

Ausgabe 01.2019



SCHRAMEK, MEIER & COLL.
RECHTSANWÄLTE

WEIMAR

news

NEWSLETTER DER KANZLEI
SMC SCHRAMEK, MEIER & COLL. -
RECHTSANWÄLTE

BAU- UND ARCHITEKTENRECHT · VERGABERECHT · ARBEITSRECHT · VERKEHRSRECHT
FAMILIENRECHT · ERBRECHT · MIET- UND WOHNUNGSEIGENTUMSRECHT



Andreas Schramek Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Verkehrsrecht

Christian Meier Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht

Fee-Marie von Witzleben Rechtsanwältin
Fachanwältin für Familienrecht
Fachanwältin für Erbrecht

Stefan Vasters Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht

Petra Schäfer Rechtsanwältin
Fachanwältin für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht

Jens Greskamp Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Dipl.-Bauing.

Bernhard Leisner Rechtsanwalt

Leonie Haupt Rechtsanwältin

Inhalt

EDITORIAL

Andreas Schramek & Christian Meier **03**

ARBEITSRECHT

- BAG konkretisiert Hinweispflicht des Arbeitgebers zur Inanspruchnahme von Urlaub** von Andreas Schramek **04**
Urlaubsabgeltung bei Tod des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis von Andreas Schramek **05**
Anspruch auf Mindestlohn bei einem Praktikum – Unterbrechung des Praktikums von Andreas Schramek **05**

VERKEHRSRECHT

Deliktische Herstellerhaftung bei Abgasmanipulation von Andreas Schramek **06**

ERBRECHT

Sittenwidrige Verknüpfung: Erbinsetzung und Besuchspflicht von Leonie Haupt **07**

MIET- UND WOHNUNGSEIGENTUMSRECHT

Neue BGH – Entscheidung: Abrechnung von Betriebskosten nun nach der tatsächlichen Wohnfläche
von Petra Schäfer **08**

GESELLSCHAFTSRECHT

Herausforderung Unternehmensnachfolge von Dr. Philipp Bollacher **09**
Mängelgewährleistung beim Rechtskauf von Madelaine Isabelle Baade **11**

BAUTRÄGERVERTRAG / GEWÄHRLEISTUNG / ZURÜCKBEHALTUNGSRECHTE

Verzögerte Baufertigstellung – Schadenersatz für entgangenen Gewinn, Voraussetzungen und Umfang
von Bernhard Leisner **13**

BAURECHT

HOAI-Mindestsätze bald Geschichte? von Jens Greskamp **14**

SMC Autoren & RB Gastautoren **16**

Impressum **19**

EDITORIAL



Sehr geehrte Damen und Herren,

im Arbeitsrecht bespricht Herr Rechtsanwalt Andreas Schramek zwei neue Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Mindestlohn bei Praktikanten und zur Hinweispflicht des Arbeitgebers für die Inanspruchnahme von Urlaub.

Rechtsanwalt Jens Greskamp informiert über den aktuellen Stand des Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland aufgrund der Preisvorschriften in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure und beleuchtet die zu erwartenden Auswirkungen für die Praxis.

In Gastbeiträgen unserer Kooperationspartner RB Reiserer Biesinger Rechtsanwaltsgesellschaft mbH setzt sich Frau Rechtsanwältin Madelaine Isabelle Baade anhand eines aktuellen Urteils des Bundesgerichtshofs mit Gewährleistungsfragen beim Rechtskauf auseinander. Herr Rechtsanwalt Dr. Philipp Bollacher gibt Empfehlungen zur Planung der Unternehmensnachfolge.

Auch in unseren weiteren Beiträgen in diesem Heft zum Arbeits-, Verkehrs-, Bau-, Erb- und Mietrecht halten wir interessante Neuigkeiten für Sie bereit.

Wir wünschen Ihnen viel Freude bei der Lektüre der vorliegenden SMC-News und verbleiben mit den besten Grüßen aus Weimar

Andreas Schramek
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Verkehrsrecht
Partner der Kanzlei Schramek, Meier & Coll. Part mbB

Christian Meier
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht
Partner der Kanzlei Schramek, Meier & Coll. Part mbB



SM

Andreas Schramek Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Verkehrsrecht

BAG KONKRETISIERT HINWEISPFLICHT DES ARBEITGEBERS ZUR INANSPRUCHNAHME VON URLAUB

Bereits im November des vergangenen Jahres hatte der EuGH in einer vielbeachteten Entscheidung festgestellt, dass die Ansprüche eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub nicht automatisch zum Jahresende deshalb verfallen, weil dieser keinen Urlaub beantragt hat. Laut EuGH verliert ein Arbeitnehmer den ihm nach dem Unionsrecht zustehenden

Urlaubsanspruch bzw. einen ihm zustehenden Anspruch auf Abgeltung nicht genommenen Urlaubs automatisch nicht schon deshalb, weil er nicht vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses (oder im fraglichen Bezugszeitraum) die Gewährung von Urlaub beantragt hat. Vielmehr ist für den Verfall ein vorausgehender Hinweis des Arbeitgebers an seine Mitarbeiter auf genau diese Konsequenz erforderlich. Den Arbeitgeber trifft insoweit nach der Entscheidung des EuGHs eine entsprechende Hinweis- und Mitwirkungspflicht, deren Erfüllung der Arbeitgeber im konkreten Fall auch zu beweisen habe.

In praktischer Hinsicht hat die Entscheidung des EuGHs zur Konsequenz, dass Arbeitgeber ihre Mitarbeiter **förmlich** dazu auffordern müssen, ihren bestehenden (Rest-)Urlaub noch im laufenden Kalenderjahr zu nehmen. Zugleich sollte der Arbeitgeber seine Mitarbeiter auf den möglichen Verfall von Urlaubsansprüchen zum Jahresende hinweisen. Nur wenn der Arbeitgeber diese Schritte beweisen kann, ist der Verfall von Urlaubsansprüchen die Folge. Hierzu hat das BAG nunmehr in aktueller Entscheidung die entsprechenden Hinweis-

pflichten und Obliegenheiten des Arbeitgebers in diesem Zusammenhang konkretisiert (BAG, Urteil vom 19.02.2019, Az.: 9 AZR 541 / 15). Für Arbeitgeber ergibt sich damit entsprechender Handlungsbedarf. Arbeitgeber müssen konkret und transparent handeln. Sie haben dafür zu sorgen, dass Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage sind, ihren bezahlten Jahresurlaub zu nehmen. So haben Arbeitgeber ihre Mitarbeiter entsprechend aufzufordern, ihren Urlaub zu nehmen. Erforderlichenfalls hat dies in einem förmlichen Schreiben zu erfolgen. Ob und in wie weit individuelle Hinweise an jeden einzelnen Mitarbeiter hier organisatorisch darstellbar sind, dürfte auch von der Betriebs- bzw. Unternehmensgröße abhängen. Denkbar erscheinen Rundschreiben / -mailings oder ggf. auch hinreichend kenntlich gemachte Hinweise auf den monatlichen Gehaltsabrechnungen. Jedenfalls sollte die Ernsthaftigkeit der Mitteilung sowie der entsprechenden Hinweise klar erkennbar sein. Ob alleine ein Aushang am sog. „schwarzen Brett“ ausreichend erscheint, dürfte eher zweifelhaft sein und sollte nicht riskiert werden.



SM

Andreas Schramek Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Verkehrsrecht

URLAUBSABGELTUNG BEI TOD DES ARBEITNEHMERS IM LAUFENDEN ARBEITS- VERHÄLTNISS

Endet das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers, haben dessen Erben nach § 1922 Abs. 1 BGB i. V. m. § 7 Abs. 4 BUrlG Anspruch auf Abgeltung des von dem Erblasser nicht genommenen Urlaubs.

Die Klägerin ist Alleinerbin ihres am 20.12.2010 verstorbenen Ehemanns (Erblasser), dessen Arbeitsverhältnis mit der Beklagten durch seinen Tod endete. Nach dem einschlägigen Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst standen dem Erblasser in jedem Kalenderjahr 30 Urlaubstage zu. Die Klägerin verlangt die Abgeltung des Resturlaubs von insgesamt 25 Arbeitstagen, der ihrem verstorbenen Ehemann zum Zeitpunkt seines Todes für das Kalenderjahr 2010 noch zustand. Die Vorinstanzen hatten der Klage stattgegeben. Die Revision der Beklagten hatte vor dem 9. Senat des BAG keinen Erfolg. Die Beklagte hat den nichtgewährten Urlaub des Erblassers mit einem Betrag in Höhe von EUR 5.857,75 brutto abzugelten. Urlaub, der wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommen werden kann, ist nach § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten. Die nach dem europäischen Unionsrecht gebotene Auslegung von §§ 1, 7 Abs. 4 BUrlG ergibt, dass der Resturlaub auch dann abzugelten ist, wenn

das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers endet. Der EuGH hat entschieden, dass der durch Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003 / 88 / EG (Arbeitszeitrichtlinie) gewährleistete Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub nicht mit dem Tod des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis untergehen darf, ohne dass ein Anspruch auf finanzielle Vergütung für diesen Urlaub besteht, der im Wege der Erbfolge auf den Rechtsnachfolger des Arbeitnehmers überzugehen hat.

Grundsätzlich ist Voraussetzung für die Geltendmachung des Anspruchs, dass der Anspruchsteller tatsächlich Erbe des verstorbenen Arbeitnehmers ist. Der Arbeitgeber kann in jedem Fall auf die Vorlage eines entsprechenden Erbscheins bestehen. Zu beachten ist natürlich auch im Weiteren, dass durch den Anspruchsteller mögliche Ausschlussfristen aus dem Arbeitsvertrag des verstorbenen Arbeitnehmers anzuwenden sind.



SM

Andreas Schramek Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Verkehrsrecht

ANSPRUCH AUF MINDEST- LOHN BEI EINEM PRAKTI- KUM – UNTERBRECHUNG DES PRAKTIKUMS

Praktikanten haben keinen Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn, wenn sie das Praktikum zur Orientierung für eine Berufsausbildung oder für die Aufnahme eines Studiums leisten und das Praktikum die Dauer von drei Monaten nicht übersteigt. Das Praktikum kann jedenfalls aus Gründen in der Person des Praktikanten / der Praktikantin rechtlich oder tatsächlich unterbrochen und um die Dauer der Unterbrechungszeit verlängert werden, wenn zwischen den einzelnen Abschnitten ein sachlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht und die Höchstdauer von drei Monaten nicht überschritten wird.

Die Klägerin vereinbarte mit der Beklagten, die eine Reitanlage betreibt, ein dreimonatiges Praktikum zur Orientierung für eine Berufsausbildung zur Pferdewirtin. Das Praktikum begann am 06.10.2015. Die Klägerin putzte und sattelte die Pferde, stellte sie auf ein Laufband, brachte sie zur Weide und holte sie wieder ab, fütterte sie und half bei der Stallarbeit. In der Zeit vom 03.11. - 06.11.2015 war die Klägerin arbeitsunfähig krank. Ab dem 20.12.2015 trat sie in Absprache mit der Beklagten über die Weihnachtsfeiertage einen Familienurlaub an. Während des Urlaubs verständigten sich die

Parteien darauf, dass die Klägerin erst am 12.01.2016 in das Praktikum bei der Beklagten zurückkehrt, um in der Zwischenzeit auf anderen Pferdehöfen „Schnuppertage“ verbringen zu können. Das Praktikum bei der Beklagten endete am 25.01.2016. Die Beklagte zahlte der Klägerin während des Praktikums keine Vergütung. Die Klägerin beehrte von der Beklagten für die Zeit ihres Praktikums Vergütung in Höhe des gesetzlichen Mindestlohnes in einer Höhe von insgesamt EUR 5.491,00 brutto. Sie hat vorgebracht, die gesetzlich festgelegte Höchstdauer eines Orientierungspraktikums von drei Monaten sei überschritten, weswegen ihre Tätigkeit mit dem damals geltenden Mindestlohn von EUR 8,50/h zu vergüten sei. Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte vor dem 5. Senat des BAG keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zurecht abgewiesen. Ein Anspruch auf gesetzlichen Mindestlohn besteht nicht, weil das Praktikum zur Orientierung für eine Berufsausbildung die Höchstdauer von drei Monaten nicht überschritten hat. Unterbrechungen des Praktikums innerhalb dieses Rahmens sind möglich, wenn der Praktikant/die Praktikantin hierfür persönliche Gründe hat und die einzelnen Abschnitte sachlich und zeitlich zusammenhängen. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Das Praktikum wurde wegen Zeiten der Arbeitsunfähigkeit sowie auf eigenen Wunsch der Klägerin für nur wenige Tage unterbrochen und im Anschluss an die Unterbrechung jeweils unverändert fortgesetzt (BAG Urteil vom 30.01.2019, Az.: 5 AZR 556/17).



Fazit

Grundsätzlich ist darauf zu achten, dass ein Praktikum zur Orientierung für eine Berufsausbildung oder für die Aufnahme eines Studiums grundsätzlich die Dauer von drei Monaten nicht überschreiten darf, wenn die Zahlung des gesetzlichen Mindestlohnes vermieden werden soll. Eine Verlängerung um Unterbrechungszeiten wie oben angegeben, ist allerdings unschädlich. Die Unterbrechungen sollten jedoch genau dokumentiert werden.



Andreas Schramek Rechtsanwalt
 Fachanwalt für Arbeitsrecht
 Fachanwalt für Verkehrsrecht

DELIKTISCHE HERSTELLER-HAFTUNG BEI ABGASMANIPULATION

In seinem Urteil vom 05.12.2018 hat das Landgericht Augsburg entschieden, dass die Käufer ein mangelhaftes Fahrzeug erhielten und der Fahrzeughersteller sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB gehandelt hat, wenn ein Autohersteller zur Beeinflussung die Abgaswerte nach der Euro-5-Norm in einer Vielzahl von Fällen zur Umsatz- und Gewinnsteigerung eine Manipulationssoftware einsetzt. Bei der Rückabwicklung eines solchen Kaufvertrages muss sich der Käufer einen Nutzungersatz für die mit dem Fahrzeug zurückgelegten Kilometer nicht anrechnen lassen. Der im Bezirk des Landgerichts Augsburg lebende Kläger bestellte am 15.11.2010 ein von der Beklagten hergestelltes Fahrzeug mit einem Dieselmotor des Typs EA 189 zum Kaufpreis von EUR 24.285,20. Dessen Abgaswerte waren mit dem aus dem sog. „VW-Abgasskandal“ bekannten Verfahren manipuliert und erfüllten die Werte der Euro-5-Norm nicht. Gleichwohl lehnte die Beklagte die vom Kläger beehrte und auf Deliktsrecht gestützte Rückabwicklung des Kaufvertrages ab, weil keine Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit des Fahrzeuges vorliege.



Leonie Haupt Rechtsanwältin

SITTENWIDRIGE VERKNÜPFUNG: ERBEINSETZUNG UND BESUCHSPFLICHT – OLG FRANKFURT, BESCHLUSS V. 5.2.2019, AZ. 20 W 98/18 –

Bekanntlich kann der Erblasser die Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen nach seinen persönlichen Wünschen und Vorstellungen selbst bestimmen. Dabei hat er u. a. die Möglichkeit, die Erbeinsetzung an bestimmte Bedingungen zu knüpfen. Allerdings können diese Bedingungen auch sittenwidrig sein.

Einen derartigen Fall hatte das OLG Frankfurt im Februar 2019 zu entscheiden:

In einem Testament setzte ein Mann seine Ehefrau und seinen Sohn aus erster Ehe zu je 25% als Erben ein. Die übrigen 50% des Erbes sollten seine beiden Enkelkinder erhalten. Allerdings stellte er die Erbeinsetzung seiner Enkel unter die Bedingung, dass sie ihn „regelmäßig, d.h. mindestens 6-mal im Jahr besuchen“. Über die Bedingung der Erbeinsetzung informierte der Erblasser den Vater seiner Enkelkinder.

Da die Enkel den Erblasser nicht in der von ihm anvisierten Häufigkeit besuchten, beantragten die Ehefrau und der Sohn aus erster Ehe die Erteilung eines Erbscheins, der sie als hälftige Miterben ausweisen sollte. Das Nachlassge-

richt erteilte den Erbschein. Gegen diese Entscheidung legten die Enkelkinder erfolgreich Beschwerde ein.

Während das Nachlassgericht die von Seiten des Erblassers aufgestellte Bedingung mit seinem legitimen Interesse, seine Enkelkinder zu sehen, rechtfertigt, sieht das OLG Frankfurt die Bedingung als sittenwidrig und damit als nichtig an.

Das OLG Frankfurt betont in seiner Entscheidung, dass die von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Testierfähigkeit gewährleistet, dass der Erblasser die Erbfolge nach seinen eigenen Vorstellungen gestalten und eine Sittenwidrigkeit einer Bedingung daher nur in besonders schwerwiegenden Ausnahmefällen angenommen werden könne. Nach dem OLG sei die Grenze zu einem derartigen Ausnahmefall aber überschritten, wenn die vom Erblasser erhobene Bedingung unter Berücksichtigung der höchstpersönlichen und auch wirtschaftlichen Umstände die Entschliebungsfreiheit des bedingten Zuwendungsempfängers unzumutbar unter Druck setzt und durch das Inaussichtstellen von Vermögensvorteilen Verhaltensweisen bewirkt werden sollen, die regelmäßig eine freie, innere Überzeugung des Handelnden voraussetzen. Maßgeblich seien die Umstände des Einzelfalls, die erkennen lassen müssen, „ob der Erblasser durch einen wirtschaftlichen Anreiz in einer gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkender ein bestimmtes Verhalten erkaufen möchte“.

Nach diesen allgemeinen Grundsätzen sieht das OLG Frankfurt die vom Erblasser eingeforderten regelmäßigen Besuche durch seine Enkelkinder als Voraussetzung für die Erbestellung und die damit verbundene Einflussnahme auf die Entschliebungsfreiheit der Enkelkinder als sittenwidrig an. Dass der Großvater den persönlichen Kontakt zu seinen Enkelkindern wünscht, legitimiere den Großvater nicht zu einer solchen Besuchsbedingung,

durch die er seine Enkelkinder derart unter Druck setzt.

Wegen der vom Erblasser gewünschten engen Bindung zu seinen Enkeln, ging das OLG Frankfurt davon aus, dass er seine Enkel auch in Kenntnis der Unwirksamkeit der Besuchsbedingung als Miterben eingesetzt hätte und die Nichtigkeit der Besuchsbedingung damit nicht zur Nichtigkeit der Erbeinsetzung führt.

Fazit

Eine im Testament gestellte Bedingung kann sittenwidrig sein, wenn durch sie ein Verhalten des bedingt eingesetzten Erbens erreicht werden soll, das regelmäßig eine innere, freie Überzeugung voraussetzt.



Petra Schäfer Rechtsanwältin
Fachanwältin für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht



NEUE BGH – ENTSCHEIDUNG: ABRECH- NUNG VON BETRIEBS- KOSTEN NUN NACH DER TATSÄCHLICHEN WOHN- FLÄCHE

Immer wieder ist Streitpunkt, wie groß die einzelne Wohnung ist, die angemietet wurde und ob die Abrechnung über die Betriebskosten, welche nach dem Umlageschlüssel der Quadratmeter erfolgt, sich nach den Quadratmetern, die im Mietvertrag vereinbart sind, richtet oder nach der tatsächlichen Wohnfläche.

Manchmal kommt es vor, dass erst im Nachhinein nach Abschluss eines Mietvertrages durch eine Neuvermessung die tatsächliche Größe der Mietwohnung festgestellt werden kann.

Für den Fall des Unterschiedes zwischen der im Vertrag vereinbarten Größe, anhand derer ein Quadratmeterpreis für die Wohnung vereinbart wurde und der tatsächlichen Quadratmetergröße der Wohnung, hat der BGH in einer maßgeblichen Entscheidung vom 31.10.2017, Az. VIII ZR 261 / 06 dargestellt, dass erst bei einer Abweichung der beiden Größen von mehr als 10% dem Mieter ein Mietminderungsrecht zusteht. Das bedeutet, ist die angemietete Wohnung tatsächlich mehr als 10% kleiner als im Mietvertrag ausgewiesen, so kann der Mieter die Miete mindern.

In diesem Zusammenhang hatte der BGH ebenfalls entschieden, dass diese 10%ige Grenze auch bei der Abrechnung der Betriebskosten maßgeblich ist, so dass eine Abweichung der tatsächlichen Größe der Wohnung von der im Vertrag genannten Größe erst bei mehr als 10% eine Rolle spielt und ansonsten die Abrechnung der Betriebskosten nach der im Vertrag vereinbarten Größe zu erfolgen hat.

Mit seinem Grundsatzurteil vom 30.05.2018, Az. VIII ZR 220 / 17 gibt der BGH seine bisherige Rechtsprechung aus dem Jahr 2007 nunmehr auf.

So heißt es im Leitsatz:

„Sofern und soweit Betriebskosten die nach gesetzlichen Vorgaben (vgl. etwa § 556 a Abs. 1 BGB, § 7 Abs. 1 HeizkostenV) ganz oder teilweise nach Wohnflächen anfallen, umgelegt werden, ist für die Abrechnung im Allgemeinen der jeweilige Anteil der tatsächlichen Wohnfläche der betroffenen Wohnung an der in der Wirtschaftseinheit tatsächlich vorhandenen Gesamtwohnfläche maßgebend.“

So sind auch Betriebskosten, soweit sie nach Wohnfläche abzurechnen sind, jedenfalls zu einem bestimmten Prozentsatz auch bei den Heizkosten, nach den tatsächlichen Gegebenheiten und nicht nach den von subjektiven Vorstellungen geprägten Parteivereinbarungen zur Wohnfläche abzurechnen. In der Begründung des Urteils wird angegeben, dass, auch wenn bei der Umlage von Betriebskosten eine absolute Verteilungsgerechtigkeit nicht zu erreichen sein mag und auch eine solche vom Gesetz nicht verlangt wird, eine in der gebotenen Gesamtschau angemessene und nach allen Seiten hin interessengerechte Verteilung von Betriebskosten doch jedenfalls grundsätzlich erfordert, dass objektiv entstandene und für eine geschlossene Wirtschaftseinheit (ein Mehrfamilienhaus bestehend aus mehreren Wohnungen) einheitlich erfasste Betriebs-

kosten nach einem objektiven Abrechnungsmaßstab umgelegt werden, der gleichermaßen für alle zur Wirtschaftseinheit zählende Nutzer gilt. Damit scheidet im Allgemeinen subjektive Vorstellungen einzelner Mietvertragsparteien zur Wohnungsgröße, die ihren Ausdruck in der Beschaffenheitsvereinbarung zur Wohnfläche gefunden haben, schon von vornherein als tauglicher Abrechnungsmaßstab aus.

Fazit

Bei der Abrechnung der Heizkosten hat der Vermieter damit die tatsächliche Wohnfläche anzusetzen in Relation zu der tatsächlichen Wohnfläche des gesamten Hauses.

Die in einem Wohnraummietvertrag enthaltene Wohnflächenangabe enthält nach der Rechtsprechung im Allgemeinen eine vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung. Daher liegt ein zur Mietminderung berechtigender Mangel der Wohnung infolge der Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle vor, wenn die tatsächliche Wohnfläche um mehr als 10% unter der im Mietvertrag angegebenen Wohnfläche liegt. Das bedeutet aber nicht, dass in jedem Fall, in dem die Größe der Wohnung ein notwendiger Beurteilungsmaßstab ist, von getroffenen vertraglichen Vereinbarungen zur Wohnfläche auszugehen wäre.

Die Betriebskosten sind daher nach den tatsächlichen Gegebenheiten und nicht nach den subjektiven Vorstellungen abzusprechen.

Auch bei der Berechnung einer Mieterhöhung ist abzustellen auf die tatsächliche Wohnfläche und nicht die vereinbarte Wohnfläche (BGH, Urteil vom 18.11.2015, Az: VIII ZR 266/14).



Gastautor der RB Reiserer Biesinger
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Dr. Philipp Bollacher

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und
Gesellschaftsrecht, Gesellschafter

HERAUSFORDERUNG UNTERNEHMENSNACH- FOLGE

Bei der Nachfolgeplanung für Unternehmen und Unternehmer gilt es, regelmäßig eine Vielzahl von Überlegungen im Erb-, Gesellschafts- und Steuerrecht aber auch in betriebswirtschaftlichen, familiären und persönlichen Angelegenheiten zu berücksichtigen. Damit steht die Antwort auf die Frage des richtigen Zeitpunkts eigentlich schon fest: Es ist nie zu früh, mit der Nachfolgeplanung zu beginnen!

I. Der Notfallkoffer für Unternehmer

Wenn der einzige oder der maßgebliche Geschäftsführer, Unternehmer oder Inhaber eines Unternehmens überraschend ausfällt, etwa durch Tod, Krankheit oder andere Abwesenheit, dann stellt dies insbesondere kleine oder mittlere Unternehmen und deren Mitarbeiter oftmals vor besondere Schwierigkeiten. Auch die Fortführung oder Aufrechterhaltung des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs kann schnell gefährdet sein, wenn keine Vertretung oder Nachfolge präsent oder die präsen- te Vertretung oder Nachfolge nicht handlungsfähig ist, oder Informationen nicht (mehr) vorliegen. Auch gesunde Unternehmen können vor existenzielle Herausforderungen gestellt werden,

wenn das business as usual nicht mehr möglich ist, Betriebsabläufe stocken und Zahlungen oder Lieferungen nicht mehr ausgeführt oder freigegeben werden können.

Als Vorsorge für diese Situationen hat es sich bewährt, einen Notfallkoffer für Unternehmer anzulegen. Dieser Notfallkoffer soll die Vertretung oder den Nachfolger – jedenfalls vorläufig – handlungsfähig machen und damit die Operabilität des betroffenen Unternehmens sicherstellen. Im Notfallkoffer sind also alle wichtigen Informationen und Dokumente gesammelt, die es einer Vertretung ermöglichen, das Unternehmen zu leiten, sollte der Geschäftsführer, Unternehmer oder der Inhaber nicht verfügbar sein. Im Notfallkoffer sind deshalb regelmäßig aufzubewahren Vollmachten (am besten in Kopie mit einem Hinweis, wo das Original hinterlegt ist), Passwörter und sonstige Zugangsdaten für Betriebsgelände und IT, Liste der Bankverbindungen mit Zugangsdaten und Geheimzahlen sowie Verfügungsberechtigten, eine Liste wichtiger Vertrauter und Ansprechpartner, ggf. Testament (oder Hinweis, wo ein solches hinterlegt ist), ggf. strategische oder wirtschaftliche Handlungsanweisungen an den Nachfolger für den Notfall sowie ggf. ein Hinweis auf eine Hinterlegung weiterer wichtiger Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, wie etwa Rezepturen, Quellcodes, Herstellungshinweise, Preiskalkulationen etc.

Das Befüllen des Notfallkoffers zwingt den Unternehmer, sich mit diesen Fragen auseinanderzusetzen und entsprechende wichtige Entscheidungen zu treffen, etwa, wenn Ansprechpartner oder Bevollmächtigte benannt werden. Es ist stets ratsam, diese Entscheidungen mit Vertrauten und / oder Fachleuten zu besprechen und ihnen die Entscheidungsfindung zu erläutern; dann können diese möglicherweise der Vertretung / Nachfolge wichtige ergänzende Informationen und Hintergründe

übermitteln. In rechtlicher Hinsicht ist insbesondere bei der Erstellung und Vorhaltung von Vollmachten auf etwaige Formvorschriften und den Bestimmtheitsgrundsatz zu achten, sodass die Vollmachten im Gebrauchsfall auch von Grundbuchämtern, Handelsregistern, Behörden und sonstigen öffentlichen Stellen akzeptiert werden.

Ist der Notfallkoffer einmal erstellt, dann sollten wichtige Personen im Unternehmen und / oder der Familie darüber informiert werden, wo sich dieser befindet, damit er im Notfall auch kurzfristig verfügbar ist. Und schließlich sollte in regelmäßigen Abständen überprüft werden, ob der Inhalt des Notfallkoffers noch aktuell und vollständig ist, oder ob er ergänzt oder angepasst oder sonst aktualisiert werden muss.

Fazit

Es gibt eigentlich kein Argument, weshalb nicht jeder Unternehmer einen solchen Notfallkoffer vorhalten sollte. Denn selbstverständlich kann die Mühe seiner Erstellung und Aktualisierung dann „umsonst“ sein, wenn ein Notfall nicht eintritt oder wenn im Notfall die Nachfolge oder Vertretung wegen anderer Vorkehrungen handlungsfähig ist. Bereits alleine wegen der bei einem Notfall ohne Vorsorge möglicherweise auftretenden Widrigkeiten oder Nachteile für das Unternehmen, deren Mitarbeiter oder die Angehörigen/Familien, sollten diese Mühen in Kauf genommen werden. Und wenn im Übrigen bei der Planung und Umsetzung des Notfallkoffers fachlicher Rat in Anspruch genommen wird, dann ist der Aufwand für den Unternehmer überschaubar, sodass er sich rasch und mit dem guten Gewissen einer getroffenen Mindestvorsorge anderen Dingen zuwenden kann.

II. Die Vorsorgevollmacht mit Patientenverfügung

Bei der Vorsorge gegen einen plötzlichen Ausfall ist neben dem Notfallkoffer für Unternehmer grundsätzlich die Erstellung einer Vorsorgevollmacht mit Patientenverfügung zu empfehlen. Während der Notfallkoffer die Handlungsfähigkeit des Unternehmens sichert, gewährleisten Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung, dass die persönlichen Verhältnisse in Zeiten mangelnder eigener Entscheidungsfähigkeit nach dem selbstbestimmten eigenen Willen fortlaufen. Da es sich insoweit um höchstpersönliche und sensible Angelegenheiten und Fragestellungen handelt, empfiehlt es sich, sich selbst mit diesen Fragen auseinanderzusetzen und die eigenen Entscheidungen den vom eigenen Ausfall betroffenen Person dokumentiert zu hinterlassen. Allerdings empfiehlt es sich auch, die eigenen dokumentierten Entscheidungen mit den nahen Angehörigen oder jedenfalls einem oder mehreren Vertrauten zu besprechen, damit sie (besser) verstanden oder jedenfalls den Betroffenen erläutert werden und von diesen dann akzeptiert werden können.

Bestandteil einer solchen zumeist in einem einheitlichen Dokument gefassten Vorsorgevollmacht ist zunächst eine Generalvollmacht für alle wirtschaftlichen und rechtlichen Angelegenheiten für einen Bevollmächtigten. Werden mehrere Bevollmächtigten eingesetzt, sollte ein Rangverhältnis vorgegeben werden, um etwa bei zwei Bevollmächtigten ein Patt und damit letztlich eine Handlungsunfähigkeit zu vermeiden. Eine nähere Erläuterung zum Umfang oder eine Begrenzung des Umfangs ist rechtlich nicht zwingend notwendig, kann aber im Einzelfall selbstverständlich festgelegt werden. Bestmöglich sollten die Bevollmächtigten auch vorab über die Benennung informiert und mit ihr einverstanden sein.

Enthalten ist des Weiteren eine Vorsorgevollmacht für persönliche Angelegenheiten, insbesondere zum Umgang und der Einwilligung in Untersuchungen des Gesundheitszustandes, Heilbehandlungen und ärztliche Eingriffe, sowie zur eigenen Einstellung über den Abbruch oder der Fortdauer von lebenserhaltenden Maßnahmen oder einer „Hilfe zum Sterben“. Aufgrund des vom Bundesverfassungsgericht vorgegebenen Zitiergebots sind in der Vorsorgevollmacht die wesentlichen betroffenen Bereiche nicht abschließend („insbesondere“) aufzuführen; unterbleibt dies, droht die Unbestimmtheit und die Unwirksamkeit.

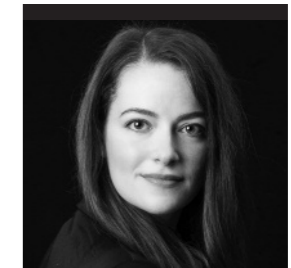
Weiterer Bestandteil kann eine sogenannte Betreuungsverfügung sein, in der Wünsche oder Angaben zu einer möglicherweise von einem Betreuungsgericht angeordneten Betreuung gemacht werden können. Solche Regelungen sollen insbesondere eine Uneinigkeit zwischen dem Vorsorgebevollmächtigten einerseits und einem amtlich bestellten Betreuer andererseits vermeiden.

Wichtiger Teil des Dokuments ist weiter die Patientenverfügung, in der höchstpersönliche Wünsche für den Umgang mit dem Leben oder dem Tod bei einem unabwendbaren, mittelbaren oder unmittelbaren Sterbeprozess dokumentiert werden. Möglich und üblich sind Willensangaben zur Vornahme oder Nichtvornahme von pflegerischen Maßnahmen, lebenserhaltenden Maßnahmen, Wiederbelebungsmaßnahmen, künstlicher Ernährung und Organspende. Rechtliche Vorgaben zum Inhalt gibt es selbstverständlich keine. Allerdings sollten die Angaben klar und bestimmt genug sein und Zweifel oder Auslegungsspielräume möglichst nicht zulassen. Da vor allem bei älteren Patientenverfügungen immer wieder die Frage auftritt, ob sie tatsächlich noch dem (mutmaßlichen) Willen des Betroffenen im Zeitpunkt ihrer Ausübung entsprechen, sollten sie auch regelmäßig überprüft und aktualisiert und

etwa bei besonderen Vorkommnissen oder Änderungen der persönlichen Verhältnisse mit den nahen Angehörigen besprochen werden. Sind die Angehörigen informiert, dass die Vorsorgevollmacht mit Patientenverfügung (noch immer) den Willen des Betroffenen entspricht, wird die Entscheidung überwiegend (besser) akzeptiert.

Fazit

Eine Vorsorgevollmacht mit Patientenverfügung ermöglicht es, Entscheidungen, die in der konkreten Situation aufgrund der gesundheitlichen Verhältnisse nicht selbst getroffen werden können, vorwegzunehmen oder sie jedenfalls maßgeblich zu beeinflussen. Sie vermeidet gleichzeitig, dass den Betroffenen, meist nahen Angehörigen, diese schweren Entscheidungen ohne „Vorgabe“ überlassen werden. Zudem sind sie ein notwendiges Mittel, um auch die rechtliche Zuständigkeit zu klären und das Fällen und Umsetzen der jeweiligen Entscheidung zu gewährleisten. Die Vorsorgevollmacht mit Patientenverfügung sollte deshalb bei der Nachfolge nicht fehlen. Obwohl es um eine Vielzahl von höchstpersönlichen und sensiblen Fragestellungen geht, gibt es hierfür eine Vielzahl von Mustern und Vorlagen, etwa vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz oder von entsprechend erfahrenen Notariaten. Empfohlen wird aber gleichwohl, individuellen fachlichen Rat einzuholen, um das Dokument mit den anderen Vorkehrungen zur Nachfolge zu harmonisieren.



Gastautorin der RB Reiserer Biesinger
Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH
Madelaine Isabelle Baade
Rechtsanwältin

MÄNGELGEWÄHRLEISTUNG BEIM RECHTSKAUF

[BGH, Urteil vom 26.09.2018 – VIII ZR 187 / 17]

Das BGH-Urteil vom 26.09.2018 beschäftigt sich mit der Mängelgewährleistung beim Rechtskauf.

Dem Verfahren lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin und die Rechtsvorgängerin der Beklagten waren im Wege eines sogenannten „Joint Venture“ jeweils zu 50% an einer GmbH beteiligt. Das „Joint Venture“ sollte durch Verkauf der von der Beklagten gehaltenen Anteile an die Klägerin beendet werden. Dementsprechend veräußerte die Beklagte ihre Anteile an der GmbH an die Klägerin, wobei sich der zugrunde gelegte Kaufpreis aus einem bei einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in Auftrag gegebenen Gutachten ergab. In dem entsprechenden notariellen Vertrag wurden gesetzliche Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen, „soweit dies rechtlich möglich ist“. Die Klägerin begehrte die Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises, weil ein später von einer anderen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erstellter Prüfbericht eine deutliche Unterbilanz der Gesellschaft ergab.

Das Landgericht Konstanz hatte die Klage abgewiesen. Die hiergegen eingelegte Berufung war ohne Erfolg geblieben. Die Revision hatte schließlich Erfolg.

Der BGH hielt zunächst an seiner Rechtsprechung zum Sachmängelrecht beim Anteilskauf fest. Danach sind bei einem Kauf von Mitgliedschaftsrechten an einer GmbH, der als solcher einen Rechtskauf gemäß § 453 Abs. 1 Alt. 1 BGB darstellt, im Falle von Mängeln des betrieblichen Unternehmens die Gewährleistungsrechte der §§ 434 ff. BGB anzuwenden, wenn Gegenstand des Kaufvertrags der Erwerb sämtlicher oder nahezu sämtlicher Anteile an dem Unternehmen ist und sich der Anteilskauf damit sowohl nach der Vorstellung der Vertragsparteien als auch objektiv bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Kauf des Unternehmens selbst und damit als Sachkauf darstellt.

Der zugrundeliegende Sachverhalt, bei welchem der Käufer bereits 50% der Mitgliedschaftsrechte an der GmbH hielt, bevor er die weiteren 50% der Geschäftsanteile dieser Gesellschaft hinzuerwarb, genüge diesen Voraussetzungen jedoch nicht. So sei eine Haftung auch für Mängel des Unternehmens selbst sach- und interessengerecht, wenn im Grunde das gesamte Unternehmen verkauft wird, es sich bei dem betreffenden Anteilskauf also faktisch um einen Kauf des gesamten Gesellschaftsvermögens und damit wirtschaftlich betrachtet um einen Sachkauf handelt. Dies sei vorliegend nicht der Fall.

Die Konsequenz hiervon ist, dass der Verkäufer nur für Rechtsmängel der Anteile, nicht aber für Sachmängel an dem Unternehmen selbst haftet.

Der BGH wies darauf hin, dass ein Bedürfnis für eine Ausweitung der Gewährleistungsrechte insofern auch nicht bestehe, als es den Parteien unbenommen sei, weitergehende Garantievereinbarung vertraglich festzulegen.

Im nächsten Schritt war daher die Frage zu klären, ob die Überschuldung der Gesellschaft einen Rechtsmangel der erworbenen Anteile darstellt, was der BGH verneinte. Dies deshalb, weil die verkauften Geschäftsanteile nicht mit Rechten Dritter belastet seien oder in sonstiger Weise nicht der vereinbarten, vorausgesetzten oder üblichen Beschaffenheit entsprechen würden.

Der BGH verwies den Rechtstreit zurück an das Berufungsgericht und wies ergänzend darauf hin, dass – anders als im Anwendungsbereich der Sachmängelgewährleistung, in welchem die Regelung des § 313 BGB über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht anwendbar sei – dieser Anspruch im Rahmen der Rechtsmängelgewährleistung grundsätzlich denkbar sei. Dies gelte trotz dem im Rahmen des Kaufvertrags geregelten Gewährleistungsausschluss. Denn § 313 BGB sei nur dann unanwendbar, wenn sich durch die Störung der Geschäftsgrundlage ein Risiko verwirkliche, dass nach der vertrag-

lichen Vereinbarung in den Risikobereich einer Partei falle. Der zwischen den Parteien geschlossene Anteilskaufvertrag enthalte aber gerade keine näheren Angaben zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft und treffe daher auch keine Aussage darüber, wer insoweit das Risiko einer Störung des angestrebten Äquivalenzverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung zu tragen habe.

Fazit

Der BGH führt seine bisherige Rechtsprechung zur Sachmängelgewährleistung beim Anteilskauf fort und präzisiert diese. Durch die Beschränkung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts bleibt Raum für die Haftung aus vorvertraglicher Pflichtverletzung, die im Rahmen des jeweiligen Kaufvertrages nicht uneingeschränkt ausgeschlossen werden kann. Für die Praxis bedeutet die Entscheidung des BGH ein größeres Maß an Rechtssicherheit.



Bernhard Leisner Rechtsanwalt

VERZÖGERTE BAUFERTIGSTELLUNG – SCHADENSERSATZ FÜR ENTGANGENEN GEWINN, VORAUSSETZUNGEN UND UMFANG

Wenn sich die Fertigstellung von unternehmerisch zu nutzenden Bauvorhaben durch Störungen im Bauablauf verzögert, stellt sich regelmäßig die Frage, inwieweit für entgangene Gewinne mit Erfolg Schadenersatz geltend gemacht werden kann. Werden Fertigstellungsfristen nicht eingehalten und kommt es in der Folge zu einer verzögerten Aufnahme des Geschäftsbetriebes, so geht die Zeit der Verzögerung dem Bauherren als Zeit, in der er das fertiggestellte Bauvorhaben wirtschaftlich nutzen und daraus Gewinn erzielen kann, unwiederbringlich verloren. In entgangenem Gewinn besteht grundsätzlich eine zu ersetzende Schadensposition. Der Schädiger hat den entgangenen Güterzuwachs zu ersetzen und den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn das zum Ersatz verpflichtende Ereignis – hier die Verzögerung der Fertigstellung – nicht eingetreten wäre. Probleme bei der Durchsetzung von Ansprüchen auf Ersatz entgangenen Gewinns können sowohl bei der grundsätzlichen Ersatzpflicht als auch bei der Ermittlung des Umfangs entstehen.

Der Ersatz entgangenen Gewinns erfordert, dass ein Vertragspartner des Geschädigten, z. B. ein Bauunternehmen, einen vertraglichen Fertig-

stellungstermin nicht einhält. Es muss also überhaupt eine verbindliche Fertigstellungsfrist bzw. ein Fertigstellungstermin vereinbart sein. Angaben zu einer voraussichtlichen Ausführungsdauer oder beabsichtigten Fertigstellungsterminen genügen hierfür nicht. Die Verzögerung führt nur dann zur Ersatzpflicht, wenn den Bauunternehmer an ihr ein Verschulden trifft. Ein solches wird gesetzlich vermutet. Die Vermutung kann jedoch widerlegt werden. Gerade bei größeren Bauvorhaben mit einer Vielzahl ineinandergreifender Gewerke und einer entsprechend großen Zahl am Bau beteiligter Unternehmen kann sich in der Praxis die Beantwortung der Frage, welche Verzögerung durch welchen Beteiligten schuldhaft verursacht wurde, schwierig und aufwendig gestalten.

Ist der Verursacher einer konkreten Verzögerung ermittelt und steht dessen Ersatzpflicht dem Grunde nach fest, stellt sich die Frage nach deren Umfang. Für die Ermittlung eines Schadens, in Form entgangenen Gewinns, gelten spezielle Regelungen und Maßstäbe. Entgangener Gewinn kann konkret oder abstrakt berechnet werden. Eine Mischung aus beiden Berechnungsmethoden zur Bezifferung eines einheitlichen Schadens scheidet regelmäßig aus.

Entgangener Gewinn aus Geschäften, die der Geschädigte bereits abgeschlossen hat, den er nur deshalb nicht erzielen konnte, weil er seine Leistung infolge der verzögerten Fertigstellung nicht erbringen und auch nicht nachholen kann, kann der Geschädigte in der Regel konkret beziffern. Solche Schäden stellen bei verzögerter Fertigstellung von Bauvorhaben jedoch eher die Ausnahme dar. Eine konkrete Schadensberechnung ist jedoch zumeist im Hinblick auf Mietausfälle möglich.

Besteht der Schaden nicht in entgangenem Mieten, aus bereits vor Fertigstellung geschlossenen Verträgen, sondern in entgan-

nen Gewinnen aus anderweitiger wirtschaftlicher Betätigung, wird die Schadensberechnung deutlich komplizierter. Die Besonderheit entgangenen Gewinns liegt gerade darin, dass dieser entgangen ist, weil eine unbekannte Anzahl konkreter Geschäfte infolge der verzögerten Fertigstellung gar nicht erst abgeschlossen werden konnte. Bei der Ermittlung des hieraus zu ersetzenden Schadens muss also ein Betrag ermittelt werden, der regelmäßig nicht bekannt ist und nicht bekannt sein kann, weil er nicht realisiert wurde. Zur Lösung dieses Problems hält das Gesetz die Möglichkeit der abstrakten Schadensberechnung bereit.

Die abstrakte Schadensberechnung stellt auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge ab. Dabei wird vermutet, dass der Geschädigte – wenn er professionell am Handelsverkehr teilnimmt – z.B. marktgängige Waren jederzeit zum Marktpreis absetzen kann und, dass dabei ein Gewinn erzielt worden wäre. Die Vermutung beschränkt sich nicht auf Geschäfte über den reinen Verkauf von Waren. Sie kann für nahezu alle Geschäftsbereiche herangezogen werden, für Handelsunternehmen ebenso, wie für Installationsbetriebe, Restaurants, Hotels oder Krankenhäuser. Dabei ist kein Nachweis erforderlich, dass ein konkreter Gewinn entgangen ist. Nachzuweisen ist „lediglich“ eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass ein zu schätzender Gewinn erzielt worden wäre. Hierfür kann auf branchenübliche Gewinnkalkulationen zurückgegriffen werden. Von besonderer Bedeutung ist dabei, dass eine Schätzung des entgangenen Gewinns stets auf der Grundlage nachweisbarer Anknüpfungstatsachen erfolgen muss. Eine völlig abstrakte Berechnung eines Mindestschadens, die nicht auf beweisbaren Tatsachen beruht, ist ausgeschlossen. Der Bundesgerichtshof ermahnte die Instanzgerichte zuletzt mit seiner Entscheidung vom 19.09.2017 (VI ZR 530/15) dahingehend, dass an die schwierige Darlegung der hypothetischen Entwicklung des Geschäftsbetriebes keine

zu strengen Maßstäbe angelegt werden dürfen und eine Klage nicht wegen lückenhaften Vortrages zur Schadensentstehung und Schadenshöhe abgewiesen werden dürfe, solange greifbare Anhaltspunkte für eine Schadensschätzung vorhanden seien. Dennoch bleibt die abstrakte Ermittlung eines entgangenen Gewinns Ergebnis einer Schätzung. Deshalb sollten entgangene Gewinne auf der Grundlage zeitlich und sachlich möglichst umfassender, beweisbarer tatsächlicher Geschäftszahlen erfolgen. Der Schaden sollte – unter Berücksichtigung logischer, mathematischer und betriebswirtschaftlicher Regeln – als Ende einer lückenlos hergeleiteten Kette aus Ursachen und Wirkung dargelegt werden. Ausgangswerte und Zusammenhänge sind erforderlichenfalls zu beweisen.

In der Praxis bedeutet dies, den in einem bestimmten Zeitraum entgangenen Gewinn aus tatsächlichen Geschäftszahlen vergleichbarer Zeiträume herzuleiten. Dabei kann auf Zahlen vergleichbarer Unternehmen im Zeitraum der Verzögerung sowie auf Zahlen des Unternehmens in früheren oder späteren Zeiträumen abgestellt werden. Als verwertbares Zahlenmaterial kann auf nachweisbare Umsatzzahlen, betriebswirtschaftliche Abrechnungen oder Steuerbescheide zurückgegriffen werden. In jedem Fall sollten sodann die Umstände belegt werden, aus denen sich die Vergleichbarkeit ergibt. Wird beispielsweise zur Ermittlung des entgangenen Gewinns im Verzögerungszeitraum auf den nachfolgenden Zeitraum abgestellt, so sollte auch die allgemeine Marktentwicklung vor, während und nach dem Verzögerungszeitraum nachweisbar dargestellt werden. So wird sichergestellt, dass allgemeine Entwicklungen des Marktes und insbesondere auch saisonale Schwankungen bei der Schadensberechnung berücksichtigt werden können. Eine längerfristige Aufzeichnung der Geschäftsentwicklung nach der Aufnahme der Geschäftstätigkeit erlaubt unter Umständen

Rückschlüsse darauf, ob Geschäfte nachgeholt wurden, die wegen der verzögerten Fertigstellung zunächst nicht getätigt werden konnten.

Fazit

Die erfolgreiche Geltendmachung eines entgangenen Gewinns, insbesondere als Folge einer verzögerten Baufertigstellung, wird regelmäßig nur durch die abstrakte Schadensberechnung ermöglicht. Die Schätzung kann jedoch nicht losgelöst von nachzuweisenden Anknüpfungstatsachen erfolgen, wobei die Ermittlung und der Nachweis geeigneter Anknüpfungstatsachen oftmals aufwendig ist. Letztlich liefert die abstrakte Schadensberechnung die Ermittlung eines Schadens nur als Ergebnis einer Schätzung. Bei der Ermittlung der Anknüpfungstatsachen als Grundlage für diese Schätzung ist hohe Sorgfalt geboten, um einen entgangenen Gewinn mit Erfolg geltend machen zu können.



Jens Greskamp Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Dipl.-Bauing.

HOAI-MINDESTSÄTZE BALD GESCHICHTE?

Das laufende Vertragsverletzungsverfahren zwischen der Europäischen Kommission und der Bundesrepublik Deutschland zur Vereinbarkeit der HOAI mit dem Europarecht ist in letzter Zeit etwas aus dem Fokus der öffentlichen Wahrnehmung gerückt, was sicherlich der langen Verfahrensdauer geschuldet ist. Nunmehr ist wieder Bewegung in die Sache gekommen, denn der Generalanwalt des Europäischen Gerichtshofs legte seine Stellungnahme vor: er sieht die HOAI als unvereinbar mit der europäischen Dienstleistungsrichtlinie an.

Bisherige Praxis

Vereinbaren die Parteien eines Planungsvertrages für Leistungen, die unter den Anwendungsbereich der HOAI fallen, ein Honorar unterhalb der Mindest- oder oberhalb der Höchstsätze, so ist die Vereinbarung in Bezug auf die Vergütung preisrechtlich unzulässig. Hat die Überschreitung der Höchstsätze praktisch keine Relevanz, sind Honorar-Streitigkeiten über die Zahlung der HOAI-Mindestsätze häufig anzutreffen. Praktisch gleich gelagert sind die Fälle, in denen die Parteien entweder überhaupt keine Vereinbarung über die Höhe des Honorars oder diese erst „verspätet“ nach Auftragserteilung treffen. Auch in diesen Fällen hat der Planer Anspruch auf Honorar in Höhe der Mindestsätze.

Europarechtlicher Hintergrund

Hintergrund des Verfahrens ist die Bestrebung der EU, gesetzliche Beschränkungen des Wirtschaftslebens abzubauen, um die europäische Wettbewerbsfähigkeit zu steigern und einen Raum ohne Binnengrenzen zu schaffen, in dem Waren, Dienstleistungen und Kapital ohne Beeinträchtigungen durch Staatsgrenzen frei zirkulieren können. Diesem Zweck dienen die Grundfreiheiten der europäischen Verträge und viele der europäischen Rechtsakte, u.a. die in Rede stehende Dienstleistungsrichtlinie von 2006. Vorliegend geht es konkret um Art. 15 Abs. 2 g Richtlinie 2006/123/EG.

Diese verpflichtet die Mitgliedstaaten unter anderem dazu, ihr nationales Recht bis Ende 2009 so anzupassen, dass für die Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten keine festgesetzten Mindest- oder Höchstpreise mehr gelten. Dem wird die HOAI nicht gerecht, denn sie stellt für Grundleistungen einen verbindlichen Vergütungsrahmen auf, von dem innerhalb der Tafelwerte nicht rechtswirksam abgewichen werden kann.

Die HOAI gilt allerdings nur für Architekten und Ingenieure mit Sitz in Deutschland und nur, wenn die Leistung auch von Deutschland aus erbracht wird. Typischerweise regelt das Europarecht jedoch nur Sachverhalte mit grenzüberschreitendem Bezug, der somit gerade fehlen würde. Allerdings hat der Europäische Gerichtshof in einem anderen Verfahren bereits klargestellt, dass der Regelungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie über den der Niederlassungsfreiheit in den Europäischen Verträgen hinausgeht. Denn der Zweck der Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit ist unabhängig davon betroffen, ob ein Auslandsbezug besteht oder nicht. Die Verträge geben der Union dafür auch die nötigen Kompetenzen.

Mit dem 2017 eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren will die Kommission die Bundesrepublik nun zwingen, das System der Mindestvergütungen der HOAI aufzugeben, um die Dienstleistungsrichtlinie einzuhalten. Das Verfahren ist nun mit der Stellungnahme des Generalanwalts in seiner Endphase angekommen. Dieser würdigt die Ausführungen der streitenden Parteien und bereitet das Urteil vor, indem er dem Gerichtshof eine bestimmte Entscheidung empfiehlt. Üblicherweise folgt der Gerichtshof dieser Empfehlung auch, sodass zu erwarten ist, dass er die Unvereinbarkeit der HOAI mit der Dienstleistungsrichtlinie feststellt. Das Urteil wird noch in diesem Jahr erwartet.

Dass trotz der Eindeutigkeit des Verbots von Mindest- und Höchstpreisen durch die Richtlinie überhaupt ein Verfahren vor dem Gerichtshof benötigt wird, um die Europarechtswidrigkeit der HOAI festzustellen, liegt daran, dass auch klare Verstöße gerechtfertigt sein können, wenn zwingende Gründe des Allgemeinwohls vorliegen. Die Bundesrepublik sieht einen solchen Grund in der Sicherung einer hohen Qualität der Planungsleistungen, die durch die Festsetzung von Mindestpreisen erreicht werden soll. Der Wettbewerb zwischen den Architekten und den Ingenieuren soll nicht über den Preis stattfinden, sondern allein über die Qualität ihrer Leistungen. Der Generalanwalt fordert in seiner Stellungnahme jedoch, dass ein konkreter Vergleich zwischen der Qualität der Planungsleistungen mit gesetzlichen Mindestpreisen und solchen ohne vorgenommen werden müsste. Ausreichend sind weder allgemeine Erwägungen noch die Feststellung bloßer Korrelation zwischen niedrigen Preisen und geringer Qualität. Gefordert sei vielmehr der Nachweis der Kausalität zwischen festgesetztem Mindestpreis und hoher Qualität der Leistung. Der Vergleich mit den anderen europäischen Staaten ließe zudem keinen Bedarf an einer Festsetzung von Mindestpreisen erkennen. Somit liegt nach Ansicht des General-

anwalts kein Rechtfertigungsgrund vor.

Folgt der Gerichtshof dieser Einschätzung, hätte dies zunächst keine unmittelbare Auswirkung auf die Geltung der HOAI auf nationaler Ebene. Die Folge wäre vielmehr, dass die Bundesrepublik verurteilt würde, die Regelungen der HOAI über die verbindlichen Mindest- und Höchstvergütungen in Übereinstimmung mit der Richtlinie zu bringen, also wohl abzuschaffen.

Aber auch ohne gesetzliche Änderungen dürften die Gerichte aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts keinen Klagen mehr stattgeben, die auf die Durchsetzung von Mindestvergütungen gemäß der HOAI gerichtet sind. Denn die Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie sind zwar lediglich als Verpflichtung der Staaten formuliert, sollen jedoch trotzdem unmittelbar auch unter privaten Vertragspartnern anwendbar sein. Somit dürften die Mindestpreisbestimmungen der HOAI aufgrund ihrer Unionsrechtswidrigkeit gar nicht mehr angewandt werden. Dabei können sich die Gerichte auch nicht auf den Standpunkt stellen, dass sie zunächst das Tätigwerden des Gesetzgebers abwarten müssten (KG Berlin, Urteil vom 01.12.2017, Az. 21 U 19/12 und EuGH, Urteile vom 30.01.2018, Az. Rs. C-31/16; Rs. C-360/15).

Auswirkungen auf die Praxis

Fall 1:

Unterschreitung der Mindestsätze

Bis zu einer Abschaffung oder Änderung der HOAI sind Vereinbarungen über die Höhe des Honorars, welche die Mindestsätze unterschreiten, nach wie vor preisrechtlich unzulässig. Allerdings wird es in diesen Fällen erfolgreiche Klagen auf Zahlung der Mindestsätze aus den oben genannten Gründen in Zukunft nicht mehr geben. Vielmehr wird der Planer nur noch das geringere und preisrechtlich unzulässige Honorar erfolgreich durchsetzen können.

Fall 2:**Keine Vereinbarung zur Höhe des Honorars**

In diesem Fall war es bisher so, dass der Planer ebenfalls die HOAI-Mindestsätze einfordern konnte. Auch das wird in Zukunft nicht mehr möglich sein. Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen, § 632 Abs. 2 BGB. Ob die HOAI-Mindestsätze zukünftig die übliche Vergütung darstellen oder aber ob sich ein darunter oder auch darüber liegendes Preisniveau entwickelt, muss die Praxis zeigen und bleibt abzuwarten.

Fall 3:**Honorarvereinbarung nach HOAI**

Grundsätzlich unberührt von der zu erwartenden Entscheidung des EuGH bleiben die Fälle, bei denen die Parteien ein HOAI-konformes Honorar vereinbaren. Spannend zu erwarten sein wird, ob § 7 Abs. 1 HOAI mit dem Europarecht vereinbar ist, denn nach dieser Regelung muss das Honorar schriftlich bei Auftragserteilung vereinbart werden. Geht man davon aus, dass die Vorschrift ebenfalls gegen die Dienstleistungsrichtlinie verstößt, wofür einiges spricht, hätte dies zur Folge, dass die Parteien jederzeit und somit auch nach Auftragserteilung Vereinbarungen über die Höhe des Honorars treffen können.

Fazit

Vom Ausgang des laufenden Verfahrens zur Vereinbarkeit der HOAI mit dem Europarecht hängt es ab, ob Architekten und Ingenieure trotz vertraglich vereinbarter Unterschreitung der HOAI-Bestimmungen auch weiterhin die dort festgesetzte Mindestvergütung einklagen können. Die Tendenz geht aber ganz klar dahin, dass derartige Streitigkeiten bald der Vergangenheit angehören.

**Andreas Schramek**

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Verkehrsrecht

Arbeitsrecht
Arzthaftungsrecht
Verkehrsrecht
Strafrecht

1981 - 1986 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Regensburg

1986 - 1989 Rechtsreferendariat in Aschaffenburg und Würzburg

Seit September 1989 als Rechtsanwalt zugelassen

1992 Gründung der Kanzlei in Weimar

Seit 1996 Fachanwalt für Arbeitsrecht

Seit 2011 Fachanwalt für Verkehrsrecht

Mitglied der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein

**Christian Meier**

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht

Bau- und Architektenrecht
Bausträgerrecht
Vergaberecht

1983 - 1987 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Würzburg

1987 - 1990 Rechtsreferendariat in Aschaffenburg, Würzburg und Los Angeles

Seit 1990 zugelassen als Rechtsanwalt

1990 - 1994 Anwalt in einer wirtschaftsrechtlichen Kanzlei in Baden-Württemberg

Seit 1994 Partner der Sozietät Schramek, Meier & Kollegen in Weimar

Lehrbeauftragter der Bauhausuniversität Weimar

Mitglied des Vorstands der Arbeitsgemeinschaft Bau- und Immobilienrecht im DAV

Vorsitzender des Fachausschusses Vergaberecht bei der Thüringer Rechtsanwaltskammer

Autor zahlreicher Fachveröffentlichungen und Referent bei großen Fachtagungen

**Fee-Marie von Witzleben**

Rechtsanwältin
Fachanwältin für Familienrecht
Fachanwältin für Erbrecht
Zertifizierte Mediatorin

Erbrecht
Familienrecht

1988 - 1992 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Passau

1992 - 1996 Rechtsreferendariat in Erfurt

1997 Aufnahme der Tätigkeit bei Schramek, Meier & Kollegen in Weimar

Seit 2000 Fachanwältin für Familienrecht

Seit 2004 Partnerin der Kanzlei Schramek, Meier & Kollegen in Weimar

Seit 2008 Fachanwältin für Erbrecht

**Stefan Vasters**

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht

Bau- und Architektenrecht
Vergaberecht
Bausträgerrecht

Studium der Elektrotechnik und Rechtswissenschaften an den Universitäten Kaiserslautern und Jena

1998 - 2000 Rechtsreferendariat in Erfurt

Seit 2000 als Rechtsanwalt zugelassen

2000 - 2002 tätig als Rechtsanwalt in einer wirtschaftsberatenden Sozietät in Erfurt

Seit 2002 Rechtsanwalt, seit 2008 Partner der Kanzlei Schramek, Meier & Kollegen in Weimar

Seit 2006 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Seit 2018 Fachanwalt für Vergaberecht



Petra Schäfer

Rechtsanwältin
 Fachanwältin für Miet- und
 Wohnungseigentumsrecht

Mietrecht
Wohnungseigentumsrecht
Immobilienrecht

1986 – 1992 Studium der Rechtswissenschaften
 in Würzburg

1992 – 1995 Rechtsreferendariat in Schweinfurt
 und Würzburg

Seit 1995 als Rechtsanwältin zugelassen

Seit 2005 Fachanwältin für Miet- und
 Wohnungseigentumsrecht

Bis 2007 Rechtsanwältin in einer größeren Kanzlei
 in Halle / Saale

Seit 2008 bei RAe Schramek, Meier & Kollegen in
 Weimar



Jens Greskamp

Rechtsanwalt
 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
 Dipl.-Bauing.
 Schweißfachingenieur

Bau- und Architektenrecht
Vergaberecht

1994 – 1999 Studium des Bauingenieurwesens
 an der Bauhaus-Universität Weimar

2000 Ausbildung zum Schweißfachingenieur

2001 – 2005 Studium der Rechtswissenschaften
 an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

2005 – 2007 Rechtsreferendariat am Landgericht
 Erfurt

2008 – 2015 Tätigkeit in einer überörtlichen
 Sozietät in Heidelberg und Erfurt mit
 Schwerpunkt Bau- und Architektenrecht

Seit 2013 Fachanwalt für Bau- und Architekten-
 recht

Seit 2015 bei RAe Schramek, Meier & Kollegen in
 Weimar und seit 2018 Partner der Kanzlei



Bernhard Leisner

Rechtsanwalt

Bau- und Architektenrecht
Bauträgerrecht

Studium der Rechtswissenschaften an der
 Friedrich-Schiller-Universität Jena

2013 – 2015 Rechtsreferendariat am Landgericht
 Erfurt

Seit 2016 zugelassen als Rechtsanwalt

2016 Tätigkeit für eine Erfurter Rechtsanwalts-
 kanzlei mit baurechtlichem Schwerpunkt

Seit 2017 bei RAe Schramek, Meier & Kollegen in
 Weimar



Leonie Haupt

Rechtsanwältin

Familienrecht
Erbrecht

2008 – 2014 Studium der Rechtswissenschaften
 an der Philipps-Universität Marburg

2014 – 2016 Rechtsreferendariat am Landgericht
 Hanau mit Schwerpunkt Familienrecht

2017 – 2018 Tätigkeit in einer auf das
 Familien- und Erbrecht spezialisierten Kanzlei in
 Aschaffenburg / Bayern

Seit Januar 2019 bei RAe Schramek, Meier & Coll.
 in Weimar



Dr. Philipp Bollacher

Rechtsanwalt,
 Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
 Gesellschafter

Handels- und Gesellschaftsrecht
Mergers & Acquisitions
Gewerblicher Rechtsschutz
Immobilienrecht

1997 – 2002 Studium der Rechtswissenschaften
 an den Universitäten Tübingen und Berlin mit
 Studienaufenthalt in Chicago, Illinois / USA

2003 – 2005 Geprüfte wissenschaftliche Hilfskraft
 am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und
 Wirtschaftsrecht, Europarecht und Rechtsverglei-
 chung, Prof. Dr. Möschel, Universität Tübingen

2003 – 2004 Stipendiat der Landesgraduier-
 tenförderung des Landes Baden-Württemberg

2004 Promotion zum Dr. iur. bei Prof. Dr. Möschel,
 Universität Tübingen (Dissertation zum Thema
 „Internationales Privatrecht, Urheberrecht und
 Internet“)

2004 – 2006 Rechtsreferendariat am Landgericht
 Tübingen mit Ausbildungsabschnitten bei
 CMS Hasche Sigle, Stuttgart (Gesellschaftsrecht)
 und Dammholz & Co., Sydney, Australien
 (Internationales Wirtschaftsrecht)

2006 tätig als Rechtsanwalt in einer wirtschafts-
 beratenden Kanzlei in Frankfurt

Seit 2006 tätig als Rechtsanwalt und seit 2011
 Gesellschafter der Kanzlei RB Reiserer Biesinger
 Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Lehrbeauftragter an der Universität Heidelberg



Madelaine Isabelle Baade

Rechtsanwältin

Handels- und Gesellschaftsrecht

2008 – 2014 Studium der Rechtswissenschaften
 an der Universität Konstanz und an der Cardiff
 University mit Schwerpunkt Strafrecht

2014 – 2016 Rechtsreferendariat am Landgericht
 Frankenthal

Seit 2017 Rechtsanwältin bei RB Reiserer
 Biesinger Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Impressum

Herausgeber
 SMC Schramek, Meier & Coll. Part mbB, Weimar

Design
 mm.design Martina Meyer · Dipl. Grafikdesignerin,
 Heidelberg

Fotos SMC
 People: Matthias Eimer, Weimar
 Weimar: Andreas Schramek, fotolia



SCHRAMEK, MEIER & COLL.
RECHTSANWÄLTE

SMC SCHRAMEK, MEIER & COLL. Part mbB

Carl-von-Ossietzky-Straße 67 a . 99423 Weimar
Telefon: 036 43 - 86 57-0 . Telefax: 036 43 - 86 57-23
rechtsanwaelte@schramek-meier.de

www.rae-schramek-meier.de