

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich freue mich, Ihnen hiermit die aktuelle Ausgabe unseres InfoBriefs Wirtschaftsrecht vorzustellen.

Den spannenden Auftakt macht der Beitrag zu „eBay-Vertriebsverboten“. Trotz der überragenden Bedeutung, die das Internet als Absatzkanal hat, sind insbesondere aktuelle Trendprodukte namhafter Hersteller gerade bei ihrer Markteinführung nur in erlesenen Ladengeschäften erhältlich. Für den Zwischenhändler ist der Internetvertrieb oft die einzige Möglichkeit, Waren unters Volk zu bringen, während dem Hersteller daran gelegen ist, seine oftmals erheblichen Investitionen zu kompensieren. Wie aber verträgt sich ein „Internetverbot“ der Hersteller mit dem Kartellrecht?

Nach aktueller Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht und IT-Recht (Gewährleistung für Softwaremängel) stellen wir Ihnen noch bemerkenswerte Neuerungen im Widerrufs- und Fernabsatzrecht vor.

Wir wünschen Ihnen eine angenehme Lektüre und stehen Ihnen für Fragen gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Ihr Dr. Ludwig J. Weber, LL.M.

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Steuerrecht

Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

E-Mail: LWeber@schubra.de

Inhalt

Neuerungen im Widerrufs-
und Fernabsatzrecht

▶ **A. Beiträge**

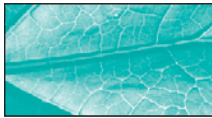
- | | |
|--|----------|
| I. eBay-Vertriebsverbote – zulässige Ausgestaltung oder kartellrechtswidrige Beschränkung des Wettbewerbs? | 2 |
| II. Stille Beteiligung an einer GmbH nicht als Teilgewinnabführungsvertrag in das Handelsregister einzutragen | 4 |

▶ **B. Aktuelle Rechtsprechung**

- | | |
|---|----------|
| BGH: Mängel einer Software – wer muss was darlegen und beweisen? | 5 |
|---|----------|

▶ **C. Gesetzgebung**

- | | |
|--|----------|
| Das neue Widerrufsrecht, jetzt auch gegenüber Handwerkern, und sonstige Verbraucherrechte | 7 |
|--|----------|



A. Beiträge

I. eBay-Vertriebsverbote – zulässige Ausgestaltung oder kartellrechtswidrige Beschränkung des Wettbewerbs?

1. Situation

Aus Sicht des Herstellers ist der Vertrieb seiner Produkte über das Internet eine zweiseitige Angelegenheit: Einerseits freut er sich über die größeren Absatzmärkte, andererseits will er auch seine stationären Händler nicht verprellen. Denn oftmals ist es erst die exklusive Produktpräsentation der Händler, die den Markenwert von Produkten maßgeblich prägt. Die Versuchung ist daher für Hersteller groß, ihren Händlern Einschränkungen in Bezug auf den Vertrieb der Produkte über das Internet im Allgemeinen aufzuerlegen und den Vertrieb über eBay, Amazon oder ähnliche Online-Plattformen im Speziellen zu verbieten. Diese Verbote beschäftigen die Gerichte immer wieder. Auf der einen Seite ist ein im Händlernetz vereinbartes generelles Verbot für Internetvertrieb stets unzulässig und führt im Zweifelsfall sogar dazu, dass der Händlervertrag insgesamt unwirksam ist. Auf der anderen Seite gehört es zur Freiheit des Wettbewerbs, die Auswahl der Wiederverkäufer an qualitative Kriterien zu knüpfen, auch wenn dies im Ergebnis zu einer Einschränkung des Internetvertriebs führen kann. In diesem Spannungsverhältnis bewegen sich die am Markt verwendeten Händlerverträge.

2. Problempunkte

Rechtlich wird dabei zumeist über die folgenden Punkte gestritten:

- Stellt eine Regelung, die auf ein Vertriebsverbot über Internetplattformen wie eBay oder Amazon hinausläuft, eine absolut verbotene Kernbeschränkung dar?
- Ist die Vereinbarung aus Sicht des Herstellers zur Gewährleistung der durch sie verfolgten Ziele erforderlich?
- Werden die Kriterien durch den Hersteller einheitlich und diskriminierungsfrei angewendet?

a) Absolut verbotene Kernbeschränkung?

Sogenannte Kernbeschränkungen der Wettbewerbsfreiheit sind kartellrechtlich immer verboten. Eine Solche wäre etwa die Vereinbarung eines generellen Verbotes des Internetvertriebs in Händlerverträgen. In einigen Entscheidungen sind Gerichte (Landgericht Kiel, Urteil vom 08.11.2013, MMR 2014, 183; mit

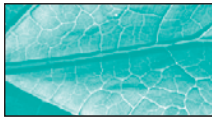
Einschränkungen auch: Kammergericht Berlin, Urteil vom 19.09.2013, MMR 2013, 774) darüber hinaus zu folgendem Schluss gekommen: „Da sich ein Großteil der Verbraucher im Internet ausschließlich an Plattformen wie eBay oder Amazon orientieren, wirkt für diese Käufergruppe eine mit Händlern vereinbarte Untersagung des Angebots auf diesen Plattformen wie ein generelles Internetverbot und eine Kundenkreisbeschränkung“. Dieser Auffassung nach wären eBay-Verkaufsverbote quasi immer verboten. Bislang wird diese Ansicht nur in Einzelfällen vertreten und der überwiegende Teil der Rechtsprechung sieht dies richtigerweise anders. Denn angesichts der nach wie vor großen Dynamik des Internets, das nahezu täglich neue Absatzkanäle hervorbringt, kann das Verbot eines einzelnen solchen Kanals nicht mit einem generellen Internetverbot gleichgesetzt werden.

b) Erforderlichkeit einer Beschränkung

Auch außerhalb von Kernbeschränkungen haben Vereinbarungen, die im Rahmen selektiver Vertriebssysteme eine Beschränkung des Händlers in seinen Absatzmöglichkeiten zur Folge haben, häufig einen wettbewerbsbeschränkenden Charakter. Eine solche Regelung kann dann aber durch eine Gefahr für Produkte, Marke oder Unternehmensimage gerechtfertigt sein. Entscheidend ist also, ob durch das Angebot auf eBay oder Amazon tatsächlich eine Gefahr für Produkte, Marke oder Unternehmensimage droht.

Wann dies der Fall ist, ist nicht abschließend geklärt. Jedenfalls im Hinblick auf eBay hat neben dem Oberlandesgericht Karlsruhe (Urteil vom 25.11.2009, MMR 2010, 175) jüngst auch das Kammergericht Berlin (Fundstelle s.o.) im Fall eines großen Schultaschenherstellers ein Gefahrenpotential erkannt. Das Kammergericht Berlin vertritt die Auffassung, dass das Produktimage von Waren bei einem Absatz über die Plattform eBay beeinträchtigt werden kann, weil das Image von eBay in der Öffentlichkeit in der Nähe eines Flohmarktes stehe und auch im Zusammenhang mit Fälschungen von Markenartikeln genannt werde. Daraus folge ein Image von eBay, das geeignet sei, das Produktimage der darauf angebotenen Markenartikel hinsichtlich deren besonderen Qualitätsniveaus zu beeinträchtigen. Widerspricht diese „Gefahr der Verramsung“ objektiv und nachweislich der Vermarktungspolitik des Herstellers, dürfe er dieser Gefahr durch objektive Auswahlkriterien in selektiven Vertriebsvereinbarungen begegnen.

Eine Verallgemeinerung dieses Gedanken über den Einzelfall hinaus lässt sich zwar nur schwer vornehmen. Im konkreten Fall fand das Kammergericht Berlin allerdings, wenn der Hersteller sein Produkt ebensolange sequent hochpreisig und exklusiv vermarkte, dann sei ein Vertriebsverbot für Händler über eBay grundsätzlich nicht zu beanstanden (vgl. KG Berlin, Urteil vom



19.09.2013, MMR 2013, 774). Im Ergebnis ähnlich hat sich auch das Oberlandesgericht München (Urteil vom 02.07.2009, GRUR-RR 2009, 394) in einem anderen Fall geäußert. Hinsichtlich anderer Marktplätze – wie etwa Amazon – blieb die Frage bislang offen, da sich die zu eBay getroffenen Feststellungen nicht 1:1 auf andere Anbieter anwenden lassen. Nebenbei erteilte das Berliner Gericht der in der juristischen Diskussion häufig anzutreffenden Differenzierung zwischen normalem eBay-Angebot und der Präsentation in einem eBay-Shop eine klare Absage.

Den noch in der Vorinstanz vom Landgericht Berlin (Urteil vom 21.04.2009, MMR 2010, 39) vertretenen, wesentlich restriktiveren Ansichten, (1) dass es zur Rechtfertigung entsprechender Beschränkungen der „*Aura prestigeträchtiger Exklusivität*“ der Produkte bedürfe, (2) dass einer Schultasche – noch dazu vom Marktführer (40% Marktanteil) – aufgrund ihrer objektiven Eigenschaft als alltäglicher Gebrauchsgegenstand grundsätzlich diese „*Aura prestigeträchtiger Exklusivität*“ fehle und die entsprechenden Vorgaben deshalb weder durch ihre Eigenschaften, noch zur Wahrung ihrer Qualität oder ihres richtigen Gebrauchs erforderlich seien, und (3) dass ein Verkauf über eBay keine Verbindung zu objektiven Produkteigenschaften aufweise, schloss sich das Kammergericht Berlin ausdrücklich – und mit Recht – nicht an. Auch wenn sich die Erwägungen des Landgerichts Berlin nicht so einfach von der Hand weisen lassen, so muss doch die Strategie seiner Produktvermarktung ureigenste Aufgabe des Herstellers bleiben. Der korrigierende Eingriff des Gerichtes, das offenbar anhand der beobachteten Marktgegebenheiten eine andere Strategie für objektiv sinnvoller hielt, ist nach der Auffassung des Kammergerichtes und der wohl herrschenden Meinung auch gesetzlich nicht vorgesehen. Die Gefahren für seine Produkte, Marke oder Unternehmensimage eines Herstellers legt somit nach wohl überwiegender Rechtsprechung der Hersteller selbst fest. Ob er diesen Gefahren auf berechnete Art und Weise begegnet, gehört dagegen zur Prüfungskompetenz der Gerichte.

c) Diskriminierungsfreie Anwendung

Als großes praktisches Problem entpuppen sich jüngst einige Ungleichbehandlungen durch Hersteller zwischen dem Vertrieb über Einzelhandel und Onlinehandel. Auch wenn der Hersteller in seinen selektiven Vertriebsvereinbarungen eine zulässige Klausel integrieren konnte, so nützt diese ihm nichts, wenn er seine Vorgaben nicht einheitlich und diskriminierungsfrei anwendet. Hierfür muss er sein Händlernetz überwachen, Verletzungen durch Dritte im Händlernetz beanstanden – und sich auch selbst an diese Vorgaben halten. Tut er dies nicht, diskriminiert er einzelne oder mehrere Händler des Vertriebsnetzes mit dem Effekt, dass die beschränkenden Vertragsklauseln unwirksam sind, er aber trotzdem weiter liefern muss.

In der oben angeführten Berliner Entscheidung des Kammergerichtes wurde dem Schultaschenhersteller die – in seinem Fall – zulässige Vereinbarung, die auf einen Ausschluss des eBay Vertriebs hinauslief, im Ergebnis wieder aus der Hand geschlagen, weil er seine Produkte (als Sonderposten) über einen Discounter vertrieb: Dadurch habe er die seinen Händlern auferlegten Qualitätsvorgaben selbst umgangen und die am Onlineverkauf interessierten Händler im Vertriebsnetz diskriminiert. Die Vereinbarung war demnach unwirksam und der Schultaschenhersteller unterlag in Berlin letztlich allein aufgrund dieses widersprüchlichen Verhaltens. Auch das Landgericht Kiel hat sich in der erwähnten Entscheidung unter anderem auf diesen Aspekt gestützt.

3. Achtung: Marktführer im Nachteil

In Märkten, in denen Hersteller oder mit Ihnen verbundene Händler einen Marktanteil von 30 % oder mehr halten, ist nach der Rechtsprechung die Möglichkeit zum Abschluss der oben genannten Vereinbarungen gänzlich genommen.

Der Grund liegt in der komplizierten Gesetzeslage: Die hier besprochenen Vereinbarungen fallen regelmäßig unter das Kartellrecht und werden ab einem Marktanteil der Beteiligten von 5 % allgemein als wettbewerbsbeschränkend angesehen. In der Regel greift aber die Ausnahme der sog. Freistellung (nach der sog. „EU-Gruppenfreistellungsverordnung“) die eine solche Vereinbarung zulässt. Diese Ausnahmeregelung greift dagegen nicht, wenn eine der vertikal agierenden Parteien mehr als 30 % Marktanteil auf dem jeweiligen Markt innehat. Das Verhalten bleibt verboten, sodass die Vereinbarung unwirksam wäre und schlimmstenfalls mit ihr die gesamte Händlervereinbarung.

4. Fazit

Die hier besprochenen Vereinbarungen sind zumindest kartellrechtlich immer relevant und das Kartellrecht ist extrem scharf bewaffnet. An den Berührungspunkten besteht daher ein erheblicher Beratungsbedarf. Die entscheidende Expertise – nicht nur im Bereich des Internetvertriebs – kann hier ein entscheidender Wettbewerbsvorteil sein und Bedeutung für das gesamte Händlernetz haben. Neben der zersplitterten Rechtsauffassung der Gerichte bilden auch die sich laufend ändernden europäischen Regelungen sowie die jeweilige Auffassung der Europäischen Kommission hohe Unsicherheitsfaktoren.

Nils Andersson-Lindström

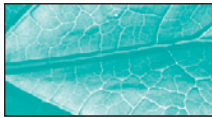
Rechtsanwalt

E-Mail: NLindstroem@schubra.de

Alexander Leucht

Rechtsanwalt

E-Mail: ALEucht@schubra.de



II. Stille Beteiligung an einer GmbH nicht als Teilgewinnabführungsvertrag in das Handelsregister einzutragen

Mit Beschluss vom 24. März 2014 (Az: 12 W 43/12) hat das Kammergericht Berlin über eine Beschwerde betreffend eine Handelsregisteranmeldung entschieden. Im vorliegenden Fall hatten sich mehrere Personen als stille Gesellschafter an einer GmbH beteiligt. Als solche sollten die stillen Gesellschafter jeweils eine Beteiligung am Gewinn der GmbH erhalten. Die beantragte Eintragung dieser stillen Beteiligungen als Teilgewinnabführungsverträge hat das zuständige Handelsregister, wie das Kammergericht meint zu Recht, zurückgewiesen.

In aller Regel ist gerade ein Vertrag über eine stille Beteiligung an einer GmbH darauf gerichtet, den Stillen am Gewinn der GmbH zu beteiligen. Es handelt sich daher regelmäßig um einen Teilgewinnabführungsvertrag. Im Gegensatz zum Aktienrecht, wo u.a. eine Handelsregistereintragung Wirksamkeitsvoraussetzung für einen Teilabführungsvertrag ist, regelt das GmbH-Recht die Behandlung solcher Unternehmensverträge jedoch nicht ausdrücklich. Die gesellschaftsrechtliche Diskussion dreht sich hier seit geraumer Zeit um die Frage, ob auch im Falle der GmbH die Eintragung eines Teilgewinnabführungsvertrages im Handelsregister für dessen Wirksamkeit notwendig sein soll.

Folgt man der Auffassung, die die Handelsregistereintragung als Wirksamkeitsvoraussetzung ansieht, so wäre die wirksame Begründung einer wirklich stillen, also auch nicht aus dem Handelsregister ersichtlichen Beteiligung an einer GmbH nicht möglich. Dies hätte zudem auch Konsequenzen für ähnliche Rechtsverhältnisse, beispielsweise partiarische Darlehen, bei denen der Darlehenszins (auch) vom Unternehmenserfolg abhängt. Vertreter dieser Auffassung begründen die Notwendigkeit der Handelsregistereintragung insbesondere damit, dass ein Teilgewinnabführungsvertrag in das Recht der Gesellschafterversammlung, über die Verteilung des Gewinns zu entscheiden, eingreife. Damit komme dem Teilgewinnabführungsvertrag satzungändernder Charakter zu. Daher müsse der Abschluss eines Teilgewinnabführungsvertrages auch den GmbH-rechtlichen Regelungen für eine Satzungsänderung (notariell beurkundeter Beschluss und Handelsregistereintragung) unterliegen.

Demgegenüber vertritt insbesondere die Rechtsprechung, wie hier, die Auffassung, dass ein Teilgewinnabführungsvertrag in Form einer stillen Beteiligung an einer GmbH lediglich eine schuldrechtliche Vereinbarung darstelle, die nicht in die gesellschaftsrechtliche Organisation der GmbH und die

Rechte der Gesellschafter eingreife. Insoweit stellt die herrschende Rechtsprechung den Vertrag über eine stille Beteiligung trotz der gewinnabhängigen Vergütung etwa einem Darlehensvertrag gleich. Sie lehnt daher die Eintragungsnotwendigkeit und damit auch die Eintragungsfähigkeit in das Handelsregister ab. Etwas anderes, so die Rechtsprechung, gelte aber für Verträge, nach denen der vollständige Gewinn abzuführen ist (Gewinnabführungsverträge) oder sich die GmbH der Leitungsmacht eines anderen Unternehmens unterwirft (Beherrschungsverträge). Diese Verträge sollen satzungsändernden Charakter haben und daher als Gewinnabführungs- bzw. Beherrschungsvertrag eintragungspflichtig sein.

Die Linie der Rechtsprechung ist nachvollziehbar, birgt allerdings ein bislang noch nicht ausgeräumtes Problem: Die bisherigen Entscheidungen zur Frage der Eintragung einer stillen Beteiligung als Teilgewinnabführungsvertrag bezogen sich, soweit ersichtlich, stets auf abgelehnte Eintragungseinträge zum Handelsregister. Es sind also registerrechtliche Entscheidungen, bei denen die Gesellschaft Beschwerde gegen die Nichteintragung durch das Registergericht eingelegt hatte.

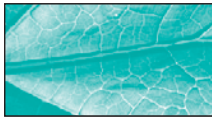
Bislang nicht ersichtlich sind Entscheidungen, bei denen die materielle Frage im Raume stand, ob eine stille Beteiligung ohne Handelsregistereintragung wirksam begründet worden ist. Eine solche Entscheidung würde etwa in einem Klageverfahren zwischen dem Stillen und der GmbH über die Wirksamkeit der stillen Gesellschaft ergehen können. Zwar ist zu erwarten, dass ein mit einer solchen Sache befasstes Gericht bei der Linie der registerrechtlichen Entscheidungen bleiben wird. Dies ist aber nicht zwingend. Sollte daher ein Gericht im Streit zwischen Stillen und GmbH von der Linie der registerrechtlichen Entscheidungen abweichen, hätte dies die bedenkliche Konsequenz, dass einerseits ein Gericht die Eintragung als Wirksamkeitsvoraussetzung fordern, andererseits aber das Handelsregister die Eintragung ablehnen könnte, weil diese nach seiner Auffassung gerade nicht erforderlich sei. In diesem Fall wäre die wirksame Begründung einer stillen Beteiligung nicht möglich.

Möchte man das vorgenannte Restrisiko minimieren, so könnte man beispielsweise für die Beteiligung des Stillen an einer anderen Größe als am Jahresüberschuss/Bilanzgewinn der GmbH festmachen, beispielsweise am Umsatz oder Ergebnis eines bestimmten Geschäftsbereichs, dem Gewinn einer Tochtergesellschaft oder am Gesamtergebnis einer Unternehmensgruppe.

Thomas Dömmecke

Rechtsanwalt

E-Mail: TDoemmecke@schubra.de



B. Aktuelle Rechtsprechung

BGH: Mängel einer Software – wer muss was darlegen und beweisen?

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in einem aktuellen Fall (BGH, Urteil vom 5. Juli 2014 – VII ZR 276/13) gewährleistungsrechtliche Fragen bei Softwareherstellung entschieden.

Oftmals ist der Satz zu hören: „Keine Software ist ohne Fehler“. Teils wird dies als „Binsenwahrheit“ angesehen, teils findet sich diese Aussage aber in AGB der Softwarehersteller mit dem Ziel, Gewährleistungsansprüche für „Standardfehler“ auszuschließen. Allerdings ändert all dies nichts daran, dass jeder Fehler einer Software grundsätzlich einen Mangel darstellt. Lediglich kann die Rechtsfolge von kleineren Mängeln eine andere sein als von funktionsbeeinträchtigenden erheblicheren Mängeln.

Die Kernfragen, die der BGH nun entschied, lauteten:

- Was muss der Besteller zum Mangel prozessual vortragen, um sein Gewährleistungsrecht geltend zu machen?
- Gilt die Übernahmeerklärung des Bestellers gegenüber dem Leasinggeber zugleich als Abnahmeerklärung gegenüber dem Hersteller der Software?

1. Sachverhalt zum BGH-Fall

Die Klägerin beauftragte die Beklagte mit der Installation, Einrichtung und Anbindung einer Software der Beklagten an die von der Klägerin genutzten Onlineshops. Die Klägerin finanzierte den Erwerb durch Leasing. Nach Rechnungsstellung erklärte die Klägerin gegenüber der Leasinggeberin die Übernahme der Software als funktionsfähig, vollständig und vertragsgemäß, obwohl, wie die Klägerin und die Beklagte wussten, die Software nicht vollständig funktionstüchtig war, sondern erhebliche Mängel hatte. Die Leasinggeberin zahlte den Kaufpreis. Danach stritten die Klägerin und die Beklagte über Funktionsdefizite der Schnittstellen zu den Online-Portalen.

2. Die Vorinstanz (OLG Celle)

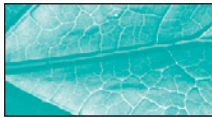
Das OLG lehnte Gewährleistungsrechte der Klägerin ab. Die Klägerin sei für den Mangel darlegungs- und beweispflichtig, da die Klägerin die Software bereits abgenommen habe. Nach Ansicht des OLG hat die Klägerin ihre Prüfungspflicht gegenüber der Leasinggeberin verletzt, als sie dieser mit der Übernahmeerklärung die Ordnungsgemäßheit mitteilte. Die dadurch ausgelöste Zahlung der Leasinggeberin an die Beklagte legte das OLG als

Abnahmeerklärung gegenüber der Beklagten aus. Nach der Abnahme trägt indes der Besteller, hier die Klägerin, die Darlegungslast für den Mangel. Das Berufungsgericht meinte, die Klägerin habe den Mangel nicht hinreichend dargelegt. Sie hätte im Prozess vielmehr vortragen müssen, was die Parteien über die zu erstellende Software vereinbart hatten und welche vereinbarte Funktion nicht habe durchgeführt werden können. Änderungswünsche während des Gebrauchs der Software hätten kenntlich gemacht werden müssen.

3. Die Entscheidung des BGH:

Der BGH hob das Urteil des OLG auf und verwies den Rechtsstreit zurück. Im Wesentlichen stellte der BGH auf Folgendes ab:

- a) Der BGH ordnete den Vertrag als Werkvertrag ein. Gegenstand des Vertrages sei die Anpassung der Software der Beklagten an die Bedürfnisse der Klägerin und die Schaffung von Schnittstellen zu Onlineshops gewesen. Folglich war ein Erfolg als Ergebnis einer individuellen Tätigkeit für die Klägerin geschuldet, was wesentliches Merkmal des Werkvertrages ist.
- b) Anders als das OLG sah der BGH in dem prozessualen Vortrag der Klägerin eine hinreichende Darlegung der Mängel. Nach Ansicht des BGH genügt ein Besteller dieser prozessualen Darlegungslast, „wenn er Mangelerscheinungen, die er der fehlerhaften Leistung des Unternehmers zuordnet, genau bezeichnet“. Diesen Anforderungen sei die Klägerin mit der Behauptung gerecht geworden, die Beklagte sei zur Herstellung der Schnittstellen verpflichtet gewesen und diese Schnittstellen funktionierten nicht, da ein automatischer Datenaustausch nicht stattgefunden habe.
- c) Darüber hinaus, und dies dürfte bei Bestellern für Aufatmen sorgen, muss der klagende Besteller auch nach einer Abnahme der Werkleistung die Ursachen eines Mangels nicht darlegen. Ob, so entschied der BGH, die Ursachen der Mangelerscheinung tatsächlich in einer vertragswidrigen Beschaffenheit der Leistung des Unternehmens zu suchen sind, ist Gegenstand des Beweises und nicht des Sachvortrages. Das „Warum“ eines Mangels muss also der gerichtlich bestellte Sachverständige ermitteln und muss der klagende Besteller gar nicht erst vortragen.
- d) Sodann führte der BGH zu der zweiten Frage aus, ob überhaupt eine Abnahme stattgefunden habe. Das OLG hatte aus der vorbehaltlosen Zahlung durch den Leasinggeber auf eine wirksame Abnahme geschlossen. Begründet hat es diese Annahme damit, dass die Klägerin gegenüber der Leasinggeberin die Software als vollständig, voll funktionsfähig und vertragsgemäß angegeben und die Übernahme bestätigt hatte.



Diese Übernahmeerklärung erfolgte aber nur gegenüber der Leasinggeberin, wenngleich sie Ursache dafür war, dass die Leasinggeberin den Kaufpreis vorbehaltlos an die Beklagte entrichtete. Das OLG rechnete dieses Verhalten der Leasinggeberin zu und sah hierin die Abnahmeerklärung.

Diesem Verständnis und dieser Auslegung widersprach der BGH. Eine ausdrückliche Abnahme ist im vorliegenden Fall indes gegenüber der Beklagten nicht erklärt worden. Der BGH lehnte ferner auch eine „konkludente“ Abnahme, also eine Abnahme durch schlüssiges Handeln als Inhalt der Übernahmeerklärung, ab. Denn, so der BGH, zum Zeitpunkt der Übernahmeerklärung waren die Schnittstellen nicht funktionsfähig, was Beklagte und Klägerin wussten, so dass die Beklagte aus dem Verhalten der Klägerin gegenüber der Leasinggeberin nicht auf eine Billigung der Software als vertragsgemäß hätte schließen können. Der BGH sieht in der bloßen Übernahmeerklärung der Klägerin gegenüber der Leasinggeberin, die Software im vertragsgemäßen Zustand erhalten zu haben, eben nicht mehr als die bloße Erklärung, die Software körperlich übernommen zu haben. Eine Abnahme gegenüber dem Besteller sei hierin nicht zu sehen.

- e) In Ermangelung einer Abnahme hat im weiteren Prozess nunmehr die Beklagte darzulegen und zu beweisen, dass die Schnittstellen mangelfrei und die Software abnahmefähig ist – ein erheblicher prozessualer Vorteil für die Klägerin. Denn gelingt dieser Beweis nicht, hat das Gericht der Klägerin die Gewährleistungsrechte zuzusprechen.

4. Fazit und Ausblick

Die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen im Softwarebereich ist schon für sich genommen aufgrund des Umstandes schwierig, dass oftmals kaum feststellbar ist, was überhaupt die geschuldete Leistung ist. Häufig enthalten Softwareprojektverträge nur unvollständige Aussagen hierzu und spätere Anpassungen und Präzisierungen der Leistungen werden nicht in der vertraglich erforderlichen Form vereinbart.

Diese Rechtsunsicherheit kann jede Partei benachteiligen: Vor der Abnahme hat der Softwarehersteller das Nachsehen aus derartigen Unsicherheiten; nach der Abnahme liegt der „schwarze Peter“ beim Besteller, da er beweisen muss, was vereinbart war.

Für die Softwarehersteller lehrt das Urteil des BGH, dass die Übernahmeerklärung gegenüber dem Leasinggeber, auch wenn sie noch so klar die Vertragsgemäßheit der Software bestätigt, keineswegs gleichzusetzen ist mit der

Abnahmeerklärung gegenüber dem Werkunternehmer. Die Anforderungen an die rechtssichere Abnahme sind nicht zu unterschätzen.

Darüber hinaus ist die technische Feststellung von Funktionsdefiziten für die klagende Partei stets eine besondere Herausforderung. So setzt dies etwa die Reproduzierbarkeit des Mangels sowie die „gerichts-feste“ Dokumentation des Mangels voraus. Bedarf es für diese Feststellung des Zugriffs auf einen Server, ist es dem Besteller z. B. bei webbasierten Anwendungen, allein räumlich oft nicht möglich, den Fehler feststellen zu lassen. Gleiches gilt, wenn infolge der außergerichtlichen Streitigkeit dem Besteller der Zugriff auf die Software entzogen wird. Die gerichtliche Beweisaufnahme durch Sachverständigen-gutachten kann voraussetzen, dass der Sachverständige Zugang zum Server erhält und dort auch die Software in der streitrelevanten Versionsfassung gespeichert und prüfbar ist. Eine Klage ohne vorherige Einschätzung eines Sachverständigen ist für einen Anwender insoweit mit erheblichen tatsächlichen Risiken verbunden. Das aktuelle Urteil des BGH mag hier ein wenig Entlastung bringen, da eben nur das Funktionsdefizit, nicht aber die Ursache vorgetragen werden muss. Gleichwohl bleibt auch weiterhin zu empfehlen, vor einer Klage die Einleitung eines gerichtlichen selbstständigen Beweissicherungsverfahrens in Erwägung zu ziehen.

Gerade für komplexe Softwareprojekte empfiehlt sich begleitende rechtliche Beratung, die möglichst schon von Beginn und in allen Projektphasen erfolgt:

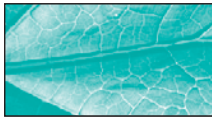
- in der Phase der Verhandlung eines Vertrages – eine präzise Vertragsgestaltung bietet Rechtsicherheit für alle Parteien;
- in der Phase der Projektdurchführung – vertragsgerechte und wirksame Anpassungen und Ergänzungen der geschuldeten Leistungen; professionelle Überwachung der vertraglichen Formalien, Fristen und Termine;
- in der Phase von Leistungsstörungen vor und nach Projektabschluss – frühzeitige Beweissicherung zur Wahrung und Durchsetzung der Rechte und Ansprüche; die förmliche Gestaltung und Definition der Abnahmeregelungen und die Einhaltung des vereinbarten Abnahmeprozesses entscheiden über Erfolg und Misserfolg im Gewährleistungsfall.

Dr. Michael Rozijn

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Informationstechnologierecht

E-Mail: MRozijn@schubra.de



C. Gesetzgebung

Das neue Widerrufsrecht, jetzt auch gegenüber Handwerkern, und sonstige Verbraucherrechte

Dass der Verbraucher nach der seit dem 13. Juni 2014 geltenden Rechtslage die Kosten der Rücksendung zu tragen hat, auch wenn der Warenwert 40,00 Euro übersteigt, ist in aller Munde. Die Gesetzesänderung („Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung“) bringt jedoch noch einige weitere bemerkenswerte Neuerungen mit sich. Diese Änderungen müssen nicht nur Betreiber von Online-Plattformen oder Online-Dienstleistungen beachten, sondern lösen auch für andere Unternehmen, die im klassischen „Offline“-Geschäft tätig sind, Handlungsbedarf aus. Arbeitsabläufe wie auch die Online-Bestellroutine sind entsprechend anzupassen. Darüber hinaus sind Zusatzkosten aufgrund von Auftragswidersprüchen auch bei solchen Unternehmen zu kalkulieren, die bislang keine Widerrufe befürchten mussten. Aufgrund der nach wie vor relativ komplexen Gesetzesgestaltung, die diverse Sonderregeln für bestimmte Verträge (bspw. im elektronischen Geschäftsverkehr oder über Finanzdienstleistungen) über den Widerruf sowie weitere Informationspflichten rund um den Verbraucherschutz enthält, ist die folgende Darstellung keinesfalls abschließend zu verstehen und ersetzt auch keine Einzelfallbewertung:

1. Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (sog. „AGV“)

Statt dem bisherigen Haustürwiderrufsrecht steht dem Verbraucher jetzt ein Widerrufsrecht bei Verträgen zu, die außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmens geschlossen werden.

Geschäftsräume sind zum einen unbewegliche Gewerberäume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit dauerhaft ausübt, insbesondere Ladengeschäfte. Zum anderen gilt der Begriff „Geschäftsräume“ auch für bewegliche Gewerberäume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit gewöhnlich, d.h. nicht nur sporadisch, ausübt, etwa Stände, Verkaufswagen oder Verkaufsbuden. Einkäufe auf Wochenmärkten dürften demnach regelmäßig kein Widerrufsrecht begründen.

Dabei genügt es, wenn zumindest der Verbraucher sein Vertragsangebot außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmens bei gleichzeitiger körperlicher Gegenwart

beider Parteien abgegeben hat, und der Unternehmer das Angebot erst später annimmt. Dies gilt selbst dann, wenn der Verbraucher den Unternehmer zuvor zu sich bestellt hat, außer, es handelt sich um dringende Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten.

Aber auch innerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers geschlossene Verträge unterfallen dem Widerrufsrecht, wenn der Unternehmer den Verbraucher unmittelbar zuvor -außerhalb seiner Geschäftsräume - persönlich und individuell angesprochen hat, und den Verbraucher dadurch quasi in seine Geschäftsräume „gelockt“ hat. Auch begründet ein nach einer derartigen Ansprache telefonisch oder über Internet geschlossener Vertrag ein Widerrufsrecht.

Schließlich steht dem Verbraucher bei Verträgen per se ein Widerrufsrecht zu, die auf Ausflugsveranstaltungen wie Kaffeefahrten geschlossenen werden.

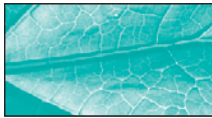
Mit der neuen Regelung wird die bisherige Rechtslage, wonach nur Haustürgeschäfte und Überrumpelsituationen erfasst waren, erheblich ausgedehnt. Vom Widerrufsrecht neu betroffen sind nun z. B. auch Handwerker, wenn sie etwa auf der Baustelle (Ergänzungs-) Aufträge verhandeln oder abschließen.

Ausgenommen vom Widerruf sind u.a. wie bisher Geschäfte, bei denen das vom Verbraucher zu zahlende Entgelt nicht mehr als 40,00 Euro beträgt und beide Parteien die von ihnen geschuldeten Leistungen sofort erbringen.

2. Fernabsatzverträge, jetzt auch bei Maklerverträgen

Das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen, also solchen, bei denen die Parteien für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel wie Briefe, Telefon oder E-Mail verwenden, besteht nun grundsätzlich unabhängig von der Art der zu erbringenden Leistung. Nach altem Recht galt dies nur für Verträge über die Lieferung von Waren und die Erbringung von Dienstleistungen. Somit besteht nun auch bei Maklerverträgen ein Widerrufsrecht, wenn diese online im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems geschlossen werden.

Stellt der Makler beispielsweise dem Interessenten nach Abschluss eines Maklervertrags unter den vorstehend genannten Bedingungen ein Exposé zur Verfügung oder führt er eine Hausbesichtigung durch und kommt es daraufhin zum Abschluss des Hauptvertrags, so wird der Makler seines Provisionsanspruchs im Falle eines Widerrufs verlustig. Wertersatz kann er dann nur unter besonderen Voraussetzungen (s. nachfolgend 8.) verlangen.



3. Ausnahmetatbestände

Ausnahmekataloge, die teils den Anwendungsbereich der Vorschriften über Verbraucherverträge eingrenzen, teils das Widerrufsrecht bei AGV und Fernabsatzverträgen ausschließen, finden sich in §§ 312 und 312g BGB. Neue Ausnahmen sind Verträge über die Lieferung alkoholischer Getränke, deren Preis von Schwankungen auf dem Markt abhängt und die dem Verbraucher daher Spekulationsgeschäfte ermöglichen würden, Verträge über versiegelte Waren, die bei Entsiegelung aus Gesundheitsschutzgründen nicht zur Rückgabe geeignet sind, Verträge, bei denen die Waren nach der Lieferung mit anderen Gütern untrennbar vermischt werden (insbesondere: Brennstoffe wie Heizöl), sowie Verträge über die terminfixierte Kraftfahrzeugmiete.

Hier gilt es für jeden Unternehmer, den Anwendungsbereich der gesetzlichen Vorschriften über Verbraucherverträge und den Widerruf im Besonderen im Einzelfall detailliert auszuloten.

4. Widerruf von Bürgschaften der Verbraucher?

Nach neuer Rechtslage begründen ausdrücklich nur Verträge mit Verbrauchern ein Widerrufsrecht, die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben. Die bisherige Formulierung des Gesetzestextes sah lediglich eine entgeltliche Leistung vor, ohne zu differenzieren, welche Partei die entgeltliche Leistung erbringt.

Die Einführung der Voraussetzung, dass der Unternehmer die entgeltliche Leistung erbringt, dürfte neuen Zündstoff für die Diskussion liefern, ob auch den Verbraucher einseitig verpflichtende Verträge vom Widerrufsrecht erfasst werden, die er im Hinblick auf Verbindlichkeiten Dritter schließt. Insbesondere geht es dabei um die Übernahme von Bürgschaften, die der Verbraucher aus sozialer Verbundenheit heraus zur Sicherung einer Darlehensforderung gegen eine ihm nahestehende Person, etwa ein Familienangehöriger, erklärt.

Weitgehende Einigkeit besteht in der Auffassung, dass der womöglich sogar uneigennützig handelnde Drittsicherheitsgeber nicht weniger schutzwürdig ist als derjenige Verbraucher, der einen auf die Erbringung einer Leistung an ihn selbst gerichteten Vertrag schließt. Die Rechtsprechung hatte daher bislang in diesen Situationen ein Widerrufsrecht grundsätzlich bejaht. Hinsichtlich der Leistung wurde dabei auf die Gestellung der Sicherheit, also einer Leistung des Verbrauchers, abgestellt. Im zweiten Schritt wurde argumentiert, dass eine für den Unternehmer unentgeltliche Leistung erst Recht ein Widerrufsrecht begründen müsse.

Mit dem nun geltenden Erfordernis einer entgeltlichen Leistung des Unternehmers lässt sich diese Begründung nicht länger aufrechterhalten. Es bleibt abzuwarten, wie

die Rechtsprechung Fälle der Drittsicherheitenstellung durch einen Verbraucher zukünftig behandeln wird. Für den Unternehmer birgt diese Unklarheit das Risiko, dass bei unterlassener Widerrufsbelehrung die Widerrufsfrist länger läuft (siehe nachfolgend 5.), während er mit einer Belehrung über ein rechtlich nicht gebotenes Widerrufsrecht dem Verbraucher eventuell unnötig ein Widerrufsrecht einräumt.

5. Widerrufsfrist und Erlöschen des Widerrufsrecht

Die reguläre Widerrufsfrist beträgt nun europaweit einheitlich 14 Tage. Bisher galten in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten zum Teil unterschiedlich lange Widerrufsfristen.

Bei AGV und Fernabsatzverträgen erlischt das Widerrufsrecht unabhängig von einer ordnungsgemäßen Belehrung spätestens ein Jahr und 14 Tage nach Vertragsschluss bzw. nach Erhalt der Ware. Die nach altem Recht drohende ewige Widerrufsfrist bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung ist damit dankenswerterweise entfallen.

Das Widerrufsrecht erlischt bei Verträgen über Dienstleistungen bereits vor Fristablauf, wenn der Unternehmer die Dienstleistung vollständig erbracht und mit der Dienstleistung erst begonnen hat, nachdem der Verbraucher seine ausdrückliche Zustimmung dazu gegeben und gleichzeitig seine Kenntnis bestätigt hat, dass er sein Widerrufsrecht bei vollständiger Vertragserfüllung verliert.

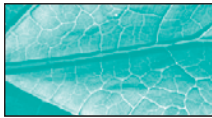
6. Widerrufserklärung und Wegfall des Rückgaberechts

Für den Widerruf bedarf es nun einer eindeutigen Erklärung des Verbrauchers, dass er am dem Vertrag nicht festhalten will. Bislang genügte dafür die Rücksendung der Ware oder eine nur halbwegs verständliche Erklärung, die allerdings in Textform übermittelt werden musste. Die alleinige Rücksendung der Ware genügt nun nicht mehr. Das Rückgaberecht, das bislang alternativ zum Widerrufsrecht ausgeübt werden konnte, ist komplett entfallen. In vielen AGB und Belehrungen findet sich noch immer das Rückgaberecht.

Der Widerruf kann nunmehr aber auch mündlich, etwa telefonisch anstatt in Textform, erklärt werden.

Für die Widerrufserklärung steht ein Musterformular (Anlage 2 EGBGB) zur Verfügung, über das der Unternehmer den Verbraucher vorvertraglich informieren muss, weil andernfalls die 14-tägige Widerrufsfrist nicht zu laufen beginnt.

Der Unternehmer kann dem Verbraucher bei AGV und Fernabsatzverträgen nun auch die Möglichkeit einräumen, ein auf seiner Webseite implementiertes



Musterwiderrufsformular auszufüllen und abzusenden. In diesem Fall muss er den Widerruf unverzüglich auf einem dauerhaften Datenträger, etwa per E-Mail, quittieren.

7. Kosten der Rücksendung

Nach altem Recht konnte der Unternehmer dem Verbraucher die Kosten der Rücksendung vertraglich auferlegen, wenn der Kaufpreis der Ware 40,00 Euro nicht überstieg, sowie auch für den Fall, dass der Verbraucher zum Zeitpunkt des Widerrufs nicht zumindest bereits eine Teilzahlung geleistet hatte.

Nunmehr trägt der Verbraucher die Kosten der Rücksendung grundsätzlich und unabhängig vom Kaufpreis stets, sofern der Unternehmer ihn nur rechtzeitig und formgerecht darüber unterrichtet hat, dass er die Kosten der Rücksendung im Widerrufsfall zu tragen hat.

Besonderheiten hierzu sind je nach Fall Gestaltung in AGV und Fernabsatzverträgen zu beachten.

Die Informationen zu den Rücksendekosten müssen grundsätzlich erfolgen, noch bevor der Verbraucher seine Vertragserklärung abgibt.

Der Unternehmer kann sich zur Erfüllung seiner Belehrungspflicht der Musterwiderrufsbelehrung der Anlage 1 EGBGB unter Auswahl der dort vorgeschlagenen situationsabhängigen Gestaltungsvarianten bedienen.

Achtung: Dem Unternehmer steht es selbstverständlich frei, sich bereit zu erklären bzw. vertraglich zu verpflichten, die Kosten der Rücksendung selbst zu tragen. Insofern sollten die bislang verwendeten Vertragsmuster, insbesondere AGB, darauf überprüft werden, ob diese womöglich eine nach altem Recht gestaltete Erklärung enthalten, der eine solche Kostentragung zu entnehmen ist.

8. Wertersatz für Dienstleistungen

Der Verbraucher hat bei AGV und Fernabsatzverträgen Wertersatz für eine bis zum Widerruf erbrachte Dienstleistung nur zu erbringen, wenn er den Unternehmer ausdrücklich dazu aufgefordert hat, mit der Leistung noch vor Ablauf der Widerrufsfrist zu beginnen, und der Unternehmer den Verbraucher ordnungsgemäß über die Modalitäten des Widerrufs und die Wertersatzpflicht aufgeklärt hat. Nach alter Rechtslage existierte eine solche Regelung nur für Fernabsatzverträge, während der Verbraucher bei Haustürgeschäften grundsätzlich stets Wertersatz schuldete.

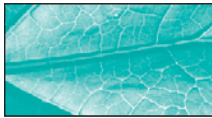
Praxistipps:

- Prüfung des Anwendungsbereichs der „außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträge“ (AGV)
- Kostenkalkulation für neue Widerrufsbetreffende
- Online-Bestellroutine prüfen und anpassen
- Widerrufsbelehrung anpassen
- Entscheidung über Rücksendekosten: Soll der Kunde diese tragen?
- Update der AGB

Olaf Diederich

Rechtsanwalt

E-Mail: ODiederich@schubra.de



► Ansprechpartner



Nils Andersson-Lindström
Rechtsanwalt
NLindstroem@schubra.de



Olaf Diederich
Rechtsanwalt
ODiederich@schubra.de



Thomas Dömmecke
Rechtsanwalt
TDoemmecke@schubra.de



Alexander Leucht
Rechtsanwalt
ALeucht@schubra.de



Karsten Kiesel
Rechtsanwalt
KKiesel@schubra.de



Klaus Klöker
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Insolvenzrecht
KKloeker@schubra.de



Dr. Ludwig J. Weber, LL.M.
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Fachanwalt für
Handels- und Gesellschaftsrecht
LWeber@schubra.de



Dr. Michael Rozijn
Rechtsanwalt
Fachanwalt für IT-Recht
(Informationstechnologierecht)
MRozijn@schubra.de



Alexander von Saenger
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
ASaenger@schubra.de

Sollten Sie Fragen zu dem Infobrief oder aktuellen Entwicklungen auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts haben, so stehen Ihnen die Ansprechpartner jederzeit gerne zur Verfügung. Gerne nehmen wir auch Ihre Themenwünsche für den Infobrief entgegen.

Haftungsausschluss: *Dieser Infobrief ist ein reines Informationsschreiben und dient der allgemeinen Unterrichtung unserer Mandanten sowie anderer interessierter Personen. Er kann eine rechtliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.*

Schultze & Braun GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft

Eisenbahnstraße 19-23 • 77855 Achern • Tel. 0 78 41 / 7 08-0
Krausenstraße 8 • 10117 Berlin • Tel. 030 / 3 08 30 38-0
Domshof 22 • 28195 Bremen • Tel. 04 21 / 4 33 01-0
Olof-Palme-Straße 13 • 60439 Frankfurt am Main • Tel. 069 / 5 09 86-200
Willy-Brandt-Str. 57 • 20457 Hamburg • Tel. 040 / 3 06 04 57 0
Karlstraße 35 • 80333 München • Tel. 089 / 45 23 52-234
Fürther Straße 244b • 90429 Nürnberg • Tel. 09 11 / 6 00 01-0
27, avenue de l'Opéra • F-75001 Paris • Tel. +33 (0)1 70 38 54 53
2, avenue de la Forêt Noire • F-67000 Strasbourg • Tel. +33 (0)3 88 31 73 10
Danneckerstraße 52 • 70182 Stuttgart • Tel. 07 11 / 23 889-0

Impressum

Verantwortlich für den Inhalt dieses Infobriefs: Dr. Michael Rozijn, Rechtsanwalt, Fachanwalt für IT-Recht (Informationstechnologierecht)

Schultze & Braun GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft

Sitz: Eisenbahnstraße 19-23, 77855 Achern • Amtsgericht Mannheim HRB 220942

Geschäftsführer: RAin Ellen Delzant • RA Achim Frank • RA Dr. Rainer Riggert • RA Dr. Ludwig J. Weber • RA Joachim Zobel

