

LUTZ | ABEL

RECHT AKTUELL

02/2017

RECHT AKTUELL 02/2017

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

der US-Verlag Best Lawyers ermittelte in Deutschland wieder exklusiv für das Handelsblatt die renommiertesten Rechtsberater. Die diesjährige Handelsblatt-Edition basiert auf der 9. Ausgabe des Best-Lawyers-Ratings. Die Rangliste wurde auf Grundlage einer umfangreichen Peer-to-Peer-Umfrage erstellt. Das Ergebnis ist eine umfassende Übersicht der renommiertesten Juristen und Sozietäten in ganz Deutschland.

Wir freuen uns, dass in diesem Jahr fünf unserer Anwälte das Siegel „**Deutschlands Beste Anwälte 2017**“ tragen dürfen.

- Dr. Reinhard Lutz darf sich erneut zu den Besten seines Fachs im Bereich Prozessführung zählen. Zudem wurde er als einer der besten Anwälte im Bereich Gesellschaftsrecht prämiert.
- Dr. Wolfgang Abel gehört im privaten Baurecht zu Deutschlands besten Anwälten.
- Im Fachbereich Immobilienwirtschaftsrecht wurde Dr. Rainer Kohlhammer ausgezeichnet.
- Dr. Christian Dittert darf ebenfalls das Siegel „Deutschlands Beste Anwälte 2017“ im Bereich Prozessführung führen.
- Auch Dr. Marco Eickmann wurde dieses Jahr für den Fachbereich Gesellschaftsrecht ausgezeichnet.

Einzelheiten erfahren Sie auf unserer Website unter www.lutzabel.com.

Wir möchten diese Ausgabe von Recht Aktuell auch dazu nutzen, Sie darüber zu informieren, dass LUTZ | ABEL seinen Onlineauftritt überarbeitet hat und seine Mandanten, Interessenten und Follower nun mit einer komplett neu gestalteten Homepage über die Kanzlei, Veröffentlichungen und Veranstaltungen informiert.

Wie gewohnt erfahren Sie auf den nun folgenden Seiten Neues und Aktuelles aus den von uns betreuten Rechtsgebieten. Unsere Anwälte haben Ihnen wieder eine vielseitige Auswahl an Beiträgen zusammengestellt, die Ihnen relevante Informationen für Ihren beruflichen Alltag bieten. Bei Fragen wenden Sie sich bitte gerne an die Autoren.

Bitte beachten Sie darüber hinaus die zahlreichen Veranstaltungshinweise. Wir würden uns freuen, Sie zu dem ein oder anderen Termin begrüßen zu können. Nutzen Sie insbesondere bei unseren Frühstücksveranstaltungen die Möglichkeit des Austauschs mit anderen Teilnehmern sowie unseren Rechtsanwälten vor Ort.

Mit freundlichen Grüßen

Ihre LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH

VERANSTALTUNGEN

ARBEITSRECHT

20. Gunzenhausener IuK-Tage

Bayerische Akademie für Verwaltungs-Management GmbH

Dr. Philipp Byers u.a.

19. – 20. September 2017 in Gunzenhausen

Weitere Informationen finden Sie unter www.verwaltungs-management.de

Arbeitnehmerdatenschutz – Fachtagung 2017

TÜV Nord Akademie

Dr. Philipp Byers u.a.

21. September 2017 in Hamburg

Weitere Informationen finden Sie unter: www.tuev-nord.de

Mitarbeiterkontrollen: Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser

BECK Seminar

Dr. Philipp Byers

17. November 2017 in Düsseldorf

Weitere Informationen finden Sie unter www.beck-seminare.de

BEIHILFENRECHT

9. Speyerer Europarechtstage

Aktuelle Fragen des Europäischen Beihilferechts

Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Dr. Andreas Bartosch u.a.

25. – 26. September 2017 in Speyer

Weitere Informationen finden Sie unter www.uni-speyer.de

ERBRECHT

Erben und Vererben – Strategien der Vermögensnachfolge

Recht, Steuern, Finanzplanung

Veranstaltung gemeinsam mit der BHP Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und Schäfer Family Office Consulting

Dr. Alexander Henne, M. Jur. u.a.

26. Oktober 2017 in Stuttgart

GESELLSCHAFTSRECHT

BeckAkademie Seminare

Gesellschafterstreit – Typische Konfliktfelder
30. November 2017 in München

Dr. Reinhard Lutz,
Dr. Christian Dittert

Gesellschafterstreit im Prozess
1. Dezember 2017 in München

Dr. Reinhard Lutz,
Dr. Christian Dittert

Weitere Informationen finden Sie unter www.beck-seminare.de

PRIVATES BAURECHT

VDI-Fachkonferenz Rückbau von konventionellen Kraftwerken

VDI Wissensforum GmbH

Dr. Rainer Kohlhammer u.a.

10. – 11. Oktober 2017 in Karlsruhe

Weitere Informationen finden Sie unter www.vdi-wissensforum.de

Homogenbereiche nach VOB/C und Baugrund(-risiko)

– Hintergründe und Umgang

Technische Akademie Esslingen

Dr. Rainer Kohlhammer u.a.

25. – 26. Oktober 2017 in Esslingen

Weitere Informationen finden Sie unter www.tae.de

Rechtssichere und praxistaugliche Baustellendokumentation

Management Forum Starnberg

Dr. Rainer Kohlhammer u.a.

29. November 2017 in München

Weitere Informationen finden Sie unter www.management-forum.de

Einkauf von Bauleistungen

Management Forum Starnberg

Dr. Rainer Kohlhammer u.a.

12. Dezember 2017 in München

Weitere Informationen finden Sie unter www.management-forum.de

VERANSTALTUNGEN

VERGABERECHT

Grundlagen des Vergabewesens – Schwerpunkt VOB –

13. – 14. September 2017 in Kirchseeon
16. – 17. Oktober 2017 in Lauingen

Dr. Christian Kokew

Vergabewesen – Liefer- und Dienstleistungen (Grundseminar)

27. November 2017 in München
19. Dezember 2017 in Nürnberg

Dr. Christian Kokew

Weitere Informationen finden Sie unter www.bvs.de

KONTAKT

Für Fragen zu den Veranstaltungen und zur Anmeldung stehen Ihnen die Referenten sowie Maximilian Schmidt-Pauly (Telefon: +49 89 54 41 47-0, E-Mail: schmidt-pauly@lutzabel.com) gerne zur Verfügung.

Weitere Informationen finden Sie darüber hinaus auf unserer Internetseite unter www.lutzabel.com.

INHALTSVERZEICHNIS

Arbeitsrecht

- | | | |
|----|---|------------------|
| 8 | Unbillige Weisungen – Konsequenzen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer | Kathrin Wenzel |
| 11 | Die Reform des AÜG – ein Überblick für Unternehmen | Manuela Kerscher |

Privates Baurecht

- | | | |
|----|---|--------------|
| 15 | Erstattungsfähigkeit der Kosten des Nachtragsmanagements nach der VOB/B | Julian Stahl |
|----|---|--------------|

Öffentliches Baurecht

- | | | |
|----|---|---------------------|
| 19 | § 650m BGB als Schnittstelle zum Bauordnungsrecht | Dr. Christian Braun |
|----|---|---------------------|

Gesellschaftsrecht

- | | | |
|----|--|---|
| 21 | Verwässerungsschutz in Beteiligungsverträgen: Regelungsoptionen und Hintergründe | Dr. Bernhard Noreisch, LL.M.
Philipp Hoene |
| 23 | GmbH: Neue Anforderungen an die Liste der Gesellschafter | Matthias Sauter |

Kartell- und Beihilfenrecht

- | | | |
|----|---|--------------------------|
| 25 | Fusionskontrolle: Zusätzliche Aufgreifschwelle erfasst den Erwerb von Start-ups (nur) bei hohem Kaufpreis | Christoph Richter |
| 30 | Kartellschadensersatz für LKW-Käufer: Die Verjährungsfristen laufen | Dr. Marius Mann, M. Jur. |

IT-Recht und Datenschutz

- | | | |
|----|---|-------------------|
| 33 | Datenschutz-Compliance: Bundesrat verabschiedet neues Bundesdatenschutzgesetz | Dr. André Schmidt |
|----|---|-------------------|

ARBEITSRECHT

Unbillige Weisungen – Konsequenzen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer

RAin Kathrin Wenzel | wenzel@lutzabel.com

1. Einführung

Die von Arbeitnehmern zu erbringende Arbeitsleistung ergibt sich in der Regel erst aus einer Vielzahl von Weisungen durch den Arbeitgeber. So skizzieren Arbeitsverträge die Pflichten des Arbeitnehmers oftmals nur grob. Welche Tätigkeiten der Arbeitnehmer konkret zu erledigen hat, bestimmt der Arbeitgeber sodann im laufenden Arbeitsverhältnis einseitig aufgrund seines Weisungsrechts. Gleiches gilt für die konkreten Arbeitszeiten sowie den konkreten Arbeitsort. Seine rechtliche Stütze findet das einseitige Weisungsrecht des Arbeitgebers in § 106 Gewerbeordnung (GewO). Dort ist geregelt, dass der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen kann, soweit der Arbeitsvertrag, kollektivrechtliche Regelungen oder gesetzliche Vorschriften hierzu keine verbindlichen Vorgaben enthalten. Um die Weisung nach billigem Ermessen auszuüben, muss der Arbeitgeber die wesentlichen Umstände des konkreten Falls sowie die beiderseitigen Interessen der Arbeitsvertragsparteien berücksichtigen.

In der Praxis sind sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer oftmals uneinig darüber, was als billige Weisung anzusehen ist. Seit einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) aus dem Jahr 2012 wird in Rechtsprechung und Literatur kontrovers diskutiert, ob sich der Arbeitnehmer an eine unbillige Weisung des Arbeitgebers bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung durch die Gerichte halten muss. Der Fünfte Senat des BAG vertrat in seinem Urteil vom 22.02.2012 (Az.: 5 AZR 249/11) die Auffassung, dass unbillige Weisungen des Arbeitgebers so lange für den Arbeitnehmer verbindlich seien, bis die Unbilligkeit rechtskräftig festgestellt ist. Diese Auffassung stieß in der Literatur und auch in den unteren Instanzen der Rechtsprechung auf heftige Kritik, da sie für den

Arbeitnehmer weitreichende Folgen haben kann. Der Arbeitnehmer ist durch diese Entscheidung letztlich dazu gezwungen, unbilligen Weisungen des Arbeitgebers so lange Folge zu leisten, bis die Unbilligkeit rechtskräftig festgestellt wurde. Dies kann für den Arbeitnehmer bedeuten, dass er beispielsweise einer örtlichen Versetzung Folge leisten muss, auch wenn sein neuer Arbeitsort weit von seinem bisherigen Wohnort und gegebenenfalls seiner Familie entfernt ist. Anderenfalls riskiert der Arbeitnehmer, seinen Vergütungsanspruch zu verlieren, da er seine Arbeitsleistung, ohne dazu berechtigt zu sein, verweigert. Daneben drohen dem Arbeitnehmer in einem solchen Fall aber auch disziplinarische Maßnahmen in Form einer Abmahnung oder gar einer verhaltensbedingten Kündigung. So nutzten in der Praxis Arbeitgeber die Entscheidung des Fünften Senats des BAG zuweilen auch, um durch vermeintlich unbillige Weisungen etwaige Beendigungsgespräche voranzutreiben oder gar erst zu ermöglichen.

Durch das Urteil des LAG Hamm vom 17.03.2016 (Az.: 17 Sa 1660/13) kam erneut Schwung in diese Thematik. Das LAG Hamm folgt in seinem Urteil vom 17.03.2016 der Argumentation der Literatur und einiger Instanzgerichte und stellte sich damit gegen die Entscheidung des Fünften Senats des BAG.

2. Entscheidung des LAG Hamm vom 17.03.2016

Der Kläger ist bei der Beklagten seit 2001 angestellt. Zuletzt war er als Immobilienkaufmann am Standort Dortmund beschäftigt. Im Jahr 2013/14 war zwischen den beiden Parteien ein Kündigungsrechtsstreit wegen Arbeitszeitbetrugs anhängig, der zugunsten des Klägers entschieden wurde.

Im März 2014 weigerten sich Mitarbeiter der Beklagten, mit dem Kläger weiter zusammenzuarbeiten.

Daraufhin teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie ihn für die Zeit vom 16.03.2015 bis zum 30.09.2015 am Standort Berlin einsetzen werde. Sie sagte ihm zu, die Kosten für die doppelte Haushaltsführung für 24 Monate zu erstatten. Da der Kläger die Aufnahme seiner Arbeitstätigkeit am Standort Berlin verweigerte, mahnte ihn die Beklagte mehrfach ab und kündigte schließlich das Arbeitsverhältnis fristlos. Der Kläger erhob u.a. Klage, um feststellen zu lassen, dass er nicht verpflichtet war, der Weisung des Arbeitgebers Folge zu leisten. Des Weiteren begehrte der Kläger, dass die Abmahnung aus seiner Personalakte entfernt werde. In einem weiteren Verfahren wandte sich der Kläger zudem gegen die fristlose Kündigung seines Arbeitsverhältnisses.

Das LAG Hamm gab der Klage vollumfänglich statt. Zunächst stellte das LAG Hamm fest, dass die Weisung der Beklagten, der Kläger müsse seine Arbeitsleistung in der Zeit vom 16.03.2015 bis zum 30.09.2015 am Standort Berlin erbringen, unbillig war. Anschließend setzte sich das LAG Hamm dezidiert mit der Entscheidung des Fünften Senats des BAG aus dem Jahr 2012 auseinander und lehnte dessen Auffassung vollumfänglich ab. Nach Auffassung des LAG Hamm widerspricht eine Bindung an eine unbillige Weisung dem Wortlaut des § 315 Abs. 1 S. 1 BGB und des § 106 S. 1 GewO. Beide Regelungen setzten die Billigkeit der Leistungsbestimmung voraus, an der es bei einer unbilligen Weisung aber gerade fehle. Der Arbeitnehmer könne im Fall einer unbilligen Weisung lediglich dazu verpflichtet sein, sich in irgendeiner Form auf die Unbilligkeit zu berufen. Die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens – wie vom Fünften Senat des BAG vertreten – könne vom Arbeitnehmer hingegen nicht verlangt werden. § 315 Abs. 3 BGB statuiere gerade keine Klagelast. Habe der Arbeitnehmer deutlich gemacht, dass er der unbilligen Weisung nicht folgt, sei die Weisung für ihn nicht bindend.

Das LAG Hamm weist in diesem Zusammenhang auch ausdrücklich darauf hin, dass die Rechtsprechung des Fünften Senats des BAG nach seiner Auffassung zu nicht hinnehmbaren Konsequenzen für den Arbeitnehmer und zu einer untragbaren Risikoverlagerung führt. Wird die vorläufige Verbindlichkeit bejaht, würde in letzter Konsequenz ein Urteil erst im Nachhinein die Verbindlichkeit aufheben. Damit liegt eine abmahnfähige Pflichtverletzung vor, wenn der Arbeitnehmer den Weisungen des Arbeitgebers nicht nachkommt. Arbeitnehmer, die unbillige Weisungen des Arbeitgebers nicht beachten, laufen mit hin Gefahr, wegen Arbeitsverweigerung gekündigt zu

werden. Überdies gerät der Arbeitnehmer in Schuldner- und nicht der Arbeitgeber in Annahmeverzug. Dies hat zur Folge, dass dem Arbeitnehmer keine Vergütungsansprüche zustehen, obwohl die Arbeitgeberweisung in Widerspruch zu den gesetzlichen Bestimmungen steht, die die Billigkeit voraussetzen. Auch dem Argument der angeblichen Rechtssicherheit bei einer vorläufigen Verbindlichkeit einer unbilligen Weisung widerspricht das LAG Hamm. Es könne von einem durchschnittlichen Arbeitnehmer nicht erwartet werden, dass er die juristischen Unterschiede zwischen nichtigen Weisungen, die er nicht befolgen muss, und unbilligen Weisungen, die er zunächst bis zur gerichtlichen Entscheidung befolgen muss, kennt. Dies hätte letztlich zur Folge, dass ein Arbeitnehmer bei jeglichen Weisungen zunächst rechtskundigen Rat einholen muss, um die weitreichenden Konsequenzen seiner Weigerung, der Weisung nachzukommen, abschätzen zu können. Insofern schaffe die Entscheidung des Fünften Senats des BAG eher weniger Rechtssicherheit.

Gegen das Urteil des LAG Hamm legte die Beklagte Revision ein, so dass sich der Zehnte Senat des BAG mit dem Thema der unbilligen Arbeitgeberweisungen auseinandersetzen musste.

3. Entscheidung des BAG vom 14.06.2017

In seinem Urteil vom 14.06.2017 (Az.: 10 AZR 330/16) stellt der Zehnte Senat des BAG fest, dass er der Auffassung des LAG Hamm gerne folgen würde. Auch der Zehnte Senat des BAG ist der Auffassung, dass ein Arbeitnehmer nicht dazu verpflichtet ist, einer unbilligen Weisung des Arbeitgebers Folge zu leisten. Dies könne auch nicht bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die Unbilligkeit der Weisung gelten. Allerdings kann der Zehnte Senat diese Auffassung erst dann der Entscheidung in dem vorliegenden Rechtsstreit zugrunde legen, wenn der Fünfte Senat vorher erklärt, dass er an seiner Rechtsauffassung aus dem Jahr 2012 nicht mehr festhält. Rückt der Fünfte Senat des BAG auf die Anfrage des Zehnten Senats hin nicht von seiner bisherigen Rechtsauffassung ab, muss der Große Senat des BAG über diese Rechtsfrage entscheiden.

4. Praxisfolgen der Entscheidung des BAG vom 14.06.2017

Mit der Entscheidung des Zehnten Senats des BAG vom 14.06.2017 dürfte die Frage, ob Arbeitnehmer unbillige Arbeitgeberweisungen befolgen müssen,

künftig anders zu beantworten sein. Rückt der Fünfte Senat des BAG nicht selbst von seiner bisherigen Rechtsprechung ab, ist davon auszugehen, dass der Große Senat des BAG klarstellen wird, dass unbillige Weisungen des Arbeitgebers von dem betroffenen Arbeitnehmer auch nicht vorläufig befolgt werden müssen.

Es stellt sich jedoch die Frage, welche Konsequenzen die neue Rechtsprechung in Bezug auf unbillige Arbeitgeberweisungen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber hat. Liegt eine unbillige Weisung vor, muss der Arbeitnehmer dieser Weisung nicht Folge leisten. Er muss gegenüber dem Arbeitgeber lediglich zum Ausdruck bringen, dass er die Weisung für unbillig hält und ihr deshalb nicht nachkommt. Bietet der Arbeitnehmer nach wie vor die von ihm bisher erbrachte Leistung an, behält er grundsätzlich seinen Vergütungsanspruch, wenn die Weisung des Arbeitgebers unbillig war. Der Arbeitgeber gerät in diesem Fall in Annahmeverzug, sofern er die angebotene Leistung nicht annimmt. Allerdings ist es für den Arbeitnehmer nach wie vor nicht ohne Risiko, wenn er sich weigert, die Weisung seines Arbeitgebers zu befolgen. In der Praxis lässt sich oftmals nicht rechtssicher beurteilen, ob eine Weisung des Arbeitgebers billig oder unbillig ist. Folglich besteht in den meisten Fällen ein gewisses Risiko, dass der Arbeitnehmer die Weisung des Arbeitgebers fälschlicherweise als unbillig einstuft. Sollte sich nachträglich herausstellen, dass die Weisung entgegen der Einschätzung des Arbeitnehmers wirksam war, verliert der Arbeitnehmer bei einer Nichtbefolgung dieser Weisung seinen Vergütungsanspruch. Zudem muss der Arbeitnehmer damit rechnen, dass der Arbeitgeber keine Vergütung zahlt, wenn sich der Arbeitnehmer weigert, die Weisung zu befolgen und damit letztlich in den meisten Fällen keine Arbeitsleistung erbringt. In diesem Fall ist der Arbeitnehmer gezwungen, seinen Vergütungsanspruch gerichtlich geltend zu machen, was auch bei einem Obsiegen mit einer gewissen Kostenlast in Form von Anwaltskosten verbunden

sein kann. In der Praxis müssen Arbeitnehmer, die sich einer Weisung ihres Arbeitgebers widersetzen, ferner auch weiterhin damit rechnen, dass sie eine Abmahnung und in letzter Konsequenz sogar eine Kündigung erhalten. In einem sich anschließenden Kündigungsschutzprozess muss dann geklärt werden, ob die vom Arbeitgeber erteilte Weisung unbillig war und der Arbeitnehmer diese daher zu Recht nicht befolgt hat. Kommt das Arbeitsgericht zu dem Ergebnis, dass die arbeitgeberseitige Weisung rechtmäßig war, wird im Zweifel auch die streitgegenständliche Kündigung wirksam sein. Vor diesem Hintergrund müssen Arbeitnehmer auch künftig genau abwägen, ob sie sich einer Weisung des Arbeitgebers widersetzen wollen und damit das Risiko eingehen, zunächst keine Vergütung mehr zu erhalten oder gar ihren Arbeitsplatz zu verlieren.

Arbeitgeber müssen künftig darauf achten, dass sich eine verhaltensbedingte Kündigung künftig voraussichtlich nicht mehr auf die bloße Arbeitsverweigerung stützen lässt. Nach der dargestellten neueren Tendenz in der Rechtsprechung trifft den Arbeitnehmer im Falle einer unbilligen Weisung keine Pflicht, diese zu befolgen. Damit kommt auch eine verhaltensbedingte Kündigung nicht in Betracht. Weigert sich der Arbeitnehmer jedoch, eine billige Weisung zu befolgen, stellt dies nach wie vor eine abmahnfähige Pflichtverletzung dar, die bei beharrlicher Arbeitsverweigerung auch eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen kann.



Kathrin Wenzel

— Rechtsanwältin
— Fachanwältin für Arbeitsrecht
wenzel@lutzabel.com

Die Reform des AÜG – ein Überblick für Unternehmen

RAin Manuela Kerscher | kerscher@lutzabel.com

I. Ziele der AÜG-Reform

Zum 01.04.2017 ist nach einem langen Gesetzgebungsprozess eine Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes („AÜG“) in Kraft getreten. Der Reform dieses Gesetzes lagen verschiedene Ziele zugrunde. Zwar ist grundsätzlich beabsichtigt, die Arbeitnehmerüberlassung als flexible Möglichkeit des Fremdpersonaleinsatzes zu erhalten. Gleichzeitig soll die Arbeitnehmerüberlassung jedoch auf ihre Kernfunktionen zurückgeführt werden. Der Verleih von Arbeitnehmern soll dazu dienen, den Entleihern die nötige Flexibilität im Falle von Auftragsspitzen oder Vertretungsbedarf zu ermöglichen. Die Gesetzesänderung bezweckt zudem, einer Verdrängung der Stammebelegschaft entgegen zu wirken, die Stellung von Leiharbeitnehmern zu stärken und den Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen zu verhindern.

II. Relevante Änderungen durch die AÜG-Reform zum 01.04.2017

Dieser Beitrag soll im Folgenden einen kurzen – jedoch nicht abschließenden – Überblick über die besonders praxisrelevanten neuen gesetzlichen Anforderungen verschaffen.

1. Begriff der Arbeitnehmerüberlassung

Im Zuge der Gesetzesänderung wurde in § 1 Abs. 1 S. 1 und 2 AÜG nunmehr eine Definition der Arbeitnehmerüberlassung aufgenommen. Eine Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn Arbeitgeber als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen. Im Gegensatz zum herkömmlichen Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht bei der Arbeitnehmerüberlassung die Besonderheit, dass der Leiharbeiter nicht alleine für seinen Arbeitgeber – den Verleiher – tätig wird. Durch die Arbeitnehmerüberlassung wird vielmehr dem Entleiher ermöglicht, die Leiharbeiter nach eigenen Vorstellungen und zum eigenen Vorteil in seinem Betrieb einzusetzen. Daher wird in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG weiter konkretisiert, dass Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlassen

werden, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen. Durch diese Definition wurden die von der Rechtsprechung aufgestellten Abgrenzungskriterien normiert. Sie dient der Abgrenzung zwischen einem Leiharbeiter und einem Erfüllungsgehilfen im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrages. Die neue Definition der Arbeitnehmerüberlassung allein ermöglicht jedoch noch keine eindeutige Einordnung eines Arbeitseinsatzes als Arbeitnehmerüberlassung, so dass stets eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen ist.

2. Verbot der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung

Durch die Gesetzesänderung des AÜG wird klargestellt, dass die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen von „Scheindienst-“ bzw. „Scheinwerkverträgen“ eine missbräuchliche Gestaltung eines Fremdpersonaleinsatzes darstellt. Bisher haben zahlreiche Unternehmen, die im Rahmen eines Werkvertrages für ein anderes Unternehmen tätig waren (obwohl tatsächlich eine Arbeitnehmerüberlassung vorlag), eine Verleiherlaubnis i.S.d. AÜG vorgehalten (sog. „Vorratserlaubnis“). Für den Fall, dass festgestellt wurde, dass die Vertragsbeziehung zwischen den Unternehmen keinen Werkvertrag, sondern eine Arbeitnehmerüberlassung darstellte, drohten bisher aufgrund der Vorratserlaubnis abgesehen vom Widerruf der Verleiherlaubnis keine negativen arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen.

Nunmehr normieren § 1 Abs. 1 S. 5 und 6 AÜG Offenlegungspflichten in Bezug auf die Arbeitnehmerüberlassung. Verleiher und Entleiher müssen die Überlassung von Leiharbeitnehmern vor der Arbeitnehmerüberlassung in ihrem Vertrag ausdrücklich als solche bezeichnen. Zudem muss die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag konkretisiert werden.

Durch die Offenlegungspflichten sind Unternehmen gezwungen, Einsätze von Fremdpersonal sorgfältig dahingehend zu prüfen, ob eine Arbeitnehmerüberlassung oder beispielsweise eine Tätigkeit auf der Grundlage eines Werk- oder Dienstvertrages vor-

liegt. Wird ein Personaleinsatz tatsächlich als Arbeitnehmerüberlassung durchgeführt und gegen die Offenlegungspflichten aus § 1 Abs. 1 S. 5 und 6 AÜG verstoßen – indem das Vertragsverhältnis z.B. als Werk- oder Dienstvertrag deklariert wird –, drohen empfindliche Konsequenzen. Das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer ist gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG unwirksam. Anstelle dieses Arbeitsverhältnisses kommt gem. § 10 Abs. 1 AÜG grundsätzlich ein neues Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher zustande. Das Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer gilt zu dem Zeitpunkt als zustande gekommen, zu dem der Beginn der Tätigkeit des Leiharbeitnehmers vorgesehen war.

In diesem Zusammenhang hat jedoch der Leiharbeitnehmer ein Widerspruchsrecht (sog. „Festhaltungserklärung“) gem. § 9 AÜG. Übt der Leiharbeitnehmer sein Widerspruchsrecht wirksam aus, kommt ausnahmsweise trotz Verstoßes gegen die Offenlegungspflichten kein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher zustande. Der Leiharbeitnehmer kann vielmehr auf die Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses mit dem Verleiher bestehen. Der Leiharbeitnehmer muss den Widerspruch binnen einer Frist von einem Monat schriftlich nach seiner Wahl gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher erklären. Die Widerspruchsfrist beginnt regelmäßig mit dem vorgesehenen Tätigkeitsbeginn. In der Praxis wird diese Frist wohl häufig unbemerkt ablaufen, da es für den Fristbeginn nicht darauf ankommt, dass dem Leiharbeitnehmer die Voraussetzungen und Umstände des Widerspruchsrechts bekannt sind. Der Widerspruch ist weiter nur wirksam, wenn der Leiharbeitnehmer seine Widerspruchserklärung persönlich bei einer Agentur für Arbeit vorlegt, die Agentur für Arbeit die Vorlage und die Identität des Leiharbeitnehmers bestätigt sowie die Erklärung spätestens am dritten Tag nach der Vorlage in der Agentur für Arbeit dem Verleiher und dem Entleiher zugeht. Auch diese Anforderungen werden in der Praxis zu Erschwerungen für die Ausübung des Widerspruchsrechts führen. Widerspricht der Leiharbeitnehmer wirksam, besteht das Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher grundsätzlich unverändert fort. Dies gilt jedoch nicht, wenn die rechtswidrige Überlassung nach dem Widerspruch fortgeführt wird. In diesem Fall kommt es zur endgültigen Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher mit der Folge, dass endgültig ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher entsteht. Wichtig ist noch, dass ein vor Beginn der Widerspruchsfrist – also ein vor Beginn der Tätigkeit

des Leiharbeitnehmers beim Entleiher – abgegebener Widerspruch unwirksam ist (vgl. § 9 Abs. 3 S. 1 AÜG). Verleiher und Entleiher können somit nicht bereits vorab vorsorglich Festhaltungserklärungen vorhalten.

Ein Verstoß gegen die Offenlegungspflichten des § 1 Abs. 1 S. 5 und 6 AÜG stellt eine Ordnungswidrigkeit dar und kann daher zu Bußgeldern führen. Zudem droht der Entzug oder die Nichtverlängerung der Verleiherlaubnis.

Als weitere Offenlegungspflicht muss auch dem Arbeitnehmer sein Einsatz als Leiharbeitnehmer aufgedeckt werden (vgl. § 11 Abs. 2 S. 4 AÜG). Die Arbeitnehmer sollen künftig darüber informiert werden, ob sie als Leiharbeitnehmer oder als Erfüllungsgehilfen im Rahmen eines Werk-/Dienstvertrags tätig werden. Dies soll wiederum dazu dienen, missbräuchliche Vertragsgestaltungen zu verhindern und die Leiharbeitnehmer zu schützen. Ein Verstoß gegen diese Informationspflicht kann mit einer Geldbuße geahndet werden.

3. Überlassungshöchstdauer

Durch die AÜG-Reform wurde eine Überlassungshöchstdauer eingeführt. Auch bisher war schon normiert, dass eine Arbeitnehmerüberlassung nur „vorübergehend“ erfolgen darf. Allerdings war nicht gesetzlich festgelegt, welcher Zeitraum noch als „vorübergehend“ anzusehen ist. Zudem waren an eine nicht nur „vorübergehende“ Überlassung keine Sanktionen gekoppelt. Nach § 1 Abs. 1b S. 1 AÜG darf der Verleiher einen Leiharbeitnehmer nunmehr nicht über einen Zeitraum von 18 Monaten hinaus an einen Entleiher überlassen. Die Regelung richtet sich ferner ebenso an den Entleiher, der den Leiharbeitnehmer seinerseits nicht länger als 18 Monate bei sich tätig werden lassen darf. Die neue Fassung des AÜG sieht in § 1 Abs. 1b S. 3 bis 8 AÜG bestimmte Abweichungsmöglichkeiten von dieser 18-monatigen Frist durch Tarifverträge der Einsatzbranche oder Betriebsvereinbarungen vor.

Die gesetzliche Überlassungshöchstdauer ist nach überwiegender Ansicht personen- und nicht arbeitsplatzbezogen zu bestimmen. Durch die Formulierung in § 1 Abs. 1b S. 1 AÜG („denselben Leiharbeitnehmer“) wird ein eindeutiger Personenbezug hergestellt. Es bleibt damit zulässig, Leiharbeitnehmer nach 18 Monaten beim Entleiher abziehen und durch einen anderen Leiharbeitnehmer zu ersetzen.

Ebenso ist die Rotation eines Leiharbeitnehmers zwischen verschiedenen Entleihern möglich. Gem. § 1 Abs. 1b S. 2 AÜG werden Einsatzzeiten des Leiharbeitnehmers durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher angerechnet. Eine Anrechnung findet dagegen nicht statt, wenn zwischen den Einsätzen mehr als drei Monate liegen. Im Falle einer Unterbrechung des Einsatzes von mehr als drei Monaten kann die Überlassungsdauer für den jeweiligen Leiharbeitnehmer beim Entleiher wieder voll ausgeschöpft werden. Die Frist von 18 Monaten beginnt mit dem tatsächlichen Einsatz des Leiharbeitnehmers beim Entleiher. Einsatzzeiten vor dem 01.04.2017 müssen für die Berechnung der Überlassungshöchstdauer nicht berücksichtigt werden.

Unternehmen ist zu empfehlen, ein System zur Überwachung der Überlassungshöchstdauer zu etablieren. Die Rechtsfolgen von Verstößen sind erheblich. Wird die Höchstdauer auch nur kurzfristig überschritten, können Bußgelder verhängt werden. Zudem droht der Entzug bzw. die Nichtverlängerung der Verleiherlaubnis. Die für Unternehmen wahrscheinlich gravierendste Rechtsfolge einer Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer liegt jedoch darin, dass der zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer bestehende Arbeitsvertrag unwirksam und ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher fingiert wird (vgl. §§ 9 Abs. 1 Nr. 1a, 10 Abs. 1 AÜG). Diese Rechtsfolge kann wiederum nur vermieden werden, wenn der Leiharbeitnehmer fristgerecht und wirksam eine sog. Festhaltungserklärung abgibt. Die einmonatige Widerspruchsfrist beginnt in diesem Fall im Zeitpunkt der Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer. Hinsichtlich der formellen Anforderungen gelten ebenfalls die oben in Abschnitt 2. dargestellten Grundsätze.

Aufgrund dieser Neuregelungen sollten Unternehmen Einsatz- und Unterbrechungszeiten von Leiharbeitnehmern genau im Auge behalten und prüfen, mit welchen Mitteln sie die Einhaltung der Überlassungshöchstdauer sicherstellen können. Gerade im Hinblick auf die Anrechnungsregel und die Rechtsfolgen einer Überschreitung der Überlassungshöchstdauer sollten Verleiher u.a. beobachten, an welche Entleiher der Leiharbeitnehmer in den letzten drei Monaten überlassen worden ist oder ob und gegebenenfalls welche kollektivvertraglichen Überlassungshöchstgrenzen beim Entleiher gelten. In diesem Zusammenhang sollte der Verleiher durch entsprechende Gestaltung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags bzw. des Leiharbeitsvertrags vertragliche Aus-

kunftsansprüche vereinbaren. Im Gesetz sind derartige Auskunftsansprüche nicht explizit vorgesehen.

4. Verbot der sog. „Kettenüberlassung“

§ 1 Abs. 1 S. 3 AÜG regelt in der Neufassung, dass die Überlassung und das Tätigwerdenlassen von Arbeitnehmern als Leiharbeitnehmer nur zulässig ist, soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht. Damit will der Gesetzgeber klarstellen, dass ein Ketten-, Zwischen- oder Weiterverleih von Leiharbeitnehmern unzulässig ist. Folglich ist nun ausdrücklich gesetzlich geregelt, dass ein Leiharbeitnehmer, der von seinem vertraglichen Arbeitgeber einem anderen Unternehmen überlassen wird, von diesem nicht mehr weiterverliehen werden darf. Hintergrund dieses Verbots der sog. „Kettenüberlassung“ ist, dass der Arbeitnehmer in dieser Konstellation von seinem Arbeitgeber nicht zur Arbeitsleistung überlassen wird und damit die Voraussetzungen einer Arbeitnehmerüberlassung nicht gegeben sind.

Ein Verstoß gegen das Verbot der Kettenüberlassung stellt eine Ordnungswidrigkeit für den Verleiher und den Entleiher dar, weswegen beiden Unternehmen Geldbußen drohen (vgl. § 16 Abs. 1 Nr. 1b AÜG). Zudem droht der Entzug oder die Nichtverlängerung der Verleiherlaubnis. Besonders beachten sollten Unternehmen in diesem Zusammenhang jedoch § 10a AÜG. § 10a AÜG verweist auf § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis 1b und § 10 AÜG. Wenn innerhalb der Überlassungskette an einer Stelle eine Verleiherlaubnis fehlt und/oder im Rahmen der Kettenüberlassung die Überlassungshöchstdauer überschritten wird und/oder eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung stattfindet, wird in diesen Fällen das Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und seinem vertraglichen Arbeitgeber unwirksam; es wird ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Unternehmen, bei dem der Arbeitnehmer tatsächlich eingesetzt wird, fingiert. Diese Rechtsfolge kann wiederum nur vermieden werden, wenn der Arbeitnehmer sein Widerspruchsrecht wirksam ausübt. In der Praxis wird in diesen Fällen allerdings die Widerspruchsfrist oftmals bereits abgelaufen sein, so dass es bei der gesetzlichen Rechtsfolge bleibt.

5. Stärkung des Equal-Pay-Grundsatzes

Gem. § 8 Abs. 1 S. 1 AÜG sind die Verleiher verpflichtet, den Leiharbeitnehmern für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers

für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen zu gewähren. Dies gilt insbesondere für das Arbeitsentgelt (sog. „Equal Pay“). Damit sollen Leiharbeiter der Stammbesellschaft im Entleiherbetrieb gleichgestellt werden. § 8 Abs. 2 AÜG ermöglicht weiterhin Abweichungen durch Tarifvertrag. Es ist jedoch zu beachten, dass Leiharbeiter künftig – auch im Falle einer tarifvertraglichen Abweichung – spätestens nach neun Monaten Anspruch auf Equal Pay haben. Eine weitere Besonderheit regelt in diesem Zusammenhang § 8 Abs. 4 S. 2 AÜG. Leiharbeiter haben spätestens ab einer Einsatzdauer von 15 Monaten Anspruch auf Equal Pay, wenn ein Tarifvertrag bereits nach längstens sechs Wochen stufenweise Lohnaufstockungen vorsieht.

Kurzfristige Unterbrechungen der Überlassungszeiten bleiben bei der Berechnung dieser Fristen außer Betracht. Gem. § 8 Abs. 4 S. 4 AÜG sind die Überlassungszeiten eines Leiharbeiters beim gleichen Entleiher unabhängig von der Person des Verleihers zusammenzurechnen, wenn sie weniger als drei Monate auseinanderliegen.

Unternehmen ist zu empfehlen, ein System zur Überwachung der Fristen zu etablieren. Wird gegen den Equal-Pay-Grundsatz verstoßen, führt dies zur Unwirksamkeit derjenigen Vereinbarungen, die schlechtere Arbeitsbedingungen für den Leiharbeiter vorsehen. Zudem stellt ein Verstoß gegen den Equal-Pay-Grundsatz eine Ordnungswidrigkeit dar und kann daher zu Bußgeldern führen. Weiter droht der Entzug oder die Nichtverlängerung der Verleiherlaubnis.

Um seine Entgeltverpflichtungen ordnungsgemäß erfüllen zu können, benötigt der Verleiher angesichts der Anrechnungsregel des § 8 Abs. 4 S. 4 AÜG Auskunft, ob und – wenn ja – von welchen anderen Ver-

leihern der Leiharbeiter ggf. in den letzten drei Monaten an den jeweiligen Entleiher überlassen worden ist. Entsprechende Auskunftsansprüche sollten im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bzw. im Leiharbeitervertrag geregelt werden.

III. Fazit

Die AÜG-Reform stellt Unternehmen aktuell vor große Herausforderungen, die sich aber über entsprechende Maßnahmen oftmals in den Griff kriegen lassen. Viele Einzelheiten der neuen gesetzlichen Regelungen sind noch ungeklärt und umstritten. Unternehmen sollten sich daher eingehend mit den Neuregelungen befassen, um die erheblichen Konsequenzen von Verstößen gegen das AÜG zu vermeiden. Bestehende und künftige Fremdpersonaleinsätze sollten – auch regelmäßig im Laufe des Einsatzes – kritisch dahingehend geprüft werden, ob in der tatsächlichen Durchführung eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, um insbesondere die Offenlegungspflichten wahren zu können. Weiter sollten Unternehmen Vorkehrungen treffen, um die zahlreichen Fristen – insbesondere im Zusammenhang mit der Überlassungshöchstdauer und dem Equal-Pay-Grundsatz – überwachen zu können. In diesem Zusammenhang müssen bereits im Rahmen der Vertragsgestaltung bestimmte Auskunftspflichten statuiert werden.



Manuela Kerscher
_ Rechtsanwältin
kerscher@lutzabel.com

PRIVATES BAURECHT

Erstattungsfähigkeit der Kosten des Nachtragsmanagements nach der VOB/B

RA Julian Stahl | stahl@lutzabel.com

1. Einführung

Auftragnehmer stellen sich bei der Bearbeitung von geänderten oder zusätzlichen Leistungen nach deren Anordnung durch den Auftraggeber häufig die Frage: Ist die Bearbeitung eines Nachtrags eine vergütungsfähige Leistung?

Bei der Planung und Durchführung von Leistungsänderungen oder zusätzlichen Leistungen im Rahmen eines Bauvorhabens können den Auftragnehmern ganz erhebliche Mehrkosten entstehen, die nicht mit über die Einzelkosten der Teilleistung bzw. die üblichen Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten (im Folgenden AGK) oder Baustellengemeinkosten (im Folgenden BGK) vergütet werden.

Unter dem Schlagwort „Nachtragsmanagement“ oder „Nachtragsbearbeitungskosten“ werden etwa die Kosten einer (intensiveren) baubegleitenden Rechtsberatung, der Nachtragsprüfung oder Nachtragerstellung zusammengefasst. Gleiches gilt für den mit der Leistungsänderung bzw. zusätzlichen Leistung einhergehenden Planungsaufwand und die (zusätzliche) Koordination auf der Baustelle.

Die Vergütung der Kosten des Nachtragsmanagements wird von Auftraggebern regelmäßig ohne nähere Begründung abgelehnt. Die Vergütung im Zusammenhang mit der Prüfung und Bearbeitung von Nachträgen ist hoch umstritten und bislang in der Rechtsprechung nicht geklärt. Aus den hierzu vorliegenden Urteilen sind kaum verbindliche Grundsätze abzuleiten.

Dieser Beitrag soll zeigen, dass die besseren Argumente für eine Erstattungsfähigkeit der Kosten des Nachtragsmanagements sprechen, wenn dieses präzise dokumentiert wird.

2. Rechtliche Einordnung

Eine spezielle Regelung zur Vergütung von Nachtragsbearbeitungskosten enthalten die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) und das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) nicht. Es ist daher im Einzelfall genau zu prüfen, was die Anordnung einer Leistungsänderung bzw. einer zusätzlichen Leistung beinhaltet. Dies gilt insbesondere für Planungsleistungen bzw. die Vorarbeiten zur Erstellung des Nachtragsangebots.

Gemäß § 2 Abs. 5 S. 1 bzw. Abs. 6 Nr. 2 VOB/B wird der neue Preis unter Berücksichtigung (aller) Mehr- und Minderkosten gebildet. Eine doppelte Abrechnung von Aufwendungen zur Nachtragsbearbeitung, etwa als Zuschlag und gesondert als Kosten der Nachtragsbearbeitung, ist nicht zulässig.

3. Begründung der Erstattungsfähigkeit im Einzelnen

Der Einfachheit halber werden im Folgenden die Nachtragsbearbeitungskosten nach (unternehmens-)internen Nachtragsbearbeitungskosten, (unternehmens-)externen Nachtragsbearbeitungskosten sowie Planungskosten im Sinne von § 2 Abs. 9 VOB/B gegliedert, ohne dass damit eine trennscharfe Differenzierung verbunden wäre:

a) Prüfung der Angebotskalkulation

Die Kosten der Nachtragsbearbeitung werden nicht mehrfach vergütet. Es ist also im ersten Schritt zu prüfen, ob und wenn ja wie die Kosten der Nachtragsbearbeitung bereits in die Angebotskalkulation eingeflossen sind. Zum Verständnis folgendes (stark vereinfachtes) Beispiel:

Der Zuschlag für Baustellengemeinkosten pro Euro Bauleistung beträgt generell zehn Cent. In diesem

Zuschlag sind mit einem Cent Personalkosten für Angebotsbearbeitung, -kalkulation und Koordination der Baustelle kalkuliert. Erhöht sich der Umfang der Bauleistung, stehen also auch mehr Mittel für die Angebotsbearbeitung, -kalkulation und Koordination der Baustelle zur Verfügung. Diese zusätzlichen Erlöse sind zu berücksichtigen.

Sind die über die Zuschläge generierten Erlöse für die Nachtragsbearbeitung nicht oder nicht ganz auskömmlich, gelten die folgenden Grundsätze:

b) Vergütung von Planungsleistungen im Sinne von § 2 Abs. 9 VOB/B

Zusätzliche Planungsleistungen werden nach § 2 Abs. 9 VOB/B als Sonderfall der zusätzlichen Leistung im Sinne von § 1 Abs. 4, § 2 Abs. 6 VOB/B vergütet. Bei den Planungskosten im Sinne von § 2 Abs. 9 VOB/B wird ganz überwiegend nicht danach differenziert, ob diese Kosten intern oder extern entstehen.

Umstritten ist, ob die Erstellung von Nachtragsangeboten als Planungsleistung im Sinne von § 2 Abs. 9 VOB/B angesehen werden darf. Die Antwort hängt davon ab, ob die Planungsleistung „Erstellung des Leistungsverzeichnisses“ bereits zum Vertragsumfang gehört oder nicht. Ist dies der Fall, wird die entsprechende Leistungsposition erneut erbracht. Ein Rückgriff auf § 2 Abs. 9 VOB/B ist nicht erforderlich. Anderenfalls ist die zusätzliche oder ergänzende Erstellung des Leistungsverzeichnisses folglich eine zusätzliche Leistung und dementsprechend zu vergüten. Da die Erstellung von Leistungsverzeichnissen vorrangig Aufgabe des Auftraggebers ist, sollte dieser zunächst dazu aufgefordert werden, seiner Planungsleistung nachzukommen – außer es ergibt sich aus der Anordnung des Auftraggebers etwas Abweichendes.

Vorsicht ist geboten, wenn die Anordnung einer geänderten oder zusätzlichen Leistung (noch) nicht erteilt ist und das Angebot dazu dient, einen zusätzlichen Auftrag erst zu erlangen. In diesem Fall sind nach der Rechtsprechung die Nachtragsbearbeitungskosten nicht gesondert erstattungsfähig. Dieses Risiko besteht auch, wenn die (erbrachte) Planungsleistung zur Erstellung des Leistungsverzeichnisses zwar angeboten, aber ausdrücklich nicht beauftragt wird. Im Rahmen der Nachtragsverhandlungen ist darauf zu achten, dass die Vergütung der Nachtragsbearbeitung entweder geregelt oder ausdrücklich offen gelassen wird.

c) Vergütung externer Nachtragsbearbeitungskosten, insbesondere der baubegleitenden Rechtsberatung

(Unternehmens-)Externe Kosten der Nachtragsbearbeitung sind nach überwiegender Auffassung erstattungsfähig. Die Kosten der laufenden baubegleitenden Rechtsberatung können als Allgemeine Baukosten in den Baustellengemeinkosten kalkuliert werden. Es ist daher auch hier zu prüfen, ob und wenn ja in welcher Höhe Kosten der baubegleitenden Rechtsberatung in die Angebotskalkulation eingeflossen sind.

Erstattungsfähig sind (nur) die tatsächlich angefallenen Kosten bzw. die abgerechnete Anwaltsvergütung, die einer konkreten Leistungsänderung bzw. zusätzlichen Leistung zugeordnet werden können oder für einen Nachtrag angefallen sind. Man wird jedoch nach den allgemeinen Grundsätzen zur Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwaltskosten eine Obergrenze in Höhe der gesetzlichen Gebühren annehmen müssen. Die Gebühren berechnen sich nach dem Wert der zu prüfenden (Nachtrags-)Forderung und können im Internet leicht berechnet werden. Die Geschäftsgebühr liegt je nach Komplexität und Umfang der Prüfung regelmäßig bei 1,3; in komplizierten Fällen bei 1,5 bis 2.

d) Vergütung interner Kosten der Nachtragsbearbeitung

Sind die (unternehmens-)internen Kosten der Nachtragsbearbeitung weder mit den AGK/BGK-Zuschlägen (vollständig) abgegolten (vgl. oben unter a)), noch über § 2 Abs. 9 VOB/B (vgl. oben unter b)) vergütungsfähig, kommt es für die erfolgreiche Durchsetzung vor allem auf die Dokumentation des zusätzlichen nachtragsbezogenen Aufwands an. Hier ist abzuwägen, ob der Aufwand zur Dokumentation der Nachtragsbearbeitung die möglichen Erlöse rechtfertigt. Auch wenn die Nachtragsbearbeitungskosten zunächst kalkulatorisch ermittelt werden, muss im Falle einer gerichtlichen Durchsetzung nachweisbar sein, welcher Mitarbeiter mit welcher Qualifikation an welchen Tagen mit welchem Zeitaufwand welche Tätigkeiten im Zuge der Bearbeitung des jeweiligen Nachtrags ausgeführt hat.

Wir empfehlen, die Arbeitszeiten der Nachtragsbearbeitung wie Stundenlohnarbeiten zu erfassen (gleiches gilt für Bau- und Projektleiter):

- Name des Mitarbeiters
- Qualifikation des Mitarbeiters

- Datum
- Zeitaufwand
- Beschreibung der Tätigkeiten im Zuge der Bearbeitung des jeweiligen Nachtrags

e) Diskussion der klassischen Gegenargumente im Einzelnen

Die gegen die Erstattungsfähigkeit üblicherweise angeführten Argumente der Auftraggeber überzeugen in den oben genannten Fällen nicht:

Ablehnungsgrund 1: Der Aufwand zur Ermittlung des neuen Preises bzw. der Vergütung für die ursprünglich nicht geschuldete Leistung entspricht dem Aufwand, den der Auftragnehmer bereits bei der Erstellung des ursprünglichen Angebots gehabt hat. Diese Kosten sind daher eingepreist und nicht gesondert erstattungsfähig. Der Auftragnehmer muss sich darauf einstellen, dass der Auftraggeber Änderungen nach § 1 Abs. 3, Abs. 4 VOB/B verlangt.

Stellungnahme: Diese Behauptung entspricht nicht dem Vergütungssystem der VOB/B in § 2 Abs. 5 und Abs. 6. Im Zeitpunkt der Angebotsabgabe ist nicht absehbar, in welchem Umfang Nachtragsbearbeitungskosten anfallen. Es ist dem Auftragnehmer auch nicht zu empfehlen, spekulativ zusätzliche Kosten anzusetzen und das Angebot künstlich zu verteuern. Im Ergebnis würde dies zudem dazu führen, dass der Auftragnehmer eine Vergütung erhält, unabhängig davon, ob es zu geänderten bzw. zusätzlichen Leistungen kommt oder nicht. Diese Argumentation ließe sich schließlich gegen jeglichen Vergütungsanspruch für geänderte oder zusätzliche Leistungen des Auftragnehmers anführen, die er ebenfalls – wie auch immer – vorab zu kalkulieren hätte.

Ablehnungsgrund 2: Dem Auftraggeber entsteht für die Prüfung des Nachtrags der gleiche Aufwand wie dem Auftragnehmer, der dem Anspruch des Auftragnehmers gegenübersteht.

Stellungnahme: Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen stammen aus der Sphäre des Auftraggebers und werden diesem zugerechnet. Es ist daher nicht ersichtlich, warum der Auftragnehmer diese Leistungen kostenlos übernehmen sollte.

Ablehnungsgrund 3: Das Nachtragsangebot ist als Kostenvoranschlag im Sinne von § 632 Abs. 3 BGB zu behandeln.

Stellungnahme: Dieses Argument trifft nur dann zu, wenn der Auftraggeber keine Anordnung trifft und es zunächst an einem Vertragsverhältnis für die weiteren Leistungen fehlt. Im Falle der Anordnung hat der Auftragnehmer die Leistungspflicht herbeigeführt und das Vertragsverhältnis modifiziert. Ein vorvertraglicher Kostenvoranschlag scheidet also denkbare aus. Bei genauerer Betrachtung ist auch der Kostenvoranschlag eine vergütungsfähige Leistung, die jedoch üblicherweise von den Vertragspreisen abgedeckt wird.

Zudem heißt es bereits nach dem Wortlaut von § 632 Abs. 3 BGB, dass ein Kostenanschlag „im Zweifel“ nicht vergütet werden solle. Eine solche Unklarheit besteht bei einer Anordnung unter Geltung der VOB/B gerade nicht. Gleiches gilt, wenn der Auftragnehmer seine Leistung unter ausdrücklichem Hinweis auf die Vergütung des Kostenanschlages anbietet. Die Interessenlage bei einem Kostenanschlag und einem Nachtragsangebot erscheint ebenfalls nicht vergleichbar. Bei einem Kostenanschlag besteht noch kein Vertragsverhältnis, und es soll dem Besteller überlassen bleiben, ob er ein vergütungspflichtiges Vertragsverhältnis herbeiführt. Dies gilt bei einer Anordnung des Auftraggebers gerade nicht, denn dieser hat vor Erstellung des Nachtragsangebots die Leistungspflicht durch die Anordnung herbeigeführt. Die Nachtragsbearbeitung stellt dabei einen notwendigen Schritt zur Umsetzung der geforderten Leistung dar.

5. Zusammenfassung und Fazit

Die erfolgversprechende Geltendmachung von Nachtragsbearbeitungskosten setzt voraus, dass der Aufwand der Nachtragsbearbeitung wie folgt angekündigt, begründet und dokumentiert wird:

- Bezeichnung der geänderten/zusätzlichen Leistung;
- Anzeige des voraussichtlichen Aufwands der Nachtragsbearbeitung;
- Abgrenzung der Vergütung der Nachtragsbearbeitung von den AGK oder BGK-Zuschlägen;
- Dokumentation der tatsächlich erforderlichen Leistungen zur Prüfung, Erstellung und Begründung von Nachträgen im Einzelnen nach den oben genannten Anforderungen (Die Rechtsanwaltsvergütung kann in Höhe der gesetzlichen Gebühren gemäß dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz pauschaliert werden, wenn die Abrechnung nach einem Stundenhonorar höher ausfällt bzw. ausfallen wird.);

- Angebot der Nachtragsbearbeitungsleistungen als Teil des Nachtrags;
- Klarstellung, dass bei einer Vereinbarung über den Nachtrag ohne Nachtragsbearbeitungskosten die Vergütung der Nachtragsbearbeitung nicht ausgeschlossen wird – selbst wenn sie nicht beauftragt werden sollte.

Die Nachtragsbearbeitungskosten sind als Mehrkosten der geänderten oder zusätzlichen Leistung grundsätzlich zu vergüten. Das setzt voraus, dass der Mehraufwand präzise und transparent begründet

wird und nachgewiesen werden kann. Dieses Nachtragspotential sollten sich Auftragnehmer nicht entgehen lassen.



Julian Stahl

_ Rechtsanwalt

stahl@lutzabel.com

ÖFFENTLICHES BAURECHT

§ 650m BGB als Schnittstelle zum Bauordnungsrecht

RA Dr. Christian Braun | braun@lutzabel.com

Mit dem neuen Bauvertragsrecht tritt unter anderem § 650m BGB am 01.01.2018 in Kraft. § 650m BGB statuiert zugunsten von Verbrauchern gegen das beauftragte Unternehmen einen Anspruch auf Beibringung sämtlicher öffentlich-rechtlicher Nachweise, die das öffentliche Recht für die zu erbringende Werkleistung statuiert. Hintergrund der Neuregelung ist nach Maßgabe der Gesetzesbegründung der Umstand, dass nach der bisherigen Rechtsprechung umstritten ist, in welchem Umfang Verbraucher einen Anspruch auf Vorlage der vorgenannten Nachweise als Hauptpflicht aus dem Werkvertrag einfordern können. Des Weiteren soll es so ermöglicht werden, die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften bereits während der Bauausführung besser überprüfen zu können (vgl. BT-Drs. 18/11437). Diese Regelung führt insbesondere dazu, dass das Bauordnungsrecht unmittelbar mit dem Bauvertragsrecht verknüpft wird. Im Einzelnen enthält § 650m BGB zu den vom Bauunternehmer zu erbringenden Nachweisen folgende Vorgaben:

1. Nachweise vor Beginn der Ausführung der Werkleistung

Nach § 650m Abs. 1 S. 1 BGB hat der Unternehmer diejenigen Planungsunterlagen zu erstellen und dem Verbraucher – rechtzeitig vor Beginn der Ausführung der geschuldeten Leistung – herauszugeben, die der Verbraucher benötigt, um gegenüber den jeweils zuständigen Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt wird. Die vorgenannte Verpflichtung des Bauunternehmens entfällt gem. § 650m Abs. 1 S. 2 BGB nur dann, wenn die Planungsvorgaben vom Verbraucher selbst oder von einem vom Verbraucher beauftragten Dritten erstellt werden.

a) Baugenehmigung und bautechnische Nachweise

Bei baugenehmigungspflichtigen Vorhaben darf mit der Bauausführung erst begonnen werden, wenn

dem Bauherrn die Baugenehmigung vorliegt, die bautechnischen Nachweise der Bauaufsichtsbehörde vorliegen und der Baubeginn angezeigt wurde (vgl. etwa Art. 68 Abs. 5 BayBO). Eine Baugenehmigung besteht stets aus dem Baugenehmigungsbescheid und den genehmigten Bauvorlagen (vgl. §§ 3 ff. BauVorV). Weitere Unterlagen (wie z.B. schalltechnische Gutachten) können im Genehmigungsbescheid zum Bestandteil der Baugenehmigung erklärt werden. Die Bauvorlagen müssen jeweils mit einem Genehmigungsstempel oder einer sonstigen Kennzeichnung versehen sein, die eine eindeutige Zuordnung zum Baugenehmigungsbescheid ermöglicht.

Als bautechnische Nachweise sind insbesondere der Standsicherheitsnachweis und der Brandschutznachweis zu nennen. Das Vorliegen dieser Nachweise ist zum einen für die Vollziehbarkeit der Baugenehmigung und zum anderen für den Versicherungsstatus des Gebäudes von maßgeblicher Bedeutung.

Die Durchsetzung des Herausgabeanspruches gem. § 650m Abs. 1 S. 1 BGB ist jedem Verbraucher uneingeschränkt zu empfehlen. Dies schon vor dem Hintergrund, dass ein Eigentümer eines Grundstückes gegenüber den Behörden bei Bedarf stets nachweisen muss, dass das auf seinem Grundstück befindliche Gebäude über eine Baugenehmigung verfügt und wie genehmigt errichtet worden ist. Entsprechendes gilt für das Vorliegen der bautechnischen Nachweise, insbesondere im Versicherungsfall. Für das Bauunternehmen dürfte es weiter kein Problem sein, die genannten Unterlagen zu beschaffen, da eine Bauausführung ohne die entsprechenden Unterlagen rechtlich ohnehin unzulässig wäre.

b) Nachweise für Bauprodukte

Neben der Baugenehmigung und den bautechnischen Nachweisen sind weiter sämtliche sonstigen in Betracht kommenden öffentlich-rechtlichen Nachweise vom Bauunternehmer vor Baubeginn vorzulegen.

Probleme ergeben sich hier insbesondere im Bereich der Bauprodukte. In den jeweiligen Landesbauordnungen sind auch Vorschriften für die Verwendung von Bauprodukten statuiert. Die Verwendung bei der Errichtung eines Bauvorhabens setzt insbesondere das Vorliegen eines Eignungsnachweises voraus (vgl. Art. 15 ff. BayBO). Durch die Vorgabe, dass nur erprobte Bauprodukte verwendet werden dürfen, wird die Sicherheit der Bauwerke gewährleistet.

Rechtsunsicherheiten ergeben sich hier jedoch durch den Umstand, dass es bei verschiedenen Bauprodukten unklar sein kann, welche Nachweise nach den öffentlich-rechtlichen Vorgaben vorliegen müssen. Diese Rechtsunsicherheiten beruhen u.a. auf den europäischen Vorgaben zum freien Warenverkehr. Insoweit wird exemplarisch auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 16.10.2014 (Az.: C-100/13) Bezug genommen.

Bisher wurden nach den Bauordnungen der Bundesländer bestimmte Bauprodukte, die lediglich ein CE-Kennzeichen (mit dem CE-Kennzeichen erklärt der Hersteller, dass das Produkt den geltenden Anforderungen genügt, die in den Harmonisierungsrechtsvorschriften der Gemeinschaft über ihre Anbringung festgelegt sind) aufgewiesen haben, nur zugelassen, soweit noch zusätzliche Anforderungen nachgewiesen worden sind. Dies wurde von der Bundesrepublik Deutschland damit begründet, dass die europäischen harmonisierten Normen Lücken aufweisen, die dazu führen, dass einzelne Bauprodukte nicht die gebotene Sicherheit aufweisen.

Die hiergegen von der Kommission eingeleitete Klage hatte vor dem Europäischen Gerichtshof Erfolg. Nach der Entscheidung des EuGH sind sämtliche nationalen Normen, die für Bauprodukte neben der CE-Kennzeichnung eine zusätzliche Zulassung erfordern, mit dem freien Warenverkehr nicht vereinbar. Wegen der von der Bundesrepublik Deutschland angeführten Sicherheitsbedenken wurde darauf verwiesen, dass die europäischen Normen für diesen Fall die Einleitung eines entsprechenden Verfahrens vorsehen, im Rahmen dessen die Sicherheitslücken dargelegt werden können.

2. Nachweise nach Fertigstellung des Werkes

§ 650m Abs. 2 BGB sieht weiter vor, dass spätestens mit der Fertigstellung des Werkes der Unternehmer diejenigen Unterlagen zu erstellen und dem Verbraucher herauszugeben hat, die der Verbraucher benö-

tigt, um gegenüber den zuständigen Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt worden ist.

Unter Anknüpfung an die gemäß § 650m Abs. 1 S. 1 BGB vor Baubeginn vorzulegenden bautechnischen Nachweise ist insbesondere zu beachten, dass die Bauordnungen der Länder vor der Nutzungsaufnahme die Vorlage weiterer bautechnischer Nachweise fordern (vgl. Art. 78 Abs. 2 BayBO). Hier wird exemplarisch der Brandschutznachweis II genannt. Mit dem Brandschutznachweis II wird bescheinigt, dass das Bauvorhaben auch tatsächlich so wie im Brandschutznachweis I vorgesehen ausgeführt worden ist.

3. Fazit

Die genannte Entscheidung des EuGH ist mit dem Rechtssystem der nationalen Gefahrenabwehr nur schwer zu vereinbaren. Bauprodukte, gegen deren Sicherheit grundsätzliche Bedenken bestehen, dürfen verbaut werden. Es bleibt die Folgefrage, ob nach der Verwendung der Produkte dann – nach einer Einzelfallprüfung – ein bauaufsichtliches Einschreiten zur Gefahrenabwehr erforderlich werden kann. Sollte dies der Fall sein, wäre § 650m BGB als Verbrauchervorschrift – zumindest nach nationalem Recht – wiederum so auszulegen, dass nur Nachweise, die die Sicherheit der verwendeten Bauprodukte belegen, einen geeigneten Nachweis im Sinne des § 650m Abs. 2 BGB darstellen. Die Auseinandersetzung mit der vorgenannten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zeigt exemplarisch, dass hinsichtlich der Nachweise, die hier bei den Bauprodukten eingefordert werden können, im Einzelfall erhebliche Rechtsunsicherheiten auftreten können. Dies kann z.B. wiederum auch leicht als Vorwand verwendet werden, um fällige Werklohnzahlungen „zurückzuhalten“. Die Regelung in § 650m Abs. 2 BGB bedarf daher zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten weiterer Konkretisierungen.



Dr. Christian Braun

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
braun@lutzabel.com

GESELLSCHAFTSRECHT

Verwässerungsschutz in Beteiligungsverträgen: Regelungsoptionen und Hintergründe¹

RA Dr. Bernhard Noreisch, LL.M. (Edinburgh) | noreisch@lutzabel.com
RA Philipp Hoene | hoene@lutzabel.com

1. Einführung

Die Bewertung von Start-ups ist für Gründer und Investoren gleichermaßen schwierig. Gerade in frühen Phasen fehlt es oft an Kennzahlen oder Erfahrungswerten, die eine präzise Bewertung ermöglichen könnten. Auch der Branchenvergleich fällt bei neuartigen Geschäftsmodellen schwer. Einen Sicherungsmechanismus gegen eine zu hohe Bewertung des Unternehmens bieten sog. Verwässerungsschutzklauseln („Anti-Dilution“). Ihre Verbreitung und Art sind stark von den Marktumständen beeinflusst. Wenn wie derzeit viel Liquidität im Markt ist, mag so mancher Investor bereit sein, ein geringeres Schutzniveau zu akzeptieren. Andererseits führt hohe Liquidität auch zu höheren Unternehmensbewertungen, so dass auch in solchen Zeiten ein Interesse bestehen kann, sich gegen eine Abwertung des Unternehmens effektiv zu schützen, etwa wenn sich die Marktumstände ändern.

2. Zweck von Verwässerungsschutzklauseln

Verwässerungsschutzklauseln sichern Investoren vor der ökonomischen Verwässerung ihres Investments. Sie werden relevant, wenn in einer nachfolgenden Finanzierungsrunde des Unternehmens ein geringerer Preis pro neuem Anteil gezahlt wird als der vom Investor gezahlte Preis (sog. „Down Round“). In einem solchen Fall ermöglichen die Klauseln dem Investor, weitere Anteile zum Nominalbetrag zu übernehmen.

Nicht zu verwechseln sind Verwässerungsschutzklauseln mit dem gesellschaftsrechtlichen Bezugsrecht. Das Bezugsrecht sichert die Beteiligungsquote der bestehenden Gesellschafter in folgenden Kapitalerhöhungen, indem diese die ausgegebenen Anteile

anstatt eines hinzutretenden neuen Gesellschafters zeichnen dürfen. Im Gegensatz hierzu verringern Verwässerungsschutzklauseln das Risiko des Investors, zu einer Bewertung eingestiegen zu sein, die sich später nicht bestätigt. Im Sicherungsfall werden neben den Anteilen, die an den neuen Investor ausgegeben werden, auch an die gesicherten Altinvestoren weitere Anteile zum Nominalbetrag ausgegeben.

3. Arten von Verwässerungsschutzklauseln

Verbreitet sind im Wesentlichen drei Varianten von Verwässerungsschutzklauseln. Bezugspunkt der Unterscheidung ist jeweils die Bemessungsgrundlage für die Berechnung der Anzahl der auszugebenden Anteile. Ausgangspunkt ist jeweils der Preis pro Anteil, den der gegen Verwässerung gesicherte Investor gezahlt hat:

- Beim sog. „Full-Ratched-Verwässerungsschutz“ wird dem gegen Verwässerung gesicherten Investor gestattet, so viele Anteile zu nominal nachzuzeichnen, wie erforderlich sind, um ihn so zu stellen, als hätte er ursprünglich zum Preis der Down Round investiert. Diese Variante stellt die investorenfreundlichste Variante unter den gängigen Verwässerungsschutzklauseln dar.
- Den Mittelweg stellt der sog. „Weighted-Average-Verwässerungsschutz“ dar. Bei dieser Variante wird der Investor so gestellt, als hätte er sein Investment zum sog. gewichteten Durchschnittspreis getätigt. Zur Ermittlung des gewichteten Durchschnittspreises werden die Gesamtinvestitionen der Einstiegsrunde und der Down Round in Relation gesetzt und daraus der durchschnittlich auf einen ausgegebenen Anteil gezahlte Preis ermittelt.

¹ Beitrag bereits im VC-Magazin 6/2017 veröffentlicht

- Die für die nicht gesicherten Gesellschafter günstigste Variante stellt der sog. „Broad-Based-Weighted-Average-Verwässerungsschutz“ dar. Dieser unterscheidet sich vom einfachen Weighted-Average-Verwässerungsschutz dadurch, dass in die Ermittlung des gewichteten Durchschnittspreises alle an der Gesellschaft bestehenden Anteile (also auch die Geschäftsanteile der Gründer) sowie die von der Gesellschaft ausgegebenen (virtuellen) Optionen einbezogen werden.

Die Niedrigzinspolitik der letzten Jahre und die damit verbundene größere Verfügbarkeit liquider Mittel haben tendenziell dazu geführt, dass die Verbreitung der Full-Ratched-Methode abgenommen hat. Aber gerade bei sehr gewagten Bewertungsvorstellungen kann sie nach wie vor eine Alternative zu Bewertungsdiskussionen darstellen.

Bei der Frage, ob es einen Verwässerungsschutz geben soll und welche Variante des Verwässerungsschutzes gewählt wird, werden die Beteiligten auch die Signale, die damit an mögliche zukünftige Investoren gesetzt werden, abwägen. Künftige Investoren werden regelmäßig mindestens auf derselben Sicherung bestehen. Ein weitreichender Full-Ratched-Verwässerungsschutz kann sich somit in Folgerunden auch zum Nachteil des Erst-Investors auswirken. Zu beachten ist auch, dass sich die Investorensuche durch Verwässerungsschutzklauseln erschweren kann, wenn eine Down Round wahrscheinlich ist. Nicht jeder mögliche Investor sieht es gern, wenn anlässlich seines Einstiegs in beträchtlichem Maße Anteile zu nominal an die bestehenden Gesellschafter ausgegeben werden.

4. Ergänzende Regelungen

Auch bezüglich der sachlichen Reichweite des Verwässerungsschutzes unterscheiden sich die Verwässerungsklauseln. Der Verwässerungsschutz kann sich z.B. lediglich auf die nächstfolgende Finanzierungsrunde der Gesellschaft beschränken oder zeitlich unbeschränkt fortbestehen.

Schließlich sind auch sog. „Pay-to-Play-Regelungen“ möglich. Diese machen den Verwässerungsschutz des Investors davon abhängig, ob dieser in der Down Round ein weiteres Investment leistet. Durch solche Regelungen können das Interesse der Gesellschaft, in einer schwierigen Unternehmensphase neues Geld zu akquirieren, und das Interesse des Investors am Schutz seines Investments in Ausgleich gebracht werden.

5. Fazit

Verwässerungsschutzklauseln sind für Investoren grundsätzlich sinnvoll, um das getätigte Investment gegen eine Überbewertung des Unternehmens zu schützen. Bei der Verhandlung über einen Verwässerungsschutz und seine Art sollten aber die Wirkungen auf zukünftige weitere Investoren im Auge behalten werden. Bei sehr gewagten Bewertungsvorstellungen ist dem Gründer zu empfehlen abzuwägen, ob er dem Investor anstelle eines harten Verwässerungsschutzes nicht eine für diesen günstigere Bewertung anbietet. Eine Down Round in einer späteren Runde wird ihn, als gegen Verwässerung nicht geschützten Gesellschafter, stets am härtesten treffen.



Dr. Bernhard Noreisch

_ Rechtsanwalt, Partner
_ LL.M. (University of Edinburgh)
_ Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
_ Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth)

noreisch@lutzabel.com



Philipp Hoene

_ Rechtsanwalt

hoene@lutzabel.com

GmbH: Neue Anforderungen an die Liste der Gesellschafter

Matthias Sauter | E-Mail: sauter@lutzabel.com

1. Einleitung

Nach der bereits Mitte Mai 2017 durch den Deutschen Bundestag erfolgten Beschlussfassung hat der Bundesrat am 02.06.2017 dem Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie (nachfolgend nur „Gesetz“) zugestimmt. Das Gesetz wurde am 24.06.2017 im Bundesgesetzblatt verkündet. Die Gesetzesänderungen sind am 26.06.2017 in Kraft getreten.

Durch das Gesetz wurde u.a. das Geldwäschegesetz komplett neugefasst. Hierdurch wurde das elektronische Transparenzregister eingeführt, in dem juristische Personen des Privatrechts und eingetragene Personengesellschaften bestimmte Angaben zu ihren wirtschaftlich Berechtigten zur Eintragung mitzuteilen haben. Weiterhin müssen die Verpflichteten des Geldwäschegesetzes zum Zwecke der Verhinderung von Geldwäsche und von Terrorismusfinanzierung ein wirksames Risikomanagement einrichten, das im Hinblick auf Art und Umfang ihrer Geschäftstätigkeit angemessen ist.

Zudem ergaben sich speziell im GmbHG Änderungen bei der Liste der Gesellschafter, die nachfolgend näher beleuchtet werden sollen.

2. Neufassung des bisherigen §40 Abs. 1 S. 1 GmbHG

Durch das Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie wurde der bisherige §40 Abs. 1 S. 1 GmbHG durch die nachfolgenden beiden Sätze wie folgt neu gefasst:

„Die Geschäftsführer haben unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort derselben sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile sowie die durch den jeweiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vermittelte jeweilige prozentuale

Beteiligung am Stammkapital zu entnehmen sind. Ist ein Gesellschafter selbst eine Gesellschaft, so sind bei eingetragenen Gesellschaften in die Liste deren Firma, Satzungssitz, zuständiges Register und Registernummer aufzunehmen, bei nicht eingetragenen Gesellschaften deren jeweilige Gesellschafter unter einer zusammenfassenden Bezeichnung mit Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort. Hält ein Gesellschafter mehr als einen Geschäftsanteil, ist in der Liste der Gesellschafter zudem der Gesamtumfang der Beteiligung am Stammkapital als Prozentsatz gesondert anzugeben.“

Dies bedeutet im Einzelnen:

- Die prozentuale Beteiligung jedes Gesellschafters am Stammkapital ist in der Liste der Gesellschafter anzugeben. Dies gilt sowohl für jeden einzelnen Geschäftsanteil als auch für die Summe sämtlicher Geschäftsanteile, wenn ein Gesellschafter mehrere Geschäftsanteile hält.
- Sofern eine nicht eingetragene Gesellschaft eine Gesellschafterin der GmbH ist, z.B. eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sind deren einzelne Gesellschafter sowohl unter einer Sammelbezeichnung als auch unter Angabe ihres eigenen Namens samt Geburtsdatum und Wohnort aufzunehmen. Damit ist auch bei jeder Änderung der Gesellschafterstruktur einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die Gesellschafterin der jeweiligen GmbH ist, eine neue Liste der Gesellschafter der GmbH einzureichen. Diese Anforderungen gelten nach der Gesetzesbegründung aus Transparenzgründen und zur Geldwäscheprävention gleichsam für Publikumsgesellschaften sowie für ausländische Gesellschaften.
- Für sonstige Gesamthandsgemeinschaften, wie z.B. eine Erbengemeinschaft, ändert sich im Vergleich zur bisherigen Rechtslage nichts. Bei dieser ist weiterhin die Erbengemeinschaft selbst, bestehend aus den namentlich zu nennenden einzelnen Mitgliedern der Erbengemeinschaft in die Liste der Gesellschafter aufzunehmen.

3. Fazit und Praxishinweis

Durch die Angabe der prozentualen Beteiligung der Gesellschafter einer GmbH in der Liste der Gesellschafter soll die Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten im Sinne des Geldwäschegesetzes verbessert und das Zusammenspiel mit dem neu geschaffenen Transparenzregister erleichtert werden.

Überdies schafft der Gesetzgeber nunmehr insbesondere für die nicht eingetragenen Personengesellschaftlichen Fakten. Bislang war umstritten, ob es bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausreichend war, dass aufgrund ihrer Teilrechtsfähigkeit lediglich sie selbst in der Liste der Gesellschafter einer GmbH aufzuführen war. Aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts ist diese Frage nun mit dem Ziel der Schaffung einer größtmöglichen Transparenz der Gesellschafter einer GmbH dahingehend geklärt, dass nicht nur die Gesellschaft bürgerlichen Rechts selbst namentlich mit ihrer Bezeichnung in die Liste der Gesellschafter der GmbH aufzunehmen ist, sondern auch jeder einzelne ihrer Gesellschafter. Dies würde in Zukunft nur dann nicht mehr gelten, wenn für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Möglichkeit der Registereintragung geschaffen werden sollte. Bis dahin sind die Geschäftsführer einer GmbH zu einer erhöhten Wachsamkeit bei der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises der GmbH verpflichtet.

Bislang war bei der Erstellung einer Liste der Gesellschafter bereits bei der Angabe der laufenden Nummern der Geschäftsanteile an der GmbH große Sorgfalt geboten. Dies gilt umso mehr, als nun gleichfalls prozentuale Angaben der einzelnen Geschäftsanteile sowie der Gesamtanteile eines Gesellschafters im Verhältnis zum gesamten Stammkapital aufzunehmen sind.

Die geänderten Anforderungen sind bei nach dem 26.06.2017 gegründeten GmbHs sowie bei bestehenden GmbHs bei einer zukünftigen Änderung der Liste der Gesellschafter zu beachten. Dies gewährt bereits

vor dem 26.06.2017 im Handelsregister eingetragenen GmbHs und Listen der Gesellschafter einen gewissen Bestandsschutz, da in diesem Fall erst dann eine neue Liste der Gesellschafter einzureichen ist, wenn sich hieran Änderungen ergeben. Diese Liste muss jedoch dann den neuen gesetzlichen Anforderungen entsprechen.

Für die Geschäftsführer einer GmbH gilt:

- Wirkt ein Notar an den Veränderungen der Liste der Gesellschafter mit, hat dieser die neue Liste der Gesellschafter zu unterschreiben und zum Handelsregister einzureichen.
- Sonstige Änderungen z.B. auf der Ebene einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder bei ausländischen Gesellschaften, die Gesellschafterinnen der GmbH sind, führen nunmehr gleichsam zur Pflicht der Änderung der Liste der Gesellschafter. Bei diesen Änderungen wird regelmäßig kein Notar mitwirken. Daher ist hier der Geschäftsführer einer GmbH zu einer erhöhten Achtsamkeit verpflichtet und auf die Mitteilung entsprechender Änderungen durch die Gesellschafter einer GmbH angewiesen.

Angesichts der bereits angelegten Verordnungsermächtigungen in den durch das Gesetz neu geschaffenen § 40 Abs. 4 und 5 GmbHG ist für die Zukunft eine weitere Digitalisierung der Listen der Gesellschafter und erleichterte Abrufbarkeit durch andere Behörden, z.B. Steuerbehörden, zu erwarten.



Matthias Sauter

_Rechtsanwalt

sauter@lutzabel.com

KARTELL- UND BEIHILFENRECHT

Fusionskontrolle: Zusätzliche Aufgreifschwelle erfasst den Erwerb von Start-ups (nur) bei hohem Kaufpreis

RA Christoph Richter | richter@lutzabel.com

Im Zuge der Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB“), welche am 9. Juni 2017 in Kraft getreten ist, ist im Hinblick auf die zunehmende Digitalisierung der Märkte eine zusätzliche Aufgreifschwelle in der (deutschen) Fusionskontrolle eingeführt worden. Infolge dessen kann künftig auch der Erwerb eines Unternehmens, welches (zwar) noch keinen nennenswerten Umsatz in Deutschland erwirtschaftet, dessen Erwerb aber zu einem hohen Kaufpreis erfolgt, der Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt unterliegen. Hiermit sollen Fälle wie etwa der Erwerb von WhatsApp durch Facebook erfasst werden.

Die zusätzliche Aufgreifschwelle sollte insbesondere bei Transaktionen unter Beteiligung von Start-ups und/oder Unternehmen mit einem hohen Innovationspotential (etwa in den Bereichen Digitales und Forschung) beachtet werden, ist allerdings nicht auf bestimmte Wirtschaftsbereiche begrenzt.

I. Anmeldepflicht

Die Pflicht zur Anmeldung einer Transaktion beim Bundeskartellamt besteht, wenn die Transaktion einen Zusammenschlusstatbestand erfüllt, bestimmte Umsatzschwellenwerte überschritten sind und keine Ausnahmeregelung einschlägig ist.

1. Zusammenschlusstatbestand: Auch bei Minderheitsbeteiligung kann eine Anmeldepflicht bestehen!

Ein Zusammenschluss liegt (nach deutschem Recht) vor bei

- dem Erwerb des Vermögens (vollständig oder zu einem wesentlichen Teil) einer anderen Gesellschaft (Vermögenserwerb),

- dem Erwerb der unmittelbaren oder mittelbaren Kontrolle durch ein oder mehrere Unternehmen über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer anderer Unternehmen (Kontrollerwerb),

- dem Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen, wenn diese Anteile allein oder zusammen mit sonstigen, dem (erwerbenden) Unternehmen bereits gehörenden Anteilen mehr als 50% oder mehr als 25% des Vermögens oder der Stimmrechte des anderen Unternehmens erreichen oder übersteigen (Anteilserwerb / Stimmerwerb), oder

- bei jeder sonstigen Verbindung von Unternehmen, auf Grund derer ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können (Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses - Auffangtatbestand).

Diesbezüglich wird oftmals übersehen, dass ein Kontrollerwerb auch bei einer Minderheitsbeteiligung erfüllt sein kann. Die Kontrolle kann durch Rechte, Verträge oder andere Mittel begründet werden, die unter Berücksichtigung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auszuüben, etwa auf die Geschäftsführerbestellung, die Finanzplanung oder das Budget.

Die Kontrolle kann dabei auch durch mehrere Unternehmen erfolgen. Bei paritätischer Beteiligung ist i.d.R. eine gemeinsame Kontrolle gegeben. Bei disparitätischer Kontrolle oder mehr als zwei Muttergesellschaften kann hingegen nicht automatisch von einer gemeinsamen Kontrolle ausgegangen werden; hier kann eine gemeinsame Kontrolle insbesondere dann vorliegen, wenn durch den Gesellschaftsvertrag bzgl. der für die Unterneh-

mensleitung bedeutsamen Beschlussgegenstände eine Einverständlichkeitsregelung getroffen wird, Vetorechte eines Minderheitsgesellschafters bestehen und/oder eine Stimmbündelung erfolgt.

Ähnliches gilt für den Erwerb eines sonstigen wettbewerblich erheblichen Einflusses. Dieser Auffangtatbestand kann (ebenfalls) bei einer Minderheitsbeteiligung (<25%) verwirklicht sein, wenn sog. „Plusfaktoren“ erfüllt sind. In Betracht kommen hierbei insbesondere gesellschaftsvertraglich begründete Mehrheitserfordernisse oder Zustimmungserfordernisse sowie (besondere) Entsendungsrechte in Unternehmensorgane. Besondere Bedeutung kommt hierbei regelmäßig der Besetzung von Geschäftsführungs- und Aufsichtsorganen zu. Wie beim Kontrollwerb kann die Einflussmöglichkeit auch für mehrere Unternehmen bestehen.

2. Aufgreifschwelle: Die „Verwandtschaft“ nicht vergessen!

Überschreiten die Umsätze der an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr vor der Transaktion bestimmte Umsatzschwellen, ist die Transaktion anmeldepflichtig, sofern keine Ausnahmeregelung greift.

In diesem Zusammenhang ist folgendes zu beachten: Handelt es sich bei dem unmittelbar zusammenschlussbeteiligten Unternehmen um ein sog. verbundenes Unternehmen, werden die Umsätze aller in der Unternehmensgruppe verbundenen Unternehmen derjenigen Gesellschaft zugerechnet, welche direkt an dem Zusammenschluss beteiligt ist. In diesem Fall sind also die Umsätze aller Mutter-, Tochter- und Schwestergesellschaften, sowie sämtlicher mit diesen Gesellschaften verbundenen Unternehmen (also die Umsätze der „Verwandtschaft“) zu berücksichtigen. Ein verbundenes Unternehmen liegt gemäß §36 Abs. 2 S. 1 GWB i.V.m. §§ 17, 18 AktG vor, wenn eine Gesellschaft von einer anderen Gesellschaft abhängig ist, sie selbst eine andere Gesellschaft beherrscht oder wenn es sich bei der Gesellschaft um ein Konzernunternehmen handelt.

Auf Grund dieser Zurechnungssystematik kann folglich auch eine Transaktion, an der z.B. lediglich zwei „mittelständische“ Unternehmen mit einem Jahresumsatz von jeweils EUR 20 Mio. unmittelbar beteiligt sind, der Anmeldepflicht unterliegen, wenn es sich um konzernverbundene Unternehmen handelt.

a) Bisherige Aufgreifschwelle

Bisher galten diesbezüglich ausschließlich folgende Aufgreifschwellewerte (im deutschen Recht):

Wer?	Wo?	Wieviel?
Die beteiligten Unternehmen insgesamt	Weltweit	> 500 Mio. EUR
und mindestens ein beteiligtes Unternehmen (1. Inlandsumsatzschwelle)	Deutschland	> 25 Mio. EUR
und mindestens ein anderes beteiligtes Unternehmen (2. Inlandsumsatzschwelle)	Deutschland	> 5 Mio. EUR

b) Neu: Zusätzliche Aufgreifschwelle

Der Erwerb von WhatsApp durch Facebook war in Deutschland nicht fusionskontrollpflichtig, da WhatsApp den wesentlichen Teil seiner Leistungen in Deutschland kostenlos anbietet, somit keine nennenswerten Umsätze erzielt und daher die vorgenannte 2. Inlandsumsatzschwelle i.H.v. EUR 5 Mio. nicht erreicht wurde.

Vor diesem Hintergrund ist ein Zusammenschluss künftig auch dann anmeldepflichtig, wenn die an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr insgesamt einen weltweiten Umsatz von mehr als EUR 500 Mio. erzielt haben, der Umsatz in der Bundesrepublik Deutschland von mindestens einem beteiligten Unternehmen (im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr) mehr als EUR 25 Mio. betragen hat, weder das zu erwerbende Unternehmen noch ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von jeweils mehr als EUR 5 Mio. erzielt haben, der „Wert der Gegenleistung“ den Wert von EUR 400 Mio. übersteigt und das zu erwerbende Unternehmen „in erheblichem Umfang im Inland tätig ist“.

Der „Wert der Gegenleistung“ umfasst in erster Linie den Kaufpreis, sämtliche Vermögensgegenstände und übernommenen Verbindlichkeiten. Insbesondere in Grenzfällen, etwa wenn der reine Kaufpreis (zwar) unterhalb des Grenzwertes (EUR 400 Mio.) liegt, aber bspw. Verbindlichkeiten übernommen werden, wird die Herausforderung darin bestehen, den „Wert der Gegenleistung“ (genauestens) zu bestimmen, zumal das GWB nicht für jeden denkbaren Fall eine Vor-

gabe hinsichtlich der Wertermittlung enthält und insofern Rechtsunsicherheit besteht. Folglich kann künftig auch der Erwerb eines Start-ups, welches (zwar) noch keinen (nennenswerten) Umsatz in Deutschland, aber einen hohen Kaufpreis erzielt, der Fusionskontrolle unterliegen.

Das Kriterium der erheblichen Inlandstätigkeit soll rein marginale Tätigkeiten vom Anwendungsbereich ausnehmen. Ausweislich der Gesetzesbegründung variieren die hierfür maßgeblichen, aussagekräftigen Kriterien und Faktoren zwangsläufig beispielsweise je nach Branche oder Marktreife, weshalb eine gesetzliche Fixierung oder Festsetzung absoluter quantitativer Grenzwerte nicht sachgerecht sei. Wenngleich die Gesetzesbegründung einige Beispiele für eine erhebliche Inlandstätigkeit enthält, verbleibt vor diesem Hintergrund auch hinsichtlich der Anwendung dieses Kriteriums Rechtsunsicherheit.

Wer?	Wo?	Wieviel?
Die beteiligten Unternehmen insgesamt (Umsatz)	Weltweit	> 500 Mio. EUR
und mindestens ein beteiligtes Unternehmen (Umsatz)	Deutschland	> 25 Mio. EUR
und weder das zu erwerbende Unternehmen noch ein anderes beteiligtes Unternehmen (haben Umsatzerlöse von jeweils mehr als EUR 5 Mio. erzielt)	Deutschland	(jeweils nicht) > 5 Mio. EUR
und „Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss“	-	> 400 Mio. EUR
und das zu erwerbende Unternehmen ist „in Inland tätig“	Deutschland	-

Anmerkung: Beitrag von RA Christoph Richter nachträglich korrigiert (Übertragungsfehler bei 2. Tabelle im Text berichtigt)

c) Neu: Erleichterungen für Rundfunkunternehmen bei der Umsatzberechnung

Für die Berechnung der vorgenannten Umsatzschwellen ist grundsätzlich auf den im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr von den beteiligten Unternehmen tatsächlich erzielten Umsatz abzustellen, wobei für die Ermittlung der Umsatzerlöse § 277 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs (HGB) gilt. Umsatzerlöse aus Lieferungen und Leistungen zwischen verbundenen Unternehmen (Innenumsatzerlöse) sowie Verbrauchssteuern bleiben außer Betracht.

Für bestimmte Wirtschaftsbereiche sind im GWB hinsichtlich der Umsatzberechnung allerdings Sonderregelungen enthalten. So sind etwa für den Handel mit Waren nur drei Viertel der Umsatzerlöse in Ansatz zu bringen, d.h. es findet bei Handelsumsätzen eine Reduzierung statt.

Bei Zusammenschlüssen von Presse- oder Rundfunkunternehmen wird der Umsatz hingegen durch einen Multiplikationsfaktor erhöht, zumal die Umsätze von Unternehmen in diesem Bereich in der Regel deutlich unterhalb der Aufgreifschwelle liegen und derartige Zusammenschlüsse ohne die Anwendung des Faktors regelmäßig der Fusionskontrolle entzogen wären. Für den Verlag, die Herstellung und den Vertrieb von Zeitungen, Zeitschriften und deren Bestandteilen verbleibt dieser Faktor auch nach der 9. GWB-Novelle bei acht. Für die Herstellung, den Vertrieb und die Veranstaltung von Rundfunkprogrammen und den Absatz von Rundfunkwerbezeiten wird der Faktor allerdings nunmehr von zwanzig auf acht gesenkt. Hierdurch unterliegen „kleinere“ Zusammenschlüsse im Rundfunkbereich künftig nicht mehr der Fusionskontrolle.

3. Ausnahmeregelungen

Die Anmeldepflicht gilt in Deutschland nicht, soweit sich ein Unternehmen, das nicht abhängig ist und im letzten Geschäftsjahr weltweit Umsatzerlöse von weniger als EUR 10 Mio. erzielt hat, mit einem anderen Unternehmen zusammenschließt („Anschlussklausel“).

Soweit ein Markt betroffen ist, auf dem seit mindestens fünf Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen angeboten werden und auf dem im letzten Kalenderjahr weniger als EUR 15 Mio. umgesetzt wurden, muss die Transaktion zwar angemeldet, darf jedoch in Deutschland nicht untersagt werden („Bagatellmärkte“).

II. Prüfungsmaßstab

Materieller Prüfungsmaßstab ist der sog. SIEC-Test (significant impediment of effective competition). Hiernach ist ein Zusammenschluss zu untersagen, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, von dem insbesondere zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Mit dem SIEC-Test werden die Auswirkungen einer Transaktion auf den jeweiligen Markt untersucht, wobei der Marktstruktur bzw. der Frage der Marktbeherrschung in der Praxis regelmäßig das größte Gewicht beigemessen wird. Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung wird nach deutschem Recht ab einem Marktanteil von 40 % (widerleglich) vermutet.

III. Vollständigkeit und Richtigkeit der Anmeldung

Ist eine Transaktion anmeldepflichtig, muss eine vollständige Anmeldung eingereicht werden (Pflichtangaben). Liegen dem Bundeskartellamt die Pflichtangaben nicht, nicht richtig oder nicht vollständig vor, beginnen die gesetzlichen Fristen für die Prüfung des Zusammenschlusses nicht zu laufen. Eine durch das Bundeskartellamt bereits erteilte Freigabe des Vorhabens kann widerrufen oder geändert werden, wenn die Anmeldung auf unrichtigen Angaben beruht, arglistig herbeigeführt worden ist oder die beteiligten Unternehmen einer mit ihr verbundenen Auflage zuwiderhandeln. Bei unrichtigen oder unvollständigen Anmeldungen drohen außerdem Bußgelder von bis zu 10 % des weltweiten Vorjahres-Konzernumsatzes.

Ein bemerkenswertes Beispiel hierfür liefert das europäische Kartellrecht, in dem sich eine vergleichbare Regelung findet. In dem bereits dargestellten Fall des Erwerbs von WhatsApp durch Facebook hatte Facebook in der Anmeldung angegeben, dass ein zuverlässiger automatischer Datenabgleich zwischen den Benutzerkonten von Facebook und WhatsApp nicht möglich sei. Nach der Freigabe hat sich jedoch herausgestellt, dass die Verknüpfung von Telefonnummern der WhatsApp-Nutzer mit den jeweiligen Facebook-Nutzerprofilen (doch) möglich sei. Die Europäische Kommission hat daraufhin „nur“ wegen der teilweisen Unrichtigkeit ein Bußgeld in Höhe von EUR 110 Mio. verhängt.

IV. Verfahren

Nach Einreichung der (vollständigen) Anmeldung beginnt das sog. Vorprüfverfahren (auch als „erste Phase“ bezeichnet). Die weit überwiegende Zahl aller beim Bundeskartellamt angemeldeten Zusammenschlussvorhaben wird bereits im Vorprüfverfahren innerhalb einer Frist von maximal einem Monat formlos freigegeben.

Bestehen hingegen amtsseitige Bedenken gegen den Zusammenschluss, leitet das Bundeskartellamt mit dem „Monatsbrief“ ein förmliches Hauptprüfverfahren („zweite Phase“) ein und nimmt eine vertiefte Prüfung vor. Das Hauptprüfverfahren kann bis zu vier Monate ab Einreichung der vollständigen Anmeldung dauern, wobei unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Verlängerung möglich ist. Eine Untersagung oder Freigabe unter Auflagen oder Bedingungen ist im Übrigen nur im Hauptprüfverfahren möglich.

V. Vollzugsverbot beachten!

Bei bestehender Anmeldepflicht ist überdies zu beachten, dass bis zur Freigabe durch das Bundeskartellamt das sog. Vollzugsverbot gilt, d.h. die Umsetzung der vertraglichen Vereinbarung (Closing) ist bis zur Freigabe verboten. Bei einem Verstoß gegen das Vollzugsverbot drohen Bußgelder von bis zu 10 % des weltweiten Vorjahres-Konzernumsatzes und die zwangsweise Entflechtung des vollzogenen Zusammenschlusses. Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind unwirksam.

In Ansehung des Vollzugsverbotes und der für eine Anmeldung notwendigen Vorbereitungszeit zur Zusammenstellung der Pflichtangaben sollten zusammenschlussbeteiligte Unternehmen das Thema Fusionskontrolle daher grundsätzlich frühzeitig beachten.

VI. Fazit

Die neue Aufgreifschwelle dürfte in Ansehung des „Wertes der Gegenleistung“ i.H.v. EUR 400 Mio. zwar nur in wenigen Fällen zur Anwendung gelangen. Insbesondere im Bereich von Start-ups etwa im digitalen Bereich oder bei sonstigen Unternehmen mit einem hohen Innovationspotential (z.B. im Bereich der Forschung) kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass dieser Wert überschritten wird, wie der Erwerb von WhatsApp durch Facebook gezeigt hat.

Vor diesem Hintergrund sollte die zusätzliche Aufgreifschwelle, insbesondere der Wert „EUR 400 Mio.“ bei Transaktionen insbesondere unter Beteiligung von Start-ups und/oder Unternehmen mit einem hohen Innovationspotential (etwa in den Bereichen Digitales und Forschung) als „Merkposten“ beachtet werden (Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Anwendungsbereich der zusätzlichen Aufgreifschwelle nicht auf bestimmte Wirtschaftsbereiche beschränkt ist!). Insbesondere in Grenzfällen, etwa wenn der Kaufpreis (zwar) knapp unterhalb der Wertgrenze liegt, aber Verbindlichkeiten übernommen werden, muss dann genauestens geprüft werden, welchen Gesamtwert die Transaktion hat und ob das Zielunternehmen „in erheblichem Umfang im Inland“ tätig ist.



Christoph Richter

_ Rechtsanwalt

richter@lutzabel.com

Kartellschadensersatz für LKW-Käufer: Die Verjährungsfristen laufen

Rechtsanwalt Dr. Marius Mann, M.Jur. (Oxford) | mann@lutzabel.com

1. Einführung

Die Europäische Kommission hat rechtskräftig festgestellt, dass die Hersteller von LKW, namentlich Daimler, MAN, Volvo/Renault, Iveco und DAF sowie ggf. Scania (alle zusammen „Kartellanten“), über 14 Jahre hinweg ein LKW-Kartell gebildet haben. Die Entscheidung der Europäischen Kommission wurde nun in diesem Frühjahr, am 6. April 2017, veröffentlicht. Aus der Entscheidung der Kommission ergibt sich, dass die vorstehend genannten Hersteller von 1997 bis 2011 Preise für mittelschwere LKW (Nutzlast zwischen 6 und 16 Tonnen) und schwere LKW (Nutzlast über 16 Tonnen) abgesprochen haben. Im Ergebnis bedeutet dies, dass Käufer und Leasingnehmer von LKW bei den vorstehend genannten Herstellern während des Kartellzeitraums von 1997 bis 2011 zu hohen Preisen für den Bezug von LKW bezahlt haben.

2. Bedeutung der Kommissionsentscheidung für LKW-Käufer

Durch die Tatsache, dass die Hersteller (bis auf Scania) gegen die von der Europäischen Kommission verhängten Bußgeldbescheide nicht vorgegangen sind, steht fest, dass sie ihren Kunden, die im Zeitraum von 1997 bis 2011 Fahrzeuge der betroffenen Hersteller gekauft oder geleast haben, erhebliche Vermögensschäden zugefügt haben.

Aufgrund derzeit verfügbarer ökonomischer Analysen wird im Markt davon ausgegangen, dass die für mittelschwere und schwere LKW bezahlten Preise im Schnitt ca. 10 bis 20 % zu hoch waren. Die Differenz zwischen bezahltem LKW-Preis und dem Preis, der bei korrektem Verhalten der LKW-Hersteller tatsächlich gezahlt worden wäre (hypothetischer Marktpreis), kann im Regelfall als Schaden geltend gemacht werden. Hinzu können Zinsforderungen kommen, die insbesondere bei länger zurückliegenden Kauf- oder Leasingvorgängen einen substantiellen weiteren Betrag ausmachen können.

3. Wer kann Schadensersatz geltend machen?

Grundsätzlich können die Käufer von LKW der Marken MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco und DAF sowie ggf. Scania gegen jeden der Kartellanten Schadensersatz geltend machen, wenn die Kaufvorgänge in den Kartellzeitraum von 1997 bis 2011 fallen, die gekauften LKW eine Nutzlast von 6 Tonnen oder mehr haben und die Ansprüche noch nicht verjährt sind (zum letzten Punkt unten). Neben den Käufern von mittelschweren und schweren LKW sind auch Leasingnehmer betroffen, da sich die kartellbedingt überhöhten Kaufpreise für die LKW letztlich auch in überhöhten Leasingraten niedergeschlagen haben.

4. Adressat der Kartellschadensersatzansprüche

Die Kartellanten haften als Gesamtschuldner. Das bedeutet, dass sich der Käufer oder Leasingnehmer aussuchen kann, gegen welchen Kartellanten er vorgeht und zwar unabhängig davon, bei wem die jeweiligen LKW gekauft oder geleast wurden. Eine Geltendmachung der Ansprüche ist sowohl außergerichtlich als auch gerichtlich möglich. Inländische Gerichtsstände bestehen u.a. vor den Landgerichten in Stuttgart, München und Köln.

Auch ein gebündeltes Vorgehen ist möglich, indem sich mehrere Geschädigte als Streitgenossen zusammenschließen und dann von einem Anwalt in einem Gerichtsprozess vertreten werden (§§ 59, 60 ZPO). Dadurch lassen sich Kosten und Ressourcen sparen. Zudem steigt der Streitwert mit der Folge, dass ein solches gebündeltes Vorgehen von Streitgenossen einer Klage zusätzliches Gewicht verleiht.

5. Verjährung der Kartellschadensersatzansprüche

Es droht die Verjährung der Schadensersatzansprüche, die Käufern und Leasingnehmern gegen die oben genannten Hersteller von LKW zustehen. Schadensersatzansprüche, die aus dem Kauf von LKW aus dem Zeitraum 1997 bis 2001 stammen, sind möglicherweise bereits verjährt, wobei dies nur

dann gilt, wenn man nicht der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf folgt. Das OLG Düsseldorf hat festgestellt, dass die Verjährung möglicher Schadensersatzansprüche durch die Einleitung eines Kartellverfahrens der EU-Kommission gemäß § 33 Abs. 5 GWB gehemmt wird und zwar auch mit Blick auf Altfälle – also Fälle, die den Zeitraum vor Inkrafttreten des § 33 Abs. 5 GWB zum 1. Juli 2005 betreffen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.02.2015, Az.: VI-U (Kart) 3/14; a.A. OLG Karlsruhe, Urteil vom 09.11.2016, Az.: 6 U 204/15 (Kart 2)).

Durch die intertemporale Übergangsvorschrift des Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB wird der Verjährungsbeginn möglicher Kartellschadensersatzansprüche für bis zum 1. Januar 2002 noch nicht verjährte Ansprüche (und dies betrifft alle seit 1997 erfolgten LKW-Erwerbsvorgänge) auf den 1. Januar 2002 verlegt, was zusätzlich zu einer „Verjährungsverlängerung“ führt. Im Ergebnis spricht vieles dafür, dass Schadensersatzansprüche geschädigter LKW-Käufer und Leasingnehmer daher erst im Frühjahr 2018 verjähren.

Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen verlangt eine gewisse Vorbereitung. Zur konkreten Bezifferung des einem LKW-Käufer oder Leasingnehmer entstandenen Schadens sollte ein wettbewerbsökonomisches Gutachten eingeholt werden. Zügiges Handeln ist insbesondere auch vor dem Hintergrund geboten, dass die Aufarbeitung eines Falles, das Zusammenstellen von Unterlagen, eventuell vorgeschaltete Vergleichsverhandlungen und das Anfertigen der Klageschrift weiter Zeit verbrauchen. Wer darüber nachdenkt oder sich entschieden hat, Kartellschadensersatz geltend zu machen, sollte daher zügig handeln.

6. Mit welchen Schadensersatzbeträgen kann gerechnet werden?

Die Schadenshöhe, die derzeit auf ca. 10 bis 20 % des Verkaufspreises geschätzt wird, muss in einem Gerichtsverfahren mittels eines wettbewerbsökonomischen Gutachtens belegt werden. Hierfür kann ein Sachverständigengutachten durch das Gericht eingeholt werden. Sinnvoll und üblich ist es zudem – wie bereits oben beschrieben –, vor Klageerhebung ein wettbewerbsökonomisches Gutachten einzuholen, um die Klageforderung konkret zu beziffern und begründen zu können. Die Kosten für derartige Gutachten können ebenfalls eingeklagt werden und sind im Ergebnis vom LKW-Hersteller zu tragen, sofern

dieser vom Gericht zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt wird.

7. Wie kommen die Geschädigten zu ihrem Recht?

Der geschädigte LKW-Käufer oder Leasingnehmer muss nachweisen, dass er einen LKW von einem Kartellanten gekauft oder geleast und dafür einen zu hohen Preis gezahlt hat, weil der LKW-Verkäufer sich an einem LKW-Kartell beteiligt hat. Die Beteiligung der Hersteller am Kartell steht durch die Entscheidung der EU-Kommission fest. Zur Begründung des Anspruchs muss der LKW-Käufer daher die Dokumente vorlegen, aus denen sich ergibt, dass der LKW-Hersteller (Kartellant) einen oder mehrere LKWs im Kartellzeitraum zwischen 1997 und 2011 an den Geschädigten verkauft oder verleast hat. Ein derartiger Nachweis kann mittels Kauf- oder Leasingverträgen, Überweisungsbestätigungen, Rechnungen oder auch E-Mail-Korrespondenz erbracht werden. Sind derartige Dokumente nicht mehr vorhanden, kann die Vorlage dieser Dokumente im Rahmen des Gerichtsverfahrens möglicherweise vom Kartellschädiger oder den LKW-Händlern verlangt werden, § 142 Abs. 1 und 2 ZPO.

8. Dauer eines Gerichtsverfahrens

Wie lange im Einzelfall ein Gerichtsverfahren dauert, lässt sich nicht pauschal beantworten. Dies hängt letztlich von der Komplexität des jeweiligen Falles und vom angerufenen Gericht ab. Erinstanzliche Verfahren dauern in Deutschland im Schnitt ca. sechs bis zwölf Monate. Eine Beweisaufnahme und die Einholung von Sachverständigengutachten – und dies wird in derartigen Fällen wegen der Schadensschätzung stets notwendig sein – verlängern ein Gerichtsverfahren aber in der Regel ggf. sogar erheblich. Ein erstinstanzliches Gerichtsverfahren kann daher auch weit über zwölf Monate dauern. Sofern eine Partei danach Rechtsmittel einlegt, kann der Gang durch die Instanzen weiter Zeit in Anspruch nehmen, so dass ein Gerichtsverfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss auch mehrere Jahre dauern kann. Die oben geschilderten Verjährungsprobleme stellen sich nach Klageerhebung allerdings nicht mehr, § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

9. Fazit

Ein Vorgehen kartellgeschädigter LKW-Käufer macht grundsätzlich dann Sinn, wenn im Zeitraum zwischen 1997 und 2011 mittelschwere oder schwere LKW von einem der Kartellanten erworben oder geleast

wurden. Wurden lediglich ein, zwei oder drei LKW erworben, müssen Kosten und Nutzen sorgfältig gegeneinander abgewogen werden, da auch bei einem vollständigen Obsiegen in einem Gerichtsverfahren ggf. ein Teil der Kosten am Kläger (geschädigten LKW-Käufer) hängen bleibt und das Durchfechten einer Klage zudem Zeit und Ressourcen bindet. In soweit bedarf es einer Einzelfallprüfung durch einen Rechtsanwalt. Da die Verjährungsfristen laufen, ist ein zügiges Tätigwerden geboten.

LUTZ | ABEL hat Geschädigte des LKW-Kartells bereits erfolgreich bei der Geltendmachung von Schadensersatzforderungen gegen Kartellanten des LKW-Kartells beraten. Neben den notwendigen branchenspezifischen Kenntnissen verfügt die Kanzlei

über Experten, die insbesondere im Bereich Prozessführung, Vertriebs- und Kartellrecht umfangreiche Expertise zur Durchsetzung von Schadensersatzforderungen gegen Kartellschädiger haben.



Dr. Marius Mann

_ Rechtsanwalt
_ M. Jur. (Oxford)

mann@lutzabel.com

IT-RECHT UND DATENSCHUTZ

Datenschutz-Compliance: Bundesrat verabschiedet neues Bundesdatenschutzgesetz

RA Dr. André Schmidt | schmidt@lutzabel.com

1. Einführung

Am 12. Mai 2017 hat der Bundesrat einem neuen Bundesdatenschutzgesetz (BDSG-neu) zugestimmt. Das Gesetz ist inzwischen auch im Bundesgesetzblatt verkündet.

Das BDSG-neu ist Teil eines umfassenden Gesetzespakets des deutschen Gesetzgebers, das der Umsetzung der Anforderungen der EU-Datenschutzgrundverordnung (EU-DSGVO) dient, die ab dem 25. Mai 2018 EU-weit gilt. Das Gesetzespaket hat den „griffigen“ Namen „Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU).“

2. Kritik am BDSG-neu

So „eingängig“ wie der Name des Umsetzungsgesetzes sind auch dessen Regelungen, insbesondere jene zum BDSG-neu. Das BDSG-neu hat fast doppelt so viele Paragraphen wie das bisherige BDSG. Dabei hätte man eigentlich genau das Gegenteil erwarten können. Schließlich gibt es mit der EU-DSGVO zukünftig eine EU-Verordnung, in der weite Teile des Datenschutzrechts abschließend geregelt sind und die unmittelbar in den einzelnen EU-Mitgliedsstaaten gilt. Man hätte also durchaus davon ausgehen können, dass im BDSG-neu nur die Bereiche geregelt sind, bei denen die EU-DSGVO den nationalen Gesetzgebern ausnahmsweise noch Gestaltungsspielraum lässt. Damit wollte sich der deutsche Gesetzgeber aber offensichtlich nicht begnügen.

Das BDSG-neu ist auf starke Kritik gestoßen. Mehrere Sachverständige beurteilten einige der geplanten Regelungen im BDSG-neu als europarechtswidrig.

Vertreter von Datenschutzaufsichtsbehörden haben angekündigt, dass sie das BDSG-neu nicht anwenden werden, soweit dieses gegen die EU-DSGVO verstößt (vgl. Interview von heise online mit Barbara Thiel, Vorsitzende der Datenschutzkonferenz von Bund und Ländern, vom 17. März 2017, abrufbar unter: <https://heise.de/-3657607>). Dies wird es zukünftig zumindest nicht einfacher für Unternehmen machen, rechtskonforme Datenschutz-Compliance-Strukturen auf- bzw. auszubauen.

3. Neues zum Beschäftigtendatenschutz

Mit § 26 BDSG-neu macht der deutsche Gesetzgeber von der Befugnis nach Artikel 88 EU-DSGVO Gebrauch, für den Beschäftigtendatenschutz eigene nationale gesetzliche Regelungen zu treffen. Dabei weicht § 26 BDSG-neu inhaltlich gar nicht so sehr von dem bislang in Deutschland geltenden Beschäftigtendatenschutz ab, bringt aber teilweise doch etwas mehr Klarheit für den Unternehmer. Gleichwohl hat es der Gesetzgeber verpasst, den Beschäftigtendatenschutz in Deutschland endlich einmal umfassend zu regeln, um mehr Rechtssicherheit für Unternehmen zu schaffen.

4. Stärkung der Position des betrieblichen Datenschutzbeauftragten gegenüber EU-DSGVO

Auch beim betrieblichen Datenschutzbeauftragten macht der deutsche Gesetzgeber von seiner Befugnis Gebrauch, von den Mindestanforderungen der EU-DSGVO abzuweichen. Das BDSG-neu übernimmt im Wesentlichen die bisherigen Regelungen des BDSG und stärkt damit die Stellung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten im Vergleich zur EU-DSGVO.

Es ist allerdings zumindest diskussionswürdig, ob mit der EU-DSGVO ebenfalls vereinbar ist, dass der

bislang geltende – sehr weitreichende – Kündigungsschutz des betrieblichen Datenschutzbeauftragten auch zukünftig weiter gelten soll (vgl. § 6 Abs. 4 i.V.m. § 38 Abs. 2 BDSG-neu). Insoweit hat die EU-DSGVO den nationalen Gesetzgebern nämlich keinen eigenen Regelungsspielraum zugestanden.

5. Fazit

Das BDSG-neu wird mit der EU-DSGVO ab dem 25. Mai 2018 gelten. Dabei sind die Regelungen im BDSG-neu derart komplex und umfangreich, dass mit erheblichen Anwendungsschwierigkeiten zu rechnen ist.

Soweit im BDSG-neu regulatorische Abweichungen im Vergleich zu Bestimmungen aus der EU-DSGVO enthalten sind, sollten Unternehmen nicht auf die Bestimmungen im BDSG-neu vertrauen. Es ist immer

zu prüfen, ob diese Abweichungen von der EU-DSGVO womöglich europarechtswidrig sind. In diesem Fall könnten aufsichtsrechtliche Sanktionen drohen, wenn ein Unternehmen zwar die Vorgaben des BDSG-neu einhält, aber nicht die zwingenden und vorrangigen Vorgaben aus der EU-DSGVO. Unternehmen sollten insoweit (auch) die Vorgaben der EU-DSGVO beachten.



Dr. André Schmidt

_ Rechtsanwalt
_ Fachanwalt für IT-Recht

schmidt@lutzabel.com

Fragen, Anmerkungen und Wünsche zu Recht Aktuell?

Wir freuen uns über Ihre Fragen, Anmerkungen und Wünsche bezüglich unserer Informationsschrift Recht Aktuell. Sie können uns gerne eine E-Mail zusenden an kanzlei@lutzabel.com.

Verantwortlicher Redakteur

RA Dr. Christian Dittert
LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH
Brienner Straße 29 · 80333 München

LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH

München

Brienner Straße 29 · 80333 München
Telefon +49 89 544147-0
Telefax +49 89 544147-99
muenchen@lutzabel.com

Hamburg

Caffamacherreihe 8 · 20355 Hamburg
Telefon +49 40 3006996-0
Telefax +49 40 3006996-99
hamburg@lutzabel.com

Stuttgart

Heilbronner Straße 72 · 70191 Stuttgart
Telefon +49 711 252890-0
Telefax +49 711 252890-7799
stuttgart@lutzabel.com

Brüssel

Rond Point Schuman 9/9 · 1040 Brüssel
Belgien
Telefon +32 2 2868593
Telefax +32 2 2301416
bruessel@lutzabel.com

www.lutzabel.com

