

recht aktuell

Mandanteninformation der Rechtsanwälte

Große-Wilde & Partner GbR in Bonn

November 2003
Jahrgang 4, Ausgabe 3

Informationen für Mandanten

In dieser Ausgabe

- 1 GmbH-Gründung mit Vorratsgesellschaft
- 1 Neues zum Mietrecht
- 2 Gemeinsame Haftung von Vor- und Nachunternehmer
- 3 Fälligkeitsregelungen im Bauträgervertrag
- 3 Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung bei Baumängeln
- 3 Obergrenze für Vertragsstrafe bei 5 %
- 4 Doppeltätigkeit des Maklers
- 4 Innenprovision für Makler

Herausgeber:

Große – Wilde & Partner

Rechtsanwälte GbR

Kaiserstr. 15, 53113 Bonn

Tel: 0228/ 949302-0

Fax: 0228/949302-22

e-mail: info@grosse-wilde-bonn.de

internet: www.grosse-wilde.com

GmbH-Gründung mit Vorratsgesellschaft

von RA Franz M. Große-Wilde

Die Gründung einer GmbH unter Verwendung einer **Vorratsgesellschaft** ist ein üblicher Weg, wenn eine sofortige Aufnahme der Tätigkeit des Unternehmens erforderlich ist..

Als Vorratsgesellschaft bezeichnet man eine GmbH oder AG, wenn diese zunächst auf Vorrat mit dem Zweck der Vermögensverwaltung gegründet wird, ohne eine eigene Tätigkeit zu entfalten. Erst nach dem Verkauf der Geschäftsanteile an einen Dritten wird die Gesellschaft eingesetzt. Als Mantelgesellschaft bezeichnet man eine GmbH oder AG, die ihre Geschäftstätigkeit zunächst eingestellt hatte, aber im Hinblick auf eine spätere Wiederverwendung nicht gelöscht wurde. Derartige Mäntel werden zur Kostenersparnis eingesetzt.

Durch Beschluss vom 9. Dez. 2002 hatte der Bundesgerichtshof (BGH) die praktischen Anforderungen bei der Übertragung der Gesellschaft erhöht und die Risiken der Beteiligten verschärft. Denn der BGH betrachtet eine Übernahme einer Gesellschaft als eine **wirtschaftliche Neugründung**. Dies hat zur Folge, dass der Geschäftsführer bei Abschluss des Vertrages zur Übernahme der Gesellschaft zu versichern hat, dass die Stammeinlage sich weiterhin in seiner freien Verfügung befindet. Ansonsten müssen Ansprüche auf **Unterbilanzhaftung** in Betracht gezogen werden. Beim schnellen Erwerb von Betriebsmitteln für diese Gesellschaft kann eine „**verschleierte Sachgründung**“ mit allen damit bestehenden Risiken vorliegen.

Berücksichtigt man, dass das Gericht ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden **Gründungsvorschriften** des GmbH-Gesetzes entsprechend anzuwenden sind, so wird deutlich, dass es nicht nur um die Anmeldung

beim Registergericht geht, wenngleich auch die Entscheidung zu einem solchen Themenkomplex ergangen ist.

In einem weiteren Beschluss vom 7. Juli 2003 hat der BGH jetzt seine Rechtsprechung weitergeführt. Er hat dem Geschäftsführer einer Mantelgesellschaft aufgegeben, die wirtschaftliche **Neugründung** gegenüber dem Registergericht **offen zu legen**.

Gleichzeitig hat das Gericht für den **Einsatzzeitpunkt** einer etwaigen **Unterbilanz- oder Handelndenhaftung** explizit auf den Zeitpunkt der Offenlegung und damit praktisch der **Anmeldung zum Register** abgestellt.

Vorrats- und Mantelgesellschaften können unter der neuen Rechtsprechung also nach wie vor verwendet werden. Dennoch muss sich die Praxis bei der Verwendung von Vorratsgesellschaften auf die erhöhten Anforderungen einstellen.

Neues zum Mietrecht

von RAin Martina C. Große-Wilde

Der BGH hat in jüngster Zeit mehrere grundlegende Urteile zum Mietrecht erlassen, die jeder Vermieter und Mieter kennen sollte.

Kündigungsfristen

Mit Urteil vom 18. Juni 2003 hat der BGH entschieden, dass für vor dem 01. September 2001 abgeschlossene Mietverträge grundsätzlich die **alten Kündigungsfristen** gelten.

Nach dem neuen Recht, über welches wir mit unserer Ausgabe **recht aktuell 2/01** informiert hatten, kann der Mieter ein unbefristetes Mietverhältnis mit einer

Fortsetzung S.2

Fortsetzung von S. 1

Frist von 3 Monaten kündigen. Der Vermieter hingegen hat eine Kündigungsfrist von 3 Monaten, die sich nach 5 Jahren der Überlassung des Wohnraumes auf 6 Monate und nach 8 Jahren auf 9 Monate verlängert. Nach altem Recht hingegen kann der Mieter wie auch der Vermieter grundsätzlich nur kündigen mit einer Frist von 3 Monaten, die sich nach 5 Jahren auf 6 Monate, nach 8 Jahren auf 9 Monate und nach 10 Jahren auf 12 Monate verlängert. In **Härtefällen** hat der Mieter aber einen Anspruch auf vorzeitige Aufhebung des Mietverhältnisses, wenn er einen Ersatzmieter stellt.

Eigenbedarfskündigung

Mit zwei Urteilen vom 09. Juli 2003 hat der BGH entschieden, dass der Vermieter eine ihm gehörende freie Wohnung **im selben Haus** oder **innerhalb der Wohnanlage** dem Mieter als Ersatz anbieten muss. Allerdings nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist.

Ein Vermieter kann ein Mietverhältnis wegen Eigenbedarfs fristgerecht kündigen. Er muss dem Mieter aber eine andere ihm zur Verfügung stehende **freie Wohnung zur Anmietung anbieten**, sofern diese weitervermietet werden soll. Andernfalls ist die Kündigung rechtsmissbräuchlich und unwirksam. Der BGH hat dem jetzt Grenzen gesetzt. Die Verpflichtung beschränkt sich auf eine **im selben Haus** oder **in derselben Wohnanlage** befindliche Wohnung. Die Anbietspflicht **endet mit Ablauf der Kündigungsfrist**. Wird die Wohnung erst während des laufenden Räumungsrechtsstreits frei, dann muss sie nicht mehr angeboten werden.

Mietminderung

Mit Urteil vom 16. Juli 2003 hat der BGH entschieden, dass der Mieter eine **Mietminderung** auch noch nach einem längeren **Zeitraum** des Bestehens eines Mietmangels durchführen kann.

Nach der bis zum 01. September 2001 bestehenden Rechtslage verlor ein Mieter bei einem aufgetretenen Mietmangel sein Minderungsrecht, wenn er die Miete ungekürzt über einen längeren Zeitraum und ohne Vorbehalt weiterzahlte. Die Rechtsprechung sah im Regelfall eine

Frist von 6 Monaten als längeren Zeitraum an. Diese **Begrenzung** soll jetzt nach der Mietrechtsreform **nicht mehr haltbar** sein. Allein wegen des Ablaufs eines größeren Zeitraums soll das Minderungsrecht jetzt nicht mehr verloren gehen. Damit ist das Minderungsrecht aber auch nicht völlig ohne Einschränkung praktikierbar. Der Mieter kann bei Hinzutreten weiterer Umstände sein Minderungsrecht **verwirkt** oder stillschweigend darauf **verzichtet** haben.

Schönheitsreparaturen

Mit Urteil vom 14. Mai 2003 hat der BGH entschieden, dass eine **doppelte Renovierungspflicht** in einem Formularvertrag bei Wohnraum **unzulässig** ist.

Nach dem Mietvertrag war der Mieter verpflichtet, die laufenden Schönheitsreparaturen auszuführen. Gleichzeitig sollte er bei Beendigung des Mietverhältnisses die Mieträume auf jeden Fall renoviert zurückgeben.

Grundsätzlich ist der Mieter zur Renovierung von Mieträumen nur dann verpflichtet, wenn der Mietvertrag eine entsprechende Regelung enthält. Sieht der Mietvertrag eine Ausführung der laufenden Schönheitsreparaturen vor und außerdem eine Endrenovierung, dann kann die Regelung unangemessen sein. Das Ergebnis kann einmal sein, dass nur ein Teil der Regelung unzulässig ist. Das Ergebnis kann aber auch sein, dass die **gesamte Regelung unwirksam** ist. In diesem Fall muss der Mieter weder die laufenden Schönheitsreparaturen noch eine Endrenovierung vornehmen.

Nach einem Urteil des Oberlandesgericht (OLG) Celle vom 07. Mai 2003 soll das **nicht für gewerbliche Mietverträge** gelten. Ist der Abstand zwischen der letzten Renovierung und dem Ende des Mietverhältnisses allerdings extrem kurz, dann soll der Vermieter eine Endrenovierung nicht verlangen können. Die Regelung als solche soll aber grundsätzlich wirksam bleiben.

Unser Rat:

Prüfen Sie genau in allen Ihren Mietverträgen die Regelungen über die Renovierungspflichten. Solange das Mietverhältnis nicht gekündigt ist, sind Änderungen einfacher.

Gemeinsame Haftung von Vor- und Nachunternehmer

von Rechtsreferendar Thorsten Stahl

Das Verhältnis der Haftung zwischen dem Unternehmer des Vorgewerks (hier der Rohbauer) und dem des Nachgewerks (hier der Putzer) war rechtlich bisher nicht eindeutig geklärt. Jetzt hat der BGH im Juni 2003 für mehr Rechtssicherheit gesorgt.

In der Regel sind mehrere Unternehmen an einem Bauvorhaben beschäftigt. Zurückbleibende Mängel, die im Rahmen der Abnahme festgestellt werden, beruhen dabei nicht selten auf **Ausführungsfehlern mehrerer Unternehmen**. Werden beispielsweise im Rahmen der Abnahme Mauerrisse und Risse im Putz an den Außenwänden festgestellt, so lässt sich oftmals nicht eindeutig sagen, ob der Rohbauer oder der Putzer die Mängel verursacht hat. Fest steht aber zumeist, dass die **Mängelbeseitigung nur einheitlich** erfolgen kann, etwa durch Auftragen eines zusätzlichen Putzes oder eines Anstrichs.

Für diesen Fall haften nach Auffassung des BGH Vor- und Nachunternehmer **gemeinsam** und zwar im Innenverhältnis nach den gesetzlichen Vorschriften der §§ 421, 426 Abs. 1 BGB. Einer besonderen vertraglichen Abrede bedarf es nicht.

Der Bauherr kann also beide Unternehmer in Anspruch nehmen, auch wenn nicht zweifelsfrei feststeht, wer welchen Verursachungsbeitrag der Mängel zu verantworten hat. Insoweit enthält die Entscheidung eigentlich nichts Neues.

Neu ist dagegen, dass es nunmehr die Möglichkeit gibt, dem jeweiligen Verursachungsanteil von Vor- und Nachunternehmer gerecht zu werden. Der vom Bauherrn zunächst in Anspruch genommene Unternehmer ist danach berechtigt, entsprechend dem Verursachungsanteil des anderen Unternehmers von diesem intern einen **Ausgleich** zu verlangen.

Werden Sie als Unternehmer vom Bauherrn im Rahmen der Gewährleistung in Anspruch genommen, prüfen Sie stets, ob die Mängel nicht auch durch ein ebenfalls beim Bauvorhaben beauftragtes Unternehmen entstanden sein könnten.

Fälligkeitsregelungen im Bauträgervertrag

von RA Franz M. Große-Wilde

Fälligkeitsregelungen im Bauträgervertrag unterliegen immer wieder der Diskussion. Regelmäßig geht es darum, die Fälligkeit der Bauträgerraten herzustellen und zu vermeiden, dass die Bauträgerraten erst nach vollständiger Fertigstellung gezahlt werden müssen.

In einer Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 30. Sept. 2002 war im Vertrag vereinbart worden, dass die letzte Rate erst nach **vollständiger Fertigstellung** fällig wurde. Was unter vollständiger Fertigstellung zu verstehen ist, ist wegen der Formulierung in § 3 II der MaBV schon intensiv diskutiert worden. Mehrere OLGs hatten entschieden, dass eine vollständige Fertigstellung in diesem Sinne anzunehmen ist, wenn **alle Mängel**, insbesondere die so genannten Protokollmängel (aus dem Abnahmeprotokoll) vollständig beseitigt sind. Das OLG Düsseldorf schließt sich dieser Auffassung an, wobei es sich allerdings auf die **Protokollmängel** beschränkt.

Es müssen somit sämtliche Mängel behoben sein, die **bei der Abnahme** des Objektes von den Beteiligten festgestellt worden sind. Die vollständige Beseitigung dieser Mängel muss von demjenigen, der den restlichen Werklohn haben möchte, im gerichtlichen Verfahren bewiesen werden. Treten **nach Übernahme** weitere Mängel auf, so führt dies zu einer Veränderung der Beweislast. Für diese Mängel ist der Bauherr beweispflichtig.

Einen interessanten Hinweis erhält das Urteil auch noch im Hinblick auf **Sonderwünsche**. Für diese gilt grundsätzlich, dass deren Bezahlung mit der Abnahme des Objektes und dieser Sonderwünsche fällig wird. Ist also für Sonderwünsche keine besondere Regelung vereinbart, so ist die Rechnung für diese erst bei Übergabe des Hauses mit zu übergeben.

Unser Rat:

Formulieren Sie die Fälligkeitsregelungen sorgfältig, um nicht im Nachhinein hierüber Diskussionen zu haben. Gerade bei Sonderwünschen, die erheblich ins Geld gehen können, ist dies von großer Bedeutung.

Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung bei Baumängeln

von RA Franz M. Große-Wilde

Wann die Nachbesserung von Baumängeln **unverhältnismäßig** wird, ist in der Praxis von großer Bedeutung. Denn grundsätzlich ist der Unternehmer zur Nachbesserung verpflichtet. Aber oft steht der Aufwand hierfür völlig außerhalb des Nutzens für den Bauherrn.

In einer wenig beachteten Entscheidung vom 6. Dez. 2001 hat der BGH den Versuch unternommen, für diese Frage eine Lösung zu finden. Die bisherige Rechtsprechung zeichnete sich schon durch eine große Unklarheit aus. Sehr viel einfacher ist es auch jetzt nicht geworden, aber immerhin. Im Kern kann man folgende Maßstäbe anlegen:

1. Grundsätzlich muss der Unternehmer nachbessern, auch wenn dies hohe Kosten verursacht.
2. Eine Ausnahme besteht dann (Unverhältnismäßigkeit), wenn das Bestellerinteresse objektiv gering ist und für den Auftragnehmer ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand besteht.
3. Maßstab für dieses objektive Interesse des Bestellers ist der vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch.

Im konkreten Fall ging es um optische Mängel, nämlich Ausblühungen an der Fassade eines Wohnhauses. Hinzu kam noch die Verunreinigung einer Garagenfassade im rückwärtigen Grundstücksteil des Grundstückes, bei der noch Mörtelreste an der Wand klebten.

Obgleich die Beseitigung dieser Mörtelreste Kosten in Höhe von 30.000,00 DM verursachte, hat der BGH dies noch nicht als unverhältnismäßig angesehen. Wesentlich war, dass der Auftragnehmer die Mängel auch dadurch **verschuldet** hatte, dass er die notwendige Reinigung nach seiner Arbeit, die nach den anerkannten Regeln der Technik erforderlich war, nicht durchgeführt hatte.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass nach wie vor nur **in absoluten Ausnahmefäl-**

len das Nachbesserungsrecht entfällt. Dies kann im Einzelfall wegen der damit verbundenen erheblichen Kosten höchst nachteilig sein. Eine „Versicherung“ hiergegen gibt es nicht. Nur eine sorgfältige Bauausführung kann hier weiterhelfen

Obergrenze für Vertragsstrafe jetzt bei 5 %

von RA Franz M. Große-Wilde

Nach dem 1. März 2003 abgeschlossene Bauverträge dürfen keine Vertragsstrafe enthalten, die 5 % der Auftragssumme übersteigt.

In einer Entscheidung von Januar 2003 hat der BGH seine bisherige **langjährige Rechtsprechung aufgegeben**, in der er jedenfalls bis zu einer Auftragssumme von 13 Mio. DM eine Obergrenze von 10 % für zulässig angesehen hat. Für vor dieser Zeit abgeschlossene Verträge hat das Gericht der Branche **Vertrauensschutz** eingeräumt, so dass höhere Werte insoweit nicht beanstandet werden. Betroffen sind auch nur solche Vereinbarungen, die **Allgemeine Geschäftsbedingungen (ABG)** darstellen.

Hintergrund der Überlegungen des Gerichtes ist die Tatsache, dass durch eine Vertragsstrafe von mehr als 5 % der typische Gewinn des Auftragnehmers nicht nur aufgezehrt, sondern in einen Verlust umgekehrt wird. Damit würde sich die Vertragsstrafe nicht mehr in wirtschaftlich tragbaren Grenzen halten. Soweit Schadensersatzansprüche bestehen könnten, die diese Summe übersteigen, so muss dies diesen Ansprüchen vorbehalten bleiben.

Das Gericht hält es allerdings nach wie vor für zulässig, in **Individualvereinbarungen**, die besonders ausgehandelt sind, auch **höhere Prozentsätze** zu vereinbaren. Für die Praxis ist der Rückgriff auf Individualvereinbarungen allerdings immer problematisch.

Denn eine solche setzt voraus, dass die einzelne Vertragsklausel, um die es geht, „**ausgehandelt**“ wurde. Dafür reicht es nicht aus, wenn die Klausel gelesen und erörtert wurde. Es bedarf viel mehr der

Fortsetzung S.4

Fortsetzung von S. 3

Möglichkeit, die **Ausgestaltung** der Bedingung zu **beeinflussen**. Da derjenige, der von der Klausel Gebrauch machen will, die entsprechenden Umstände nachweisen muss, ist dies nicht einfach. Sind derartige Regelungen notwendig, so bedarf die Vertragsgestaltung deshalb einer **sorgfältigen rechtlichen Begleitung**.

Im übrigen sind die derzeitigen Grenzen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wie folgt zu ziehen. Insgesamt darf die Vertragsstrafe

- höchstens **5 %** der Auftragssumme betragen und
- einen Tagessatz von **0,15 %** pro **Werktag** nicht überschreiten.

Wir empfehlen, auf Sonn- und Feiertage bei der Berechnung zu verzichten, weil auch dies kritisch sein kann.

Beachte:

Die Verwirkung einer Vertragsstrafe setzt immer **Verzug** voraus. Ist kein bestimmter Kalendertag als Beginn vorgesehen, so ist eine Mahnung erforderlich.

Doppeltätigkeit des Maklers

von RAin Martina C. Große-Wilde

Die Doppeltätigkeit eines Maklers ist grundsätzlich **zulässig**, auch wenn dem Kunden die Doppeltätigkeit unbekannt war.

Das hat der BGH trotz viel Kritik noch einmal ausdrücklich durch Beschluss vom 30. April 2003 bestätigt. Eine Doppeltätigkeit des Maklers ist unzulässig, wenn sie zu einer vertragswidrigen Kollision mit den Interessen des ersten Auftraggebers führt. Der Makler kann dann seinen Provisionsanspruch verlieren.

Wird ein Makler aber für beide Seiten als **Nachweismakler** tätig, dann kann eine Interessenkollision nicht ohne weiteres eintreten. Das gilt auch, wenn der Makler eine besondere Vertrauensstellung hat. Das Gleiche gilt, wenn der Makler für eine Seite als Nachweismakler und für eine Seite als Vermittlungsmakler tätig ist.

Ist der Makler aber für beide Seiten als **Vermittlungsmakler** tätig, dann ist von einer Interessenkollision auszugehen. Der Doppelauftrag muss dann für beide Seiten wenigstens eindeutig erkennbar oder absehbar sein. Der Makler muss seine Doppeltätigkeit in diesem Fall bekannt geben. Sonst verliert er seinen Provisionsanspruch.

Innenprovision für Makler

von RAin Martina C. Große-Wilde

Bei Verkauf einer Immobilie ist der Verkäufer nicht ohne weiteres verpflichtet, den Käufer über die Zahlung einer Innenprovision an einen von ihm beauftragten Makler aufzuklären, so der BGH mit Urteil vom 14. März 2003.

Im zu entscheidenden Fall hatte der Verkäufer einer Immobilie einen Makler mit dem Verkauf beauftragt. Es kam zum Vertragsschluss. Von dem Kaufpreis erhielt der Makler seine Provision. Der Käufer hat den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung über den Verkehrswert der Immobilie angefochten, da er nicht über die im Kaufpreis verdeckt enthaltene Innenprovision aufgeklärt worden sei und der Kaufpreis zu hoch sei.

Innenprovisionen sind Vergütungen, die ein Verkäufer einem selbstständigen Unternehmer für die erfolgreiche Vermittlung eines Vertragsschlusses mit einem Endkunden zahlt. Eine derartige Zahlung verpflichtet den Verkäufer grundsätzlich **nicht** zur **Offenlegung** gegenüber dem Kunden. Die Innenprovision wirkt zwar kaufpreiserhöhend. Der Kaufpreis übersteigt damit auch regelmäßig den Wert der Immobilie. Der Käufer hat aber keinen Anspruch auf Erwerb des Objektes zu dem Verkehrswert. Der Kaufpreis darf nur **nicht wucherisch** sein. Der Verkäufer hat deshalb keine Pflicht zur Offenlegung des Wertes. Etwas anderes gilt, wenn der Makler zugleich **als Anlageberater** tätig war.

Für weitergehende Fragen und Anregungen stehen die Autoren gerne zur Verfügung.

Recht aktuell erscheint 3 mal jährlich im Februar, Juni und November. Die nächste Ausgabe wird am 15. Februar 2004 erscheinen.

Ergänzungen zu früheren Ausgaben

von RAin Martina C. Große-Wilde

Keine Vermittlungsprovision für Zeitarbeitsfirma

In **recht aktuell (2/03)** hatten wir über die Urteile des Landgericht (LG) Düsseldorf vom 25. Januar 2002 und des LG München I vom 17. April 2002 berichtet. Mit Urteil vom 03. Juli 2003 hat der **BGH** die Urteile jetzt **bestätigt**. Danach ist eine vertragliche Regelung, nach der der Entleiher dem Verleiher eine Vermittlungsprovision zu zahlen hat, wenn er den Leiharbeiter nach Beendigung des Leiharbeitsverhältnisses übernimmt, grundsätzlich unwirksam.

Teilzeit wider Willen

In **recht aktuell (3/02)** hatten wir über ein Urteil des LAG Düsseldorf vom 02. Mai 2002 berichtet. Ein Arbeitnehmer hatte beim Arbeitgeber eine Teilzeittätigkeit beantragt. Der Arbeitgeber hatte nach Auffassung des LAG nicht ausreichend mit dem Arbeitnehmer darüber verhandelt und die Teilzeittätigkeit aus organisatorischen Gründen abgelehnt. Das LAG entschied, dass der Arbeitgeber wegen dieses Fehlers verpflichtet war, den Arbeitnehmer dann gegen seinen Willen in Teilzeit weiter zu beschäftigen.

Das Bundesarbeitsgericht (**BAG**) hat durch Urteil vom 18. Februar 2003 **anders** entschieden. Danach verstößt der Arbeitgeber zwar gegen seine Verhandlungspflicht. Dies führt aber nicht dazu, dass der Arbeitgeber bestraft wird und seine Zustimmung fingiert wird. Der Arbeitgeber verliert nicht sein Recht, den Antrag des Arbeitnehmers auf Teilzeit abzulehnen.

Dennoch sollten Sie das vorgeschriebene **Verfahren** einhalten. Dies gilt auch für Kleinbetriebe, bei denen ein Anspruch auf Teilzeittätigkeit gar nicht besteht. Weil es eine neue Materie ist, die in der Praxis noch viele Fragen aufwirft, sollten Sie sich **vorher fachlich beraten** lassen.