

Zeitschrift für Anwalts- und Gerichtspraxis

Mehrseitige Austauschverträge für Bauprojekte und andere Leistungsnetze

Prof. Dr. Sarah Legner, Wiesbaden*

I. Einleitung

Jüngere Entwicklungen in der Braubranche zeigen neue Möglichkeiten, den seit langem als störend empfundenen Defiziten der zu späten und zu teuren Realisierung komplexer Vorhaben zu entkommen. Während in Deutschland Planung und Bauausführung klassischerweise vertraglich getrennt werden, zeigt die internationale Baubranche Alternativen. In Großbritannien,¹ aber auch in Australien² oder Finnland,³ werden mehrseitige Verträge geschlossen. An diesen sind mit dem Auftraggeber, dem Planer und dem Generalunternehmer mindestens drei Akteure beteiligt. Zahlreiche Studien zeigen, dass mehrseitige Bauverträge Kooperation zum Wohle des Projekts fördern.⁴ Vorhaben werden früher fertiggestellt und die Bereitschaft, sich bei aufkommenden Konflikten gütlich zu einigen, wächst.

Auch wenn es in Deutschland bereits erste Projekte gibt, die sich erfolgreich eines mehrseitigen Vertrags bedienen haben,⁵ ist mit ihrem Einsatz weiterhin Rechtsunsicherheit verbunden. Die allgemeinen dogmatischen Strukturen mehrseitiger Austauschverträge – also solcher mehrseitiger Verträge, die nicht dem Gesellschaftsrecht unterfallen, – erscheinen kaum erschlossen.⁶ Sie entscheiden jedoch darüber, welche Vertragsgestaltungen rechtskonform sind. Mehrseitige Verträge in den Strukturen des deutschen Schuldrechts zu verorten, ist ferner relevant, weil Verflechtungen auch in anderen Wirtschaftsbereichen ein gängiges Phänomen sind. Bei der taktgenauen Produktion von Automobilen oder in Franchisenetzen sind Beteiligte ebenfalls darauf angewiesen, sich über die Grenzen bilateraler Beziehungen hinaus abzustimmen.⁷ Bei Geschäftsmodellen der Digitalökonomie sind Verflechtungen fast schon ein Massenphänomen.⁸ Plattformen schaffen mehrseitige Märkte, indem sie Nutzergruppen verbinden. Erwerben Verbraucher vernetzte Gegenstände im Internet der Dinge werden sie ebenfalls regelmäßig mit mehr als einer Vertragspartei in Kontakt zu treten müssen.⁹ Das vorherrschende Vorgehen, Netzphänomene im Rahmen der rechtlichen Würdigung in zweiseitige Beziehungen zu spalten und Wechselwirkungen über bilaterale Leistungsverhältnisse hinaus teilweise unberücksichtigt zu lassen, wird seit langem als unbefriedigend empfunden.¹⁰ Eine Befassung mit allgemeinen mehrseitigen Vertragsstrukturen trägt bei zu klären,

ob sich mehrseitige Verträge auch zur Rezeption anderer Leistungsnetze eignen könnten.

Im Folgenden wird nach einer Begriffskonkretisierung des mehrseitigen Austauschvertrags das Anspruchs- und Haftungsgefüge im Binnenverhältnis zwischen den Parteien eines mehrseitigen Austauschvertrags beleuchtet. Im Anschluss wird betrachtet, wie sich der Abschluss eines mehrseitigen Vertrags auf Leistungsinhalte und Haftungsrisiken in Leistungsnetzen auswirken kann.

II. Begriff

Mehrseitige Verträge, die keine Gesellschaftsverträge sind, werden nachfolgend als mehrseitige Austauschverträge be-

* Die Autorin ist Qualifikationsprofessorin an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht, Wiesbaden, und Habilitandin an der Universität Konstanz. Dem Beitrag liegt ein Vortrag zugrunde, den die Autorin an der Universität Konstanz gehalten hat.

1 Association of Consultant Architects, 10 Years of Project Partnering Contracts PPC2000/TPC2005, 2010.

2 *Young/Hosseini/Lædre*, Energy Procedia 96 (2016), 833-844.

3 *Lahdenperä*, Construction Management and Economics 2011, 57-79.

4 *Breyer*, Partnering Modelle – ein internationaler Vergleich, in: *Berner* (Hrsg.), Planen, Errichten und Betreiben – Digitalisierung im Bau, 4. Internationaler BBB-Kongress, 2017, S. 165 ff.

5 Zu der Errichtung eines Kongresshotels im Bereich der Hafencity in Hamburg unter Verwendung eines Integrierten Projektabschluss-Mehrparteivertrags, 8. Deutscher Baugerichtstag, Arbeitskreis IX – Innovative Vertragsmodelle, 2020, S. 47 – 50.

6 Siehe aber die Monographien von *Luber*, Der mehrseitige Austauschvertrag, 2003, und *Zwanzger*, Der mehrseitige Vertrag, 2013.

7 *Güttler*, in: *Mittwoch/Klappstein/Botthof/Bühner/Figge/Schirmer/Stöhr/R. Wolff* (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler – Netzwerke im Privatrecht, 2015, S. 69 (81); *Heldt*, KritV 2006, 208 (211); *Rohe*, Netzverträge, 1998, S. 436; *K. Lange*, Das Recht der Netzwerke, 1998, Rn. 451; *Wellenhofer-Klein*, Zulieferverträge im Privat- und Wirtschaftsrecht, 1999, S. 165.

8 *Wendehorst*, NJW 2016, 2609 (2610).

9 *Wendehorst*, NJW 2016, 2609 (2610).

10 Der hier untersuchte Ansatz knüpft an die vertragsgestalterische Freiheit an und unterscheidet sich dadurch von den bislang in der Literatur diskutierten rechtsdogmatischen Kategorien, um Vernetzungsphänomene zu erfassen, vgl. *pars pro toto Malzer*, Vertragsverbände und Vertragssysteme, 2013; *Möschel*, AcP 1986, 211 ff.; *Rohe* (Fn. 7); *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund – Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time aus sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht, 2004.

zeichnet. Damit soll keine Aussage über eine etwaige synallagmatische Verknüpfung der Ansprüche getroffen werden.¹¹ Stattdessen dient der Begriff lediglich der Abgrenzung vom Gesellschaftsvertrag. Nicht jeder mehrseitige Vertrag ist per se ein Gesellschaftsvertrag. Dies ergibt sich aus dem Erfordernis des gemeinsamen Zwecks in § 705 BGB. Nur wenn ein Verbandszweck Vertragsinhalt wird, ist der mehrseitige Vertrag als Gesellschaftsvertrag zu qualifizieren. Sind die vereinbarten Rechte und Pflichten dagegen „Mittel zum Zweck der jeweils eigenbestimmten Interessen und [...] nicht Ausdruck einer auf einen gemeinsamen Zweck gerichteten Vereinbarung,“¹² führt die Beteiligung von mehr als zwei Parteien mit jeweils eigenständiger Position am Vertrag nicht zur Qualifikation als Gesellschaftsvertrag. Da mehrseitige Austauschverträge nicht von §§ 705 ff. BGB erfasst werden, finden grundsätzlich nur die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts Anwendung. Die Vorschriften der §§ 241 ff. BGB erwähnen mehrseitige Verträge jedoch nicht explizit. Daher gilt es näher zu betrachten, wie sich die Mehrseitigkeit eines Austauschvertrags in seiner dogmatischen Struktur niederschlägt. Insbesondere fragt sich, inwieweit die Relativität der Schuldverhältnisse im Binnenverhältnis des Vertrags fortgilt.

Mehrseitige Austauschverträge werden in der schuldrechtlichen Literatur weitgehend¹³ stiefmütterlich behandelt. Regelmäßig Erwähnung findet einzig der Ringtausch. Ihn kennzeichnet eine ringförmige Anspruchsstruktur. Mindestens drei Vertragsparteien tauschen „ringsherum“ Grundstücke: A leistet an B, B leistet an C und C leistet an A. Dieses Lehrbuchbeispiel verdeutlicht, warum mehrseitige Austauschverträge nicht von den in §§ 420 ff. BGB geregelten Schuldner- und Gläubigermehrheiten erfasst werden. Trotz der Beteiligung von mehr als zwei Vertragsparteien existieren in diesen explizit geregelten Konstellationen lediglich zwei unterschiedliche „Pole“ bzw. „Lager“.¹⁴ Teil-, Gesamt- oder gemeinschaftliche Schuldner bilden gemeinsam eine Schuldnerseite und damit einen einheitlichen „Pol“. Entsprechend verhält es sich bei Teil-, Gesamt- und Mitgläubigern, die gemeinsam die Gläubigerseite bilden.

Der mehrseitige Vertrag ist zudem kein Vertrag zugunsten Dritter. Ein Vertrag zugunsten Dritter gewährt zwar ebenfalls mehr als zwei Personen eine jeweils eigenständige vertragliche Position. Der Dritte, der durch die Vereinbarung zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger ein eigenes Forderungsrecht erwirbt, ist jedoch keine Vertragspartei. Auch der Vertrag zugunsten Dritter ist daher ein zweiseitiger.¹⁵

Nach dem hiesigen Begriffsverständnis beschränkt sich die Binnenstruktur eines mehrseitigen Austauschvertrags nicht auf die Ringform. Stattdessen sind möglichen Anspruchsstrukturen grundsätzlich keine Gestaltungsgrenzen gesetzt. Mehrseitige Verträge zur Realisierung von Bauprojekten weisen z. B. eine andere Struktur auf. Während in Deutschland Bauplanung und -ausführung regelmäßig vertraglich getrennt werden, finden sich in der ausländischen Baupraxis, unter anderem in Großbritannien,¹⁶ Australien¹⁷ und den Niederlanden,¹⁸ andere Ansätze. Die zentralen Projektbeteiligten schließen einen mehrseitigen Vertrag, in welchem die Parteien gemeinsam ihre Leistungspflichten bestimmen. Stark vereinfacht¹⁹ kann das Vertragsgefüge wie folgt skizziert werden: Sowohl Planer als auch Generalunternehmer erbringen gegenüber dem Auftraggeber eine Leistung (in Gestalt der Planungsleistung bzw. der Errichtung des Bau-

werks) und werden dafür entsprechend vergütet. Im Verhältnis von Planer und Generalunternehmer werden dagegen keine Leistungen ausgetauscht. Auch ein solcher Vertrag ist polygonal strukturiert. Denn Planer und Generalunternehmer sind keine Gesamtschuldner. Der Vorteil der mehrseitigen Vertragsstruktur wird bei Bauprojekten in der Ermöglichung allseitiger Kooperation gesehen. Der britische *Project Partnering Contract* sieht darüber hinaus die Möglichkeit vor, dass weitere Vertragsparteien, etwa Subunternehmer oder Zulieferer, durch ein sog *Joining Agreement* zu einem späteren Zeitpunkt „aufgenommen“ werden.²⁰ Auch ihnen kommt eine eigenständige Position im Vertragsgefüge zu; sie treten also nicht lediglich zu einem bereits vorhandenen Lager als Gesamtschuldner oder -gläubiger bei.

Demnach kennzeichnet mehrseitige Austauschverträge, dass an ihnen mindestens drei Parteien mit jeweils eigenständiger Position im Vertragsgefüge beteiligt sind.²¹

III. Struktur

1. Anspruchsgefüge

Das Beispiel des mehrseitigen Vertrags aus der Baupraxis hat verdeutlicht, dass Parteien am Vertrag beteiligt sein können, die einander keine Leistungen schulden. Zur Veranschaulichung diene folgender Beispielfall: Auftraggeber, Planer und Generalunternehmer schließen einen Vertrag zur Errichtung eines Hotels. Nachdem die Planung erfolgreich abgeschlossen wurde, soll der Generalunternehmer mit der Bauausführung beginnen. Wider Erwarten wird er nicht tätig. Dem Planer ist jedoch daran gelegen, dass sein kunstvoller Entwurf in die Tat umgesetzt wird. Der Auftraggeber reagiert nicht. Es stellt sich die Frage, ob es dem Planer möglich ist, selbst gegen den Generalunternehmer vorzugehen. Der Fall weist auf eine dogmatische Besonderheit mehrseitiger Austauschverträge hin, die im Folgenden näher beleuchtet werden soll.

- 11 So aber Pfister, JZ 1971, 284 ff., der mit dem mehrseitigen Austauschvertrag die synallagmatische Verknüpfung dreier Pflichten in Verbindung setzt.
- 12 BGH, Urt. v. 28. Oktober 1987 – VIII ZR 383/86, NJW-RR 1988, 417 (418).
- 13 Siehe aber die Monographien von Luber (Fn. 6) und Zwanzger (Fn. 6).
- 14 Vgl. die Bezeichnung bei Zwanzger (Fn. 6), S. 10.
- 15 Erman-Bayer, § 328 BGB, Rn. 35; Staudinger-Klump, § 328 BGB, Rn. 5.
- 16 Association of Consultant Architects, 10 Years of Project Partnering Contracts PPC2000/TPC2005, 2010; Hutchinson/Breedon/O'Rourke, Alliance Contracting, 2014, online abrufbar unter https://www.kingsfund.org.uk/sites/default/files/media/linda-hutchinson-alliance-contracting-27.03.14_0.pdf (letzter Abruf am 5. Januar 2023).
- 17 Young/Hosseini/Lædre, Energy Procedia 96 (2016), 833 – 844.
- 18 Elemans, Developing a Project Alliance Suitability Scan for Dutch Infrastructure Projects, 2016; Scheublin, Building Research & Information 29 (2001), 451-455, van Wassenaer, A Practical Guide to Successful Construction Projects, 2017, 2.8.
- 19 Berücksichtigt werden nur bilaterale Leistungspflichten. Typischerweise werden zudem allseitig Pflichten der Kooperation vereinbart, vgl. Warda, Die Realisierbarkeit von Allianzverträgen im deutschen Vertragsrecht, 2020, S. 167 ff.
- 20 Mosey/Breyer/Leupertz/Bold, PPC Deutschland: Einführung in PPC und FAC-1, 2018, S. 8.
- 21 So auch das Begriffsverständnis bei Reimer, VerwArch 2003, 543 (548); Zwanzger (Fn. 6), S. 10. Abzugrenzen ist das Begriffsverständnis von dem teilweise in der kautelarpraktischen Literatur vertretenen Verständnis, wonach ein mehrseitiger Vertrag als eine „Zusammenführung des Textes mehrerer untereinander verbundener Verträge in einer Urkunde“ (Moes, Vertragsgestaltung, 2019, § 19 Rn. 397) angesehen wird.

Der Anspruch als das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, knüpft an eine zweiseitige Beziehung an.²² Auf beiden Seiten können Personenmehrheiten bestehen, vgl. §§ 420 – 432 BGB. Zwingend ist indes, dass ausschließlich zwei Seiten existieren, und zwar die des Gläubigers und die des Schuldners.²³ Daran ändern die verschiedenartigen gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten der Beteiligung Dritter am Vertrag nichts. Auch wenn Dritten das Recht der Leistungsbestimmung, § 317 BGB, übertragen wird, verbleibt es bei dem bipolaren Charakter des Anspruchs. Dies gilt auch für Fälle der Forderungsabtretung und Schuldübernahme. Die Person des Gläubigers bzw. des Schuldners wird durch den Abschluss eines zwei- bzw. bei der Schuldübernahme ggfs. auch durch Abschluss eines dreiseitigen Vertrags ausgewechselt. Dennoch existieren lediglich die Gläubiger- und die Schuldnerseite.

Von dem Anspruch, dem Schuldverhältnis im engeren Sinne, ist der Vertrag zu unterscheiden. Als Schuldverhältnis im weiteren Sinne kann er mehrere Forderungsrechte umfassen.²⁴ Dies wird bisweilen mit der Bezeichnung des „Organismus“²⁵ verbildlicht. Bei zweiseitigen Verträgen sind beide Parteien sowohl in der Gläubiger- als auch in der Schuldnerrolle. Sie sind durch zwei Hauptleistungspflichten verbunden. Bei unvollkommen zweiseitig bzw. einseitig verpflichtenden Verträgen kann bzw. wird sich jeweils nur eine Partei in der Schuldner- bzw. in der Gläubigerrolle befinden. Zweiseitige Verträge kennzeichnet, dass neben den an den Anspruchsverhältnissen Beteiligten, also dem Schuldner und dem Gläubiger, keine weiteren Vertragsparteien existieren. Sofern sich Schuldner oder Gläubiger Hilfspersonen, z. B. Vertretern oder Erfüllungsgehilfen, bedienen, sind diese keine Vertragsparteien.

Bei dem mehrseitigen Austauschvertrag besteht die Besonderheit, dass es mindestens eine Vertragspartei gibt, die an einem Anspruch weder als Gläubiger noch als Schuldner unmittelbar beteiligt ist.²⁶ Der eingangs dargestellte Fall illustriert dies: Auftraggeber, Planer und Generalunternehmer haben als Parteien übereinstimmend dem Auftraggeber das Forderungsrecht gegen den Generalunternehmer als Schuldner zugewiesen. Deshalb ist der Planer an diesem Anspruch weder als Gläubiger noch als Schuldner unmittelbar beteiligt. Er ist dennoch Vertragspartei. Die nicht-anspruchsbeteiligte Partei soll im Folgenden – entsprechend der von Zwanzger geprägten Bezeichnung – Drittpartei genannt werden.²⁷

Demnach lässt sich das Problem des Fallbeispiels dahingehend konkretisieren, dass zu fragen ist, ob dem Planer infolge seiner Stellung als Drittpartei versagt werden sollte, die Erfüllung des Anspruchs, der zwischen dem Auftraggeber und dem Generalunternehmer besteht, zu verlangen. Dies ließe jedoch unberücksichtigt, dass die Drittpartei ebenfalls Vertragspartei ist.²⁸ Ohne ihre Beteiligung am Vertragsschluss wäre der Anspruch so nicht zur Entstehung gelangt. Der Anspruch ist eine Schöpfung auch ihrer Vertragsfreiheit.²⁹ Dennoch ist der Anspruch dem Gläubiger als Recht zugeordnet. Die Forderung ist zwar kein absolutes Recht. Mit ihrer Zuordnung zu dem Gläubiger ist gleichwohl ein ausschließendes Moment verbunden.³⁰ Andere Personen können von dem Schuldner grundsätzlich nichts verlangen.³¹ Einen gesetzlichen Anhaltspunkt zur Lösung des Konflikts liefern die Vorschriften zum Vertrag zugunsten Dritter, vgl. §§ 328 ff. BGB. Mit ihm existiert eine gesetzlich geregelte

Konstellation, in der ebenfalls Reibung zwischen den genannten Prinzipien besteht. Der durch ein eigenes Forderungsrecht begünstigte Dritte ist Gläubiger, aber keine Vertragspartei. Der Vertrag zugunsten Dritter durchbricht die Relativität der Schuldverhältnisse, indem ein zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger geschlossener Vertrag auch Rechtsfolgen für einen Dritten begründet.

Nach § 335 BGB kann im Zweifel auch der Versprechensempfänger Leistung von dem Versprechenden an den Dritten fordern. Die Situation des Versprechensempfängers ist zumindest insoweit mit der der Drittpartei im mehrseitigen Vertrag vergleichbar, als beide konstitutiv bei der Entstehung einer fremden Anspruchsbeziehung mitgewirkt haben. Diese Parallele spricht dafür, auch den Einfluss der Drittpartei im mehrseitigen Vertrag dahingehend zu konkretisieren, dass ihr ein eigenständiger Anspruch gegen den Schuldner gerichtet auf Leistung an den Gläubiger zugestanden wird, und zwar in Gestalt eines Hilfsanspruchs.³²

Nicht nur der Auftraggeber als Gläubiger kann also Leistung von dem Generalunternehmer fordern. Auch der Planer als Drittpartei kann gegen den Generalunternehmer auf Leistung klagen, allerdings nur auf Leistung an den Auftraggeber. Hilfs- und Hauptanspruch bilden eine Forderungsmehrheit sui generis.³³ Gläubiger und Drittpartei sind weder Gesamt- noch Teilgläubiger. Der Hilfsanspruch hat akzessorischen Charakter: Sein Inhalt folgt dem Stand des Hauptanspruchs.³⁴ Dies ergibt sich aus Sinn und Zweck. Der Hilfsanspruch soll der Drittpartei Einfluss auf die Vertragsdurchführung gewähren. Er erlischt ipso jure, soweit der Hauptanspruch erlischt. Es kann der Rechtsgedanke des § 767 BGB herangezogen werden, um das Verhältnis beider Ansprüche zu konkretisieren: Für den Umfang des Hilfsanspruchs der Drittpartei ist der Bestand des Hauptanspruchs maßgebend.

Das Gefüge des mehrseitigen Austauschvertrags prägt also eine „Parteientrias“. Ungeachtet der Zahl der am Vertrag beteiligten Parteien existieren drei *Parteirollen*. Neben die tradierten Rollen von Schuldner und Gläubiger tritt die der Drittpartei. Die Rollen sind anspruchsbezogen. In Abhängig-

22 BGH, Urte. v. 11. November 1953 – II ZR 181/52, BGHZ 10, 391 = juris, Rn. 10; jurisPK-Toussaint, 9. Aufl. 2020, § 241 BGB, Rn. 18: „Das Forderungsrecht des Schuldverhältnisses besteht nach § 241 Abs. 1 Satz 1 BGB nur zwischen Gläubiger und Schuldner [...]“.

23 MüKo-BGB-Ernst, Einl. Schuldrecht, Rn. 10; jurisPK-Toussaint, § 241 BGB, Rn. 13.

24 MüKo-BGB-Bachmann, § 241 BGB, Rn. 4.

25 Emmerich, Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, 1974, 294.

26 Zwanzger (Fn. 6), S. 47 – 49.

27 Zwanzger (Fn. 6), S. 48.

28 Im Ergebnis ebenso für den Ringtausch Larenz, Schuldrecht AT Band I, 11. Aufl. 1976, § 15 II; Luber (Fn. 6), S. 160.

29 jurisPK-Toussaint, § 241 BGB Rn. 19.

30 Staudinger-Busche, Einl. zu §§ 398 ff. BGB, Rn. 9.

31 Möglich ist dagegen, dass schuldbefreiend an einen Dritten geleistet wird. So verhält es sich zB bei dem (unechten) Vertrag zugunsten Dritter.

32 Zwanzger (Fn. 6), S. 78-86, der den Anspruch als „Vertragsdurchführungsanspruch“ bezeichnet. Im Ergebnis ebenso für den Ringtausch Larenz (Fn. 28), § 15 II. Luber (Fn. 6), S. 160, spricht dagegen lediglich von einem „zusätzlichen Rechtsbehelf zugunsten des Dritten“.

33 Ebenso zum Vertrag zugunsten Dritter im Hinblick auf die Forderungsrechte des Dritten und des Versprechensempfängers BGH, Urte. v. 16. November 1951 – V ZR 17/51, NJW 1952, 178; MüKoBGB-Gottwald, § 335 BGB, Rn. 1; BeckOGK-Mäsch, § 335 BGB, Rn. 13.

34 Ebenso mit Blick auf den „Vertragsdurchführungsanspruch“ Zwanzger (Fn. 6), S. 251. Ähnlich wohl Luber (Fn. 6), S. 163.

keit von dem konkreten Anspruchsgefüge im mehrseitigen Vertrag kann ein- und dieselbe Partei alle drei Rollen einnehmen. So verhält es sich etwa bei dem Ringtausch. Jede Partei befindet sich in Bezug auf jeweils einen der drei vereinbarten Ansprüche in der Rolle des Gläubigers, des Schuldners oder der Drittpartei.

2. Haftungsgefüge

Treffen die Parteien keine abweichenden Regelungen, ist das Haftungsrisiko im mehrseitigen Vertrag höher als im zweiseitigen. Denn die Zahl potentieller vertraglicher Anspruchsberechtigter ist größer. Nicht nur der Gläubiger ist nach § 280 BGB anspruchsberechtigt. Sofern die Drittpartei einen eigenen Schaden erlitten hat, kann sie ihn ebenfalls nach § 280 BGB ersetzt verlangen. Wird ein Leistungsgeflecht dagegen durch zweiseitige Verträge strukturiert, ist der Dritte Vertragsaußenseiter und kann keine Vermögensschäden grundsätzlich nicht ersetzt verlangen. Lediglich ausnahmsweise sind vertragliche Schadensersatzansprüche eines Vertragsaußenseiters nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter³⁵ anerkannt. Dadurch soll situativer Schutzbedürftigkeit Dritter Rechnung getragen werden, die aus persönlichen oder wirtschaftlichen Gründen dem Vertragsgeschehen besonders nahestehen.³⁶ Auch das Institut der Drittschadensliquidation³⁷ erfasst nur Fälle, in denen der Schaden „zufällig auf Grund eines zu dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses“³⁸ bei diesem anstelle des Vertragspartners eingetreten ist. Es handelt sich um atypische Konstellationen, die Dritte nicht systematisch, sondern vereinzelt in den Wirkungsbereich des Vertrags einbeziehen. Das Haftungsgefüge des mehrseitigen Vertrags kennzeichnet demnach, dass alle Vertragsparteien untereinander Vermögensschäden ersetzt verlangen können.

IV. Folgen für Leistungsnetze

1. Kooperationsbedarf

Bereits aus der dargelegten bruchstückhaften Skizze allgemeiner Strukturen mehrseitiger Austauschverträge lassen sich Folgerungen für ihren Einsatz bei der Umsetzung komplexer Bauprojekte und bei der Realisierung anderer Leistungsnetze ableiten. Trotz erheblicher Unterschiede im Hinblick auf Größe und Binnenstruktur eint Leistungsnetze ein Kooperationsbedarf, der über die bilateralen Leistungsbeziehungen hinausragt.³⁹ Die ordnungsgemäße Leistungserbringung betrifft nicht nur die Interessen des unmittelbar Begünstigten, sondern kann auch die Position anderer Netzbeteiligter berühren. Denn Netze prägt ein gemeinsam verfolgter Netzzweck. Seine Umsetzung kommt den Beteiligten auch individuell zugute.⁴⁰ Beispiele bietet die Steigerung der Produktionseffizienz bei Just-in-time Liefernetzen. Auch in Franchisesystem profitieren die Beteiligten allseitig von einem effektiveren Vertrieb, der es ihnen erleichtern kann, Märkte zu erschließen.⁴¹

Im Folgenden soll betrachtet werden, welche Chancen der mehrseitige Austauschvertrag bietet, Kooperation zu realisieren, aber auch, welche rechtlichen Risiken bestehen, wenn er als Gestaltungsinstrument eingesetzt werden soll. Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf eine rechtliche Perspektive.

2. Verwirklichung von Kooperation

a) Abstimmung der Leistungsinhalte

Die praktische Relevanz von mehrseitigen Austauschverträgen ist in Deutschland zwar bislang vergleichsweise gering. Erste Anwendungsbeispiele finden sich aber in der Baubranche.⁴² Inspiriert von den Vorzügen, welche die Realisierung komplexer Bauprojekte mit mehrseitigen Verträgen unter anderem in Großbritannien und in Australien mit sich bringen, werden auch in Deutschland erste Großprojekte mittels eines einheitlichen Vertrags zwischen Auftraggeber, Bauunternehmer und Planer strukturiert.⁴³ Dabei steht das Ziel im Vordergrund, allseitige Kooperation zu realisieren.⁴⁴ Da sämtliche Vertragsparteien die Pflichteninhalte gemeinsam festlegen, können Leistungen ggf. besser aufeinander abgestimmt und Kooperation auch zwischen Drittparteien realisiert werden.⁴⁵ Laut Fallberichten in Großbritannien ist es durch den Einsatz des *Project Partnering Contract* gelungen, gerichtliche Auseinandersetzungen zwischen Projektbeteiligten zu verringern und Kosten- sowie Zeiteinsparungen zu realisieren.⁴⁶ Dieses Ziel kann auch bei mehrseitigen Forschungsk Kooperationen eine Rolle spielen, wenn Unternehmen zusammenarbeiten, um Technologien oder neue Produkte zu entwickeln.⁴⁷ Ähnliche Zwecke verfolgen Rahmenverträge, in denen bestimmte Inhalte für zukünftig zuschließende Verträge festgelegt werden.⁴⁸

Eine zentrale Rechtsfrage bei dem Gestaltungseinsatz des mehrseitigen Austauschvertrags mit dem Ziel der Kooperation ist die Abgrenzung von der Innengesellschaft, die dem Recht der GbR unterfällt. Der mehrseitige Vertrag dient nicht nur dem Austausch von Leistungen, sondern vereint die Parteien zugleich in ihrem gemeinsamen Ziel, die individuellen Beiträge aufeinander abzustimmen. Dennoch fallen solche Verträge nicht automatisch unter das Gesellschaftsrecht.⁴⁹ Es kann jedoch den Parteiinteressen entsprechen, einzelne Vorschriften des Gesellschaftsrechts entsprechend

35 BGH, Urt. v. 22. Januar 1968 – VIII ZR 195/65, NJW 1968, 885 (887); Urt. v. 6. Juli 1965 – VI ZR 47/64, NJW 1965, 1955 (1957); Urt. v. 28. Juni 1994 – VI ZR 153/93, NJW 1994, 2417 (2419).

36 BGH, Urt. v. 15. Juni 1971 – VI ZR 262/69, NJW 1971, 1931 (1932); Urt. v. 10. November 1994 – III ZR 50/94, NJW 1995, 392 (393); Grüneberg-Grüneberg, § 328 BGB, Rn. 14; Larenz, NJW 1956, 1193 (1194).

37 BGH, Urt. v. 19. Oktober 1988 – VIII ZR 22/88, NJW 1989, 451 (452); Urt. v. 14. Januar 2016 – VII ZR 271/14, NJW 2016, 1089 (1091).

38 BGH, Urt. v. 14. Januar 2016 – VII ZR 271/14, NJW 2016, 1089 (1090).

39 Grundmann, AcP 2007, 718 (720); Teubner (Fn. 10), S. 20.

40 Malzer, ZVertriebsR 2012, 343 (344); Wellenhofer, KritV 2006, 187 (188).

41 EuGH, Urt. v. 28. Januar 1986 – C-161/84 – „Pronuptia“, ECLI:EU:C:1986:41, Rn. 16.

42 Vgl. Janssen, NZBau 2021, 145 (146).

43 Warda (Fn. 19).

44 Breyer/Dauner-Lieb/von Wietersheim, BauR 2021, 1017 (1017 f.); Janssen, NZBau 2021, 145; Warda (Fn. 19), S. 167 – 169.

45 Dauner-Lieb, NZBau 2019, 339 (341 f.).

46 Mosey/Breyer/Leupertz/Bold (Fn. 20), S. 1.

47 Schmieder, GRUR 1981, 241 (241 f.); Winzer, Forschungs- und Entwicklungsverträge, Rn. 6 f.

48 BGH, Urt. v. 5. November 1986 – VIII ZR 151/85, NJW-RR 1987, 305 (306), zum Leasing-Rahmenvertrag: „Rahmenvereinbarung zwischen Leasinggeber und -nehmer über eine für längere Zeit geplante Abwicklung einer noch unbestimmten Anzahl von Leasinggeschäften“; Jauernig-Stadler, § 311 BGB, Rn. 22.

49 Vertiefend zur Abgrenzung des Gesellschaftsvertrags vom Austauschvertrag für eine solche Rechtsfolgenorientierung sprechen sich ebenfalls aus in: Soergel-Hadding, 13. Aufl. 2000, Vor § 705 BGB, Rn. 7; Rohe (Fn. 7), S. 380; Zwanzger (Fn. 6), S. 112.

anzuwenden.⁵⁰ Auch Wirksamkeitshindernisse sind zu beachten. Der Abschluss eines einheitlichen mehrseitigen Vertrags kann infolge Verstoßes gegen das Kartellverbot gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV, § 134 BGB i. V. m. § 1 GWB unwirksam sein. Sind an dem mehrseitigen Vertrag Wettbewerber beteiligt, ist die zwischen ihnen realisierte Koordination ggf. mit dem wettbewerbliche Selbständigkeitspostulat⁵¹ unvereinbar. Es entstehen horizontale Wettbewerbsbeschränkungen. Das ist z. B. bei Forschungsk Kooperationen oder der Zusammenarbeit mehrerer Bauunternehmer denkbar. Bei der Beurteilung, ob Forschungsk Kooperationen eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, ist einzustellen, wie marktnah die Kooperation der Beteiligten erfolgt, und welche Informationen die Unternehmen einander zum Zwecke der gemeinsamen Forschung und Entwicklung offenlegen.⁵² Bei dem arbeitsteiligen Zusammenwirken in der Bauwirtschaft ist zu klären, ob sich die Wettbewerber einem selbständigen Auftreten am Markt berauben.⁵³

Das Kartellverbot schließt die Realisierung eines Kooperationsziels aber keinesfalls vollständig aus. Die Rechtsprechung anerkennt im Kontext der erwähnten Leistungsgeflechte tatbestandsimmanente Ausnahmen vom Kartellverbot. Bei der Kooperation mehrerer Bauunternehmer ist eine Wettbewerbsbeschränkung nach dem sog Arbeitsgemeinschaftsgedanken jedenfalls zu verneinen, wenn sie allein nicht in der Lage wären, den Auftrag zu erfüllen.⁵⁴ Die Rechtsprechung bejaht die wettbewerbsfördernde Wirkung der Zusammenarbeit von Bauunternehmern bereits, wenn „eine selbständige Teilnahme an einer Ausschreibung wirtschaftlich nicht zweckmäßig und kaufmännisch nicht vernünftig wäre.“⁵⁵ Forschungs- und Entwicklungskooperationen, die den Tatbestand des Kartellverbots verwirklichen, können nach der FuE-GVO⁵⁶ freigestellt sein. Dies ist setzt unter anderem voraus, dass der gemeinsame Marktanteil der Wettbewerber 25 % nicht übersteigt, vgl. Art. 4 Abs. 3 FuE-GVO.⁵⁷

b) Haftungsvereinbarungen

Wie dargelegt, kann das Haftungsrisiko in Bezug auf Vermögensschäden durch den Abschluss eines mehrseitigen Vertrags wachsen, da auch Drittparteien gemäß § 280 BGB anspruchsberechtigt sind.⁵⁸ Ob eine erweiterte vertragliche Haftung im Interesse der Geflechtsbeteiligten liegt, ist einzelfallabhängig und kann meist nicht einheitlich beantwortet werden. Als Beispiel diene die Diskussion um eine vertragliche Haftung zwischen Franchisenehmern. Da Franchisenetze klassischerweise durch bilaterale Verträge strukturiert werden, sind Franchisenehmer untereinander regelmäßig nicht vertraglich verbunden.⁵⁹ Dennoch können sich Verstöße eines Franchisenehmers gegen die Systemrichtlinien auf andere Franchisenehmer auswirken, z. B. wenn sie ihre Filialen in räumlicher Nähe zu der des Vertragsbrüchigen führen und daher Umsatzrückgänge zu verzeichnen haben.⁶⁰ In der Literatur wird diskutiert, ob Franchisenehmer untereinander Vermögensschäden ersetzt verlangen können sollten.⁶¹ Dies wäre durch den Abschluss eines mehrseitigen Vertrags realisierbar, in welchem die Parteien die Pflicht vereinbaren, den Absatz im Franchisesystem zu optimieren.⁶² Die Franchisenehmer stünden sich als Drittparteien gegenüber, die einander keine Leistungen schuldeten. Dennoch könnten sie Vermögensschäden nach § 280 BGB ersetzt verlangen. Eine mehrseitige Vertragsbindung wird etwa bei dem Konfödera-

tionsfranchising angenommen.⁶³ Andere sind der Ansicht, dass eine Vermögenshaftung zwischen Franchisenehmern nicht ihrem Interesse entspreche.⁶⁴

Ist eine erweiterte Haftung nicht im Interesse der Parteien, so können sie im mehrseitigen Vertrag allseitige Haftungsbeschränkungen vereinbaren. Dies wird regelmäßig bei mehrseitigen Verträgen in der Baubranche realisiert.⁶⁵ Um vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen den Beteiligten zu fördern, wird zumindest die Haftung für leichte Fahrlässigkeit allseitig abbedungen.⁶⁶ Hierbei kann relevant werden, welche AGB-rechtlichen Grenzen für Haftungsfreizeichnungen bestehen. Weitgehend ungeklärt erscheint, ob und wie das AGB-Recht der §§ 305 ff. BGB auf mehrseitige Vertragsverbindungen anzuwenden ist. Dies betrifft nicht nur die Inhaltskontrolle.⁶⁷ Bereits die Frage, wann eine Klausel in mehrseitigen Verträgen als vorformuliert und gestellt zu bewerten ist, bereitet Schwierigkeiten.⁶⁸ Der Wortlaut des § 305 BGB geht davon aus, dass lediglich eine einzige Vertragspartei die AGB stellt. Bei dem mehrseitigen Vertrag kann eine Klausel jedoch zB von zwei der insgesamt sechs Vertragsparteien gestellt werden. Es fragt sich, ob dies für ihre Qualifikation als AGB hinreichend

50 Dazu bereits oben II. 3.

51 EuGH, Urt. v. 28. Mai 1998 – C-7/95 P – „John Deere“, ECLI:EU:C:1998:256, Rn. 87.

52 Kommission, Leitlinien für horizontale Beschränkungen, ABl. EU 14.1.2011 Nr. C 11/1 Rn. 127; *Eilmansberger/Kruis*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 101 AEUV, Rn. 284; *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, § 1 GWB, Rn. 141.

53 *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, § 1 GWB, Rn. 129.

54 BGH, Urt. v. 5. Februar 2002 – KZR 3/01 – „Jugend- und Frauennachfahrten“, GRUR 2002, 644 (646); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17. Januar 2018 – VII-Verg 39/17 – „Baggerarbeiten“, NZBau 2018, 237 (240). Das europäische Kartellrecht anerkennt mit der Markterschließungsdoktrin ähnlich gelagerte Ausnahmekonstellationen, vgl. EuGH, Urt. v. 30. Juni 1966 – 56/65 – „Société Technique Minière (LTM)/Maschinenbau Ulm (MBU)“, ECLI:EU:C:1966:38.

55 BGH, Urt. v. 13.12.1983 – KRB 3/83 – „Bauvorhaben Schramberg“, GRUR 1984, 379 (379).

56 Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Art. 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, 18.12.2010, ABl. EG 2010 Nr. L 335/36.

57 Im Detail *Glöckner*, Kartellrecht, Rn. 424.

58 Siehe oben III. 2.

59 MüKo-BGB-Harke, § 581 BGB, Rn. 28; *Immenga/Mestmäcker-Zimmer*, § 1 GWB, Rn. 203.

60 *Heldt*, KritV 2006, 208 (224 f.).

61 *Güttler*, in: *Mittwoch/Klappstein/Botthof/Bühner/Stöhr/R. Wolff* (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, 2015, S. 69 (83); *Heldt*, Baukooperation und Franchising als multilaterale Sonderverbindung, 2010, S. 179; *dies.*, KritV 2006, 208 (224 f.); *Rohe* (Fn. 7), S. 389; *Teubner* (Fn. 10), S. 174 f.

62 *Heldt*, KritV 2006, 208 (224 f.).

63 *Flohr*, in: *Martinek/Semler/Flohr*, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016, § 30 Rn. 386: „Beim Konföderations-Franchising kommt nach der vorstehend getroffenen Rechtsnaturbestimmung ein die BGB-Innengesellschaft begründender Systemvertrag zwischen allen Beteiligten des Franchisesystems zustande.“.

64 *Rohe* (Fn. 7), S. 389: „[Es] ist kein Grund ersichtlich, dessetwegen sich die Beteiligten einander durchgreifende vertragliche Schadensersatzansprüche einräumen sollten.“.

65 *Warda* (Fn. 19), S. 172 f.

66 *Dauner-Lieb*, NZBau 2019, 339 (342); *Warda* (Fn. 19), S. 173.

67 *Legner*, in: *Bargstädt* (Hrsg.), Die Zukunft des Bauens heute gestalten, 2021, S. 151 (156, 158).

68 *Legner* (Fn. 67), S. 151 (156, 158); *Zwanzger*, in: *Kanzleiter/Spickhoff* (Hrsg.), Mehrseitige und drittbegünstigende Verträge, 2014, S. 19 (47 ff.).

ist. Dagegen dürfte sprechen, dass jeder Vertragspartei eine individuelle Position im mehrseitigen Austauschvertrag zukommt, so dass der Verhandlungsakt zwischen zwei Personen eher zu einer Neutralisierung ggf. bestehender Verhandlungsmachtgefälle gegenüber den an diesen Verhandlungen uneteiligten Partnern führen dürfte.

Auch die Frage, ob eine Klausel unangemessen benachteiligt, vgl. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB, kann bei mehrseitigen Verträgen schwierig zu beantworten sein. Eine Orientierung an den „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“, vgl. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, setzt voraus, dass das dispositiven Recht für den in Rede stehenden Vertragstyp einen gerechten Interessenausgleich konkretisiert.⁶⁹ Für mehrseitige Austauschverträge existieren keine dispositiven Vorschriften, die Anhaltspunkte für ein bei vertraglicher Mehrseitigkeit zu wahrendes Gerechtigkeitspostulat böten.⁷⁰ Dies gilt selbst für Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts. Der Grundsatz der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung⁷¹ kann im Rahmen der Inhaltskontrolle von mehrseitigen Verträgen nur bedingt fruchtbar gemacht werden. Sind mehr als zwei Hauptleistungspflichten vereinbart, ist bereits unklar, welche Pflicht als Gegenleistung zu qualifizieren ist. Soweit die Rechtsprechung zu atypischen Verträgen, die im Rahmen von Leistungsgeflechten geschlossen werden, etwa Leasing-⁷² oder Franchiseverträge,⁷³ Leitbilder entwickelt hat, betreffen auch diese zweiseitigen Verträge. Deshalb bereitet es zudem Schwierigkeiten zu klären, wann ein mehrseitiges Vertragsprogramm wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist, vgl. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Typische und berechnete „Erwartungen der beteiligten Vertragskreise an einen Vertrag dieser Art“⁷⁴ werden regelmäßig nicht zu finden sein.

c) Konfliktlösung

Mehrseitige Bauverträge sehen zur Realisierung allseitiger Kooperation regelmäßig besondere Konfliktlösungsmechanismen vor. Auch dies kann die Kooperationsbereitschaft erhöhen. Sehr weitreichend ist der gelegentlich in Allianzverträgen vorzufindende Ansatz des „no litigation, no arbitration“.⁷⁵ Da dadurch die Anrufung von staatlichen Gerichten und von Schiedsgerichten ausgeschlossen wird, erscheint die Klausel mit § 1032 ZPO nicht vereinbar.⁷⁶ § 1032 ZPO zeigt, dass nur die Vereinbarung Schiedsgerichte anzurufen, es ermöglicht, den Weg zu staatlichen Gerichten vollständig auszuschließen. Insoweit hat auch der BGH ausgeführt, dass die Möglichkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes „durch Parteivereinbarung allenfalls in einzelnen konkreten Ausgestaltungen, nicht aber in seiner Substanz im Voraus abbe-

dungen werden“⁷⁷ kann. Neben der Vereinbarung von Schiedsklauseln dürfte es ohne weiteres möglich sein, Schlichtungs- oder Mediationsklauseln im mehrseitigen Vertrag vorzusehen.

V. Fazit

Die Vertragsfreiheit ermöglicht es, mehrseitige Verträge auch aus anderen Gründen als der Realisierung eines gemeinsamen Zweckes zu schließen. In Abgrenzung zu Gesellschaftsverträgen können sie als mehrseitige Austauschverträge bezeichnet werden. Die dogmatische Struktur mehrseitiger Austauschverträge ist durch eine „Parteientrias“ gekennzeichnet. Neben der Gläubiger- und der Schuldnerrolle kann eine Partei in der Rolle der – benannt nach der von *Zwanzger* geprägten Bezeichnung – Drittpartei am Vertrag beteiligt sein. Die Drittpartei ist nicht unmittelbar an dem Anspruch zwischen Gläubiger und Schuldner beteiligt, sondern Inhaberin eines (akzessorischen) Hilfsanspruchs.

Der mehrseitige Austauschvertrag kann genutzt werden, um Ziele der Kooperation zu verfolgen. Ein Praxisbeispiel bieten mehrseitige Verträge in der Baupraxis, welche sowohl die Bauplanung als auch die -ausführung regeln. Sie sind nicht ohne weiteres als Gesellschaftsverträge zu qualifizieren, da individuelle Einzelzwecke das Vertragsgefüge ebenfalls prägen. Der Abschluss eines mehrseitigen Vertrags beeinflusst das Haftungsgefüge. Bisweilen wird bei der Strukturierung von Leistungsgeflechten durch zweiseitige Verträge bemängelt, dass Haftungsrisiken unbeachtet blieben. Durch den Abschluss eines mehrseitigen Vertrags haben auch solche Parteien, die dem Schuldner nicht als Gläubiger, sondern als Drittpartei gegenüberstehen, vertragliche Schadensersatzansprüche und können bloße Vermögensschäden ersetzt verlangen. Umgekehrt kann der Vertrag genutzt werden, um Haftungsprivilegierungen zu vereinbaren. Inwieweit das AGB-Recht Haftungsfreizeichnungen im mehrseitigen Vertrag Grenzen setzt, ist gegenwärtig mit Rechtsunsicherheit behaftet.

69 BGH, Urt. v. 27. Juni 2007 – VIII ZR 149/06, NJW 2007, 3637 (3640); Erman-Roloff/Looschelders, § 307 BGB, Rn. 24.

70 Siehe *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 376.

71 Vgl. BGH, Urt. v. 13. Februar 2020 – IX ZR 140/19, NJW 2020, 1811 (1813); Urt. v. 23. November 2006 – X ZR 16/05, NJW-RR 2007, 1124 (1127).

72 BGH, Urt. v. 29. Oktober 2008 – VIII ZR 258/07, NJW 2009, 575 (577).

73 BGH, Urt. v. 5. November 1997 – VIII ZR 351/96, NJW 1998, 540 (543).

74 BeckOGK-Eckelt, § 307 BGB Rn. 170.

75 *Warda* (Fn. 19), S. 121f.

76 *Legner* (Fn. 67), S. 151.

77 BGH, Urt. v. 26. Januar 1989 – X ZR 23/87, NJW 1989, 1477.

Die Rechtsprechung des BGH zum GmbH-Recht im Jahre 2022

Prof. Dr. Gerhard Ring, Freiberg*

Der nachfolgende Beitrag soll – im Nachgang zu dem im vergangenen Jahr erschienenen Überblick zur Entwicklung

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht an der TU Bergakademie Freiberg und Mitherausgeber der NJ.