfung soll prognostiziert werden, ob ein Unternehmen nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung zur Ausführung des Auftrags in der Lage sein wird. Gegenstand der Wirtschaftlichkeitsprüfung sind demgegenüber nicht die konkurrierenden Bieter, sondern deren Angebote. Mit Gesichtspunkten wie Preis, Betriebs- und Folgekosten oder technischem Wert werden danach Eigenschaften der angebotenen Leistung und nicht des Bieters bewertet.

Diese vergaberechtlich vorgesehene Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien wird nach Ansicht des BGH im entschiedenen Fall nicht eingehalten. Dies gilt – so der BGH – insbesondere für die Unterkriterien „Referenzobjekte“ und „Betriebsgröße, Bauplatz, Ausstattung“, da es sich bei diesen Merkmalen gemäß § 7a Nr. 3 Abs. 2 lit. a) und b) VOL/A um Angaben handelt, die dem Nachweis der Eignung eines Bieters dienen. Auch bei dem Unterkriterium „erfolgreiche Planung, Konstruktion, Koordinierung komplexer Projekte“ handelt es sich aus der Sicht des BGH um ein Eignungskriterium. Auch der mit den Verdingungsunterlagen geforderte Nachweis erfolgreicher und terminlicher Zusammenarbeit mit dem ausgewählten Konstruktionsbüro dient wegen seines Vergangenheitsbezugs dem Nachweis der Eignung. Vergabestellen sollten daher auf eine – sicherlich nicht immer einfache – Trennung von Eignungs- und Zuschlagsebene achten.

Verspäteter Zuschlag

OLG Celle, U.v. 25.06.2008 – 14 U 14/08

LEITSATZ

1. Auch im Vergabeverfahren richten sich die Auslegung der Bietererklärung und die Beurteilung des Zustandekommens des Vertrages nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB.
2. Verzögert sich die Vergabe und kommt es innerhalb dieser Zeit zu wesentlichen Preisänderungen oder ist die Einhaltung von verbindlichen Fristen nicht mehr möglich, kann der Zu-

schlag des öffentlichen Auftraggebers gegenüber dem wegen § 24 Nr. 3 VOB/A nicht abänderbaren Angebot des Bieters ein neues Angebot i. S. d. § 150 Abs. 2 BGB darstellen.

3. Die Besonderheiten des Vergaberechts erfordern grundsätzlich keinen besonderen Schutz des öffentlichen Auftraggebers aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben gegenüber einem Mehrvergütungsanspruch eines Bieters wegen während der verlängerten Zuschlagsfrist eingetretener Preiserhöhungen.

HINWEIS

Die zunehmende Verkomplizierung des Vergaberechts provoziert Nachprüfungsverfahren und verzögerte Vergaben. Es entspricht zwar einhelliger Rechtsprechung, dass die Bindefrist im Einvernehmen des Bieters mit dem Auftraggeber verlängert werden kann. Bieter, die sich mit der

Geheimhaltungsinteresse

OLG Düsseldorf, B.v. 28.12.2007

LEITSATZ

1. § 111 Abs. 2 GWB ist im Lichte von § 72 Abs. 2 Satz 4 GWB auszulegen und zu verstehen. Danach ist die von der Forderung nach einem effektiven Rechtsschutz, dessen Unterstützung das Recht auf Akteneinsicht dient, gesicherte Einhaltung des vergaberechtlichen Gebots eines transparenten und chancengleichen Wettbewerbs gegen die auf dem Spiel stehenden Geheimhaltungsinteressen des von der Akteneinsicht Betroffenen abzuwägen. Ein Beurteilungsspielraum steht der Vergabekammer bei der Abwägung nicht zu.

2. Auch der öffentliche Auftraggeber kann Träger von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen sein.

EUGH PRÜFT DIE AUSSCHREIBUNGSPFLICHT KOMMUNALER IMMOBILIENGESCHÄFTE

Das OLG Düsseldorf (Verg 25/08) hat dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) die Frage vorgelegt, ob deutsche Städte und Gemeinden beim Verkauf ihrer Grundstücke an private Bauinvestoren die Regeln des Vergaberechts einhalten müssen. In der Vergangenheit hatte das OLG Düsseldorf diese Frage noch bejaht, wenn im Vertrag zugleich städtebauliche Vorgaben enthalten waren.

Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist einverstanden erklärt haben, sind dann bis zum Ablauf der Zuschlags- und Bindefrist an ihre Angebote gebunden. Dem Auftraggeber ist jedoch bewusst, dass der Bieter ein Angebot kalkuliert und abgibt, dessen zeitliche Komponente auf der ihm mitgeteilten Zuschlagsfrist beruht. Der Bieter übernimmt mit dem Angebot darüber hinaus nicht das Risiko eines verzögerten Zuschlags.

Die dogmatische Herleitung eines Mehrvergütungsanspruchs des Bieters in solchen Fällen ist noch nicht abschließend erklärt. In Betracht kommt, dass man dem Auftraggeber das Recht einräumt, durch eine einseitige Anordnung den zeitlichen Ablauf in Fortschreibung der überholten Fristen vorzugeben. Dann ergibt sich der Mehrvergütungsanspruch des Bieters aus § 2 Nr. 5 VOB/B. Andererseits könnte im Falle einer zeitlichen Überholung eine Preisanpassung im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung oder nach § 313 BGB „Störung der Geschäftsgrundlage“ erfolgen.

Immobilienrecht

Anrechnung von Steuervorteilen?

BGH, U.v. 19.06.2008 - VII ZR 215/06

LEITSATZ

Verlangt der Erwerber einer Immobilie großen Schadensersatz, so muss er sich die Steuervorteile, die er durch Absetzung für Abnutzung erzielt hat, grundsätzlich nicht im Wege der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen.

HINWEIS

Die im Schadensersatzrecht entwickelten Grundsätze der Vorteilsausgleichung beruhen auf dem Gedanken, dass dem Geschädigten in gewissem Umfang diejenigen Vorteile anzurechnen sind, die ihm im adäquaten Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt wer-

den. Die Anrechnung von Vorteilen muss dem Zweck des Schadensersatzes entsprechen und darf weder den Geschädigten unzumutbar belasten noch den Schädiger unbillig entlasten. Zu solchen auf den Schadensersatzanspruch eines Geschädigten anzurechnenden Vorteilen können nach ständiger Rechtsprechung auch Steuern gehören, die der Geschädigte infolge der Schädigung erspart hat. Infolge des Erwerbs einer Immobilie erzielte Steuervorteile sind – wie in der vorliegenden Entscheidung ausgeführt – jedoch nicht anzurechnen, wenn die Rückabwicklung des Erwerbs im Wege des Schadensersatzes zu einer Besteuerung führt, die die erzielten Steuervorteile wieder nimmt. Es ist somit Sache des Verkäufers, Umstände darzulegen, dass trotz einer Kompensation durch die Nachbesteuerung im Ausnahmefall ein weiterer Steuervorteil beim Käufer verbleibt.

Aufklärungspflicht

BGH, U.v. 18.07.2008 - V ZR 71/07

LEITSATZ

1. Ein Verkäufer, der den Beitritt zu einem Mietpool empfiehlt, muss den Käufer nicht über die generelle Möglichkeit einer defizitären Entwicklung des Mietpools aufklären.
2. Der Verkäufer darf kein in tatsächlicher Hinsicht unzutreffendes, zu positives Bild der Ertragserwartung der Immobilie geben. Darüber hinaus muss er über Risiken aufklären, die in dieser Hinsicht mit einem empfohlenen Beitritt zu einem Mietpool verbunden sind.
3. Wird seitens des Verkäufers ein Beitritt zu einem Mietpool empfohlen, so muss die Funktionsweise des Mietpools im Fall von Wohnungsleerstand erläutert werden.

HINWEIS

Der BGH führt seine bisherige Rechtsprechung fort, dass der Verkäufer in tatsächlicher Hinsicht kein unzutreffendes, zu positives Bild der Ertragserwartung einer erworbenen Immobilie geben darf, und auch über Risiken aufklären muss, die in dieser Hinsicht mit einem empfohlenen Beitritt zu einem Mietpool verbunden sind. Hierzu zählen nach Ansicht des BGH insbesondere die Auswirkungen von möglichem Leerstand. Der Verkäufer muss – so der BGH – das gewöhnliche, insbesondere bei einem Mieterwechsel gegebene, Leerstandsrisiko in jedem Fall, also un-

abhängig von dem Beitritt zu einem Mietpool, entweder in seiner Berechnung des Mietertrages angemessen berücksichtigen oder aber den Käufer unmissverständlich darauf hinweisen, dass es nicht einkalkuliert worden ist. Empfiehlt er den Beitritt zu einem Mietpool, muss er nach Ansicht des BGH dem Käufer darüber hinaus die Funktionsweise des Mietpools im Fall von Leerstand erläutern. Dazu zählt nicht nur der Vorteil, bei einem Leerstand der eigenen Wohnung keinen vollständigen Mietausfall zu erleiden, sondern auch der Nachteil, das - anteilige - Risiko tragen zu müssen, dass andere Wohnungen nicht vermietet sind. Dabei darf sich der Verkäufer nicht darauf verlassen, dass der Käufer aus dem mit dem Mietpoolbeitritt verbundenen Vorteil auf den genannten Nachteil schließt. Vielmehr muss er nach der vorliegenden Entscheidung ausdrücklich darauf hinweisen, dass Leerstände anderer Wohnungen, soweit sie über den hierfür einkalkulierten Betrag hinausgehen, zu einer Verringerung auch seines Mietertrages führen. Entsprechendes gilt, soweit andere Kosten, die ein Wohnungseigentümer sonst selbst zu tragen hat, durch den Beitritt zu einem Mietpool auf alle Poolmitglieder umgelegt werden, insbesondere also für die Kosten für die Instandsetzung des Sondereigentums.

Öffnungszeiten im Einkaufszentrum

OLG Naumburg, U.v. 15.07.2008 - 9 U 18/08

LEITSATZ

1. Die formularmäßige Festlegung einer Betriebspflicht in einem Mietvertrag über die Nutzung von Gewerberäumen in einem Einkaufszentrum durch einen Lebensmitteldiscounter ist nicht deshalb nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, weil dem Mieter zugleich eine Sortimentsbindung auferlegt wird und Konkurrenzschutz ausgeschlossen ist.
2. a) Die formularmäßig in einem Mietvertrag über die Nutzung von Gewerberäumen in einem Einkaufszentrum durch einen Lebensmitteldiscounter geregelte Offenhaltungspflicht, derzufolge zeitweilige Schließungen „wie Mittagspause, Ruhetage, Betriebsferien“ untersagt und Unterbrechungen wegen Inventuren und Betriebsversammlungen gestattet werden, stellt keine unangemessene Benachteiligung des Mieters im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB dar, weil - auch mit Rücksicht auf die Interessen

der betroffenen Verkehrskreise - die Einlegung einer Mittagspause sämtlicher Mitarbeiter eines Lebensmitteldiscounters in einem Einkaufscenter ebenso wenig branchentypisch und der Verkehrssitte entsprechend ist wie die Schließung aufgrund von Betriebsferien oder eines Ruhetages.

b) Die - unterstellte - Unwirksamkeit des vorerwähnten Ausschlusses kurzzeitiger Geschäfts-

schließungen erstreckt sich, ohne damit gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu verstoßen, nicht auch auf die formularmäßig geregelte Betriebspflicht, die die auf Dauer angelegte Nutzung der Geschäftsräume regelt.

Theißen Stollhoff & Partner
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT



– INTERN –

➤ **TSP: Aktuelle Projekte**

Aktuelle Projekte von TSP sind das Vertragsmanagement und die baubegleitende Rechtsberatung mehrerer Großbauvorhaben in Berlin, Bayern und Baden-Württemberg. Im Vergaberecht begleitet TSP mehrere europaweite Ausschreibungen, insbesondere auch im VOL-Bereich. In unvermeidbar streitigen Auseinandersetzungen werden von TSP gegenwärtig mehrere - teilweise sehr umfangreiche - Zivilverfahren geführt. Es gelang dabei, eine Vielzahl streitiger Verfahren erfolgreich abzuschließen. Ein überaus erfolgreicher Verfahrensabschluss von TSP hat kürzlich bundesweit Schlagzeilen gemacht. Das schnell und professionell arbeitende Notariat wird gegenwärtig stark für Immobilientransaktionen und gesellschaftsrechtliche Angelegenheiten nachgefragt.

➤ **TSP: Aktuelle Seminare**

TSP führt auch im 4. Quartal 2008 bundesweit zahlreiche Seminarveranstaltungen zu bau-, vergabe- und energierechtlichen Themen durch. Die zumeist eintägigen Veranstaltungen werden als offene Seminare und als Inhouse-Seminare mit großem Erfolg organisiert. Allein im laufenden November 2008 finden 10 Seminarveranstaltungen statt. Besonders nachgefragt sind Updates zu aktuellen bau- und vergaberechtlichen Themen, was dem hier zu beobachtenden Professionalisierungsdruck entspricht. Unser aktuelles Seminarprogramm finden Sie unter www.ts-law.de.

➤ **TSP: Vertiefung des Beratungsangebotes**

TSP wird zur Vertiefung des Beratungs- und Serviceangebots eine Kooperation mit einer renommierten Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft eingehen, die ebenfalls bundesweit tätig ist. Einzelheiten hierzu werden Ihnen in Kürze bekannt gemacht.

➤ **TSP: Umfrage 2008**

TSP führt bis zum 31.12.2008 eine Mandantenumfrage durch. Deren Resultate sollen es uns ermöglichen, unsere Leistungen und unseren Service für Sie weiter zu verbessern. Wir würden uns freuen, wenn Sie die Zeit fänden, den beigefügten Fragebogen ausgefüllt an uns zurückzusenden oder auf unserer Homepage www.ts-law.de online an der Umfrage teilnehmen.

Auf einen Blick

Die neue Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

Die durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) neu geschaffene Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) ist keine eigenständige Rechtsform, sondern eine Rechtsformvariante der GmbH, die mit nur 1 € Kapitaleinsatz gegründet werden kann. Der Gesetzgeber will mit Einführung der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) die Flucht in ausländische Rechtsformen, allen voran in die britische Limited verhindern. Für die Unternehmergesellschaft als Übergangsrechtsform auf dem Weg in die GmbH gilt das GmbHG ohne Verweisung unmittelbar, jedoch mit den in § 5 a GmbHG vorgesehenen Sonderregelungen. Die UG (haftungsbeschränkt) kann nur im Rahmen einer Erstgründung errichtet werden. Eine Zurückstufung einer GmbH in eine UG (haftungsbeschränkt) ist daher nicht möglich.

➤ **Stammkapital**

Als Stammkapital der UG kann jeder volle Eurobetrag zwischen 1 € und 24 999 € bestimmt werden. Ab einem Stammkapital von 25 000 € ist gemäß § 5 a Abs. 5 GmbHG vom Vorliegen einer normalen GmbH auszugehen.

➤ **Firma**

Die Firma der Gesellschaft muss zwingend den Rechtsformzusatz „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führen. Eine Abkürzung des Zusatzes „(haftungsbeschränkt)“ ist nicht zulässig. Anderenfalls kann es zu einer unbeschränkten persönlichen Haftung der Gesellschafter kommen.

➤ **Vollständige Bareinzahlungspflicht**

Die Anmeldung der UG darf erst erfolgen, wenn das Stammkapital in voller Höhe eingezahlt ist. Sacheinlagen sind ausgeschlossen.

➤ **Rücklage**

Zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung der UG ist eine gesetzliche Rücklage zu bilden, und zwar jährlich in Höhe von 25 % des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses. Die Pflicht zur Rücklagenbildung entfällt erst mit der Umwandlung der UG in eine normale GmbH durch Erhöhung des Stammkapitals auf mindestens 25 000 € gemäß Abs. 5. Die Rücklage darf zudem nur verwendet werden für eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (Nr. 1), zum Ausgleich eines nicht durch Gewinnvortrag gedeckten Jahresfehlbetrags (Nr. 2) oder zum Ausgleich eines nicht durch Jahresüberschuss gedeckten Verlustvortrags (Nr. 3).

➤ **Einberufungspflicht bei drohender Zahlungsunfähigkeit**

Darüber hinaus besteht die Pflicht, bei drohender Zahlungsunfähigkeit unverzüglich eine Gesellschafterversammlung einzuberufen.

➤ **Wegfall der Sondervorschriften**

Die Sondervorschriften für die UG entfallen, sobald das Stammkapital den Betrag des Mindeststammkapitals von 25.000 € erreicht oder übersteigt. Jedoch kann im Fall des Erreichens des Stammkapitals die Firma „UG (haftungsbeschränkt)“ oder „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ beibehalten werden.

➤ **Beteiligung an Umwandlungsvorgängen**

Die UG kann sich mit gewissen Einschränkungen an Umwandlungsvorgängen nach dem UmwG beteiligen.

➤ **UG als Komplementärin oder Konzerngesellschaft**

Nicht abschließend geklärt ist die Frage, inwieweit die UG die Funktion der Komplementärin in einer KG übernehmen („ABC UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG“) oder als Konzerngesellschaft agieren kann.

§ 5a GmbHG Unternehmergesellschaft

(1) Eine Gesellschaft, die mit einem Stammkapital gegründet wird, das den Betrag des Mindeststammkapitals nach § 5 Abs. 1 unterschreitet, muss in der Firma abweichend von § 4 die Bezeichnung „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führen.

(2) Abweichend von § 7 Abs. 2 darf die Anmeldung erst erfolgen, wenn das Stammkapital in voller Höhe eingezahlt ist. Sacheinlagen sind ausgeschlossen.

(3) In der Bilanz des nach den §§ 242, 264 des Handelsgesetzbuchs aufzustellenden Jahresabschlusses ist eine gesetzliche Rücklage zu bilden, in die ein Viertel des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses einzustellen ist. Die Rücklage darf nur verwendet werden

1. für Zwecke des § 57c;
2. zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrags, soweit er nicht durch einen Gewinnvortrag aus dem Vorjahr gedeckt ist;
3. zum Ausgleich eines Verlustvortrags aus dem Vorjahr, soweit er nicht durch einen Jahresüberschuss gedeckt ist.

(4) Abweichend von § 49 Abs. 3 muss die Versammlung der Gesellschafter bei drohender Zahlungsunfähigkeit unverzüglich einberufen werden.

(5) Erhöht die Gesellschaft ihr Stammkapital so, dass es den Betrag des Mindeststammkapitals nach § 5 Abs. 1 erreicht oder übersteigt, finden die Absätze 1 bis 4 keine Anwendung mehr; die Firma nach Absatz 1 darf beibehalten werden.

Muster eines Gesellschaftsvertrages einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

§ 1 Firma

Die Firma der Gesellschaft lautet ... Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt).

§ 2 Sitz

Sitz der Gesellschaft ist

§ 3 Gegenstand

Gegenstand des Unternehmens ist

§ 4 Stammkapital

Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt €

§ 5 Geschäftsanteile

Vom Stammkapital übernehmen bei der Gründung:

- a) Herr/Frau/Juristische Person:
einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag in Höhe von €
- b) Herr/Frau/Juristische Person:
einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag in Höhe von €

Die Einlagen auf die Geschäftsanteile sind von jedem Gesellschafter in Geld zu erbringen und zwar

- sofort in voller Höhe.
 zu 50 Prozent sofort, im Übrigen sobald die Gesellschafterversammlung ihre Forderung beschließt.

§ 6 Vertretung

Die Gesellschaft hat einen Geschäftsführer. Dieser vertritt stets einzeln und ist berechtigt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst oder als Vertreter eines Dritten uneingeschränkt zu vertreten.

§ 7 Gründungsaufwand

Die Gesellschaft trägt die mit der Gründung verbundenen Kosten, insbesondere Beratungs-, Notar-, Gerichts- und Veröffentlichungskosten sowie etwaige Steuern bis zu einem Gesamtbetrag von € 400. Darüber hinausgehende Kosten trägt der Gesellschafter bzw. tragen die Gesellschafter im Verhältnis der Nennbeträge ihrer Geschäftsanteile.
.....,den ...