

# LUTZ | ABEL

RECHT AKTUELL

02/2018

# RECHT AKTUELL 02/2018

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

in Kooperation mit Best Lawyers veröffentlicht das Handelsblatt in diesem Jahr bereits zum zehnten Mal eine Liste der besten Wirtschaftsanwälte Deutschlands. Auch in diesem Jahr wurden sechs Partner von LUTZ | ABEL in sechs verschiedenen Rechtsgebieten empfohlen und tragen das Siegel „**Deutschlands Beste Anwälte 2018**“.

Wir freuen uns über die Empfehlung folgender Anwälte:

Dr. Wolfgang Abel: Baurecht, Konfliktlösung

Dr. Henning Abraham: Arbeitsrecht

Dr. Christian Dittert: Konfliktlösung

Dr. Marco Eickmann LL.M.: Gesellschaftsrecht

Dr. Rainer Kohlhammer: Immobilienwirtschaftsrecht

Dr. Reinhard Lutz: Gesellschaftsrecht, Konfliktlösung, Schiedsverfahren / Streitbeilegung / Mediation

Des Weiteren wurden wir bei den diesjährigen JUVE Awards 2018 in der Kategorie „**Kanzlei des Jahres für Arbeitsrecht**“ nominiert. Wir freuen uns sehr über die Nominierung und bedanken uns herzlich bei Mandanten sowie Geschäftspartnern für das in uns gesetzte Vertrauen. Die Sieger werden am 25. Oktober 2018 im Rahmen einer festlichen Gala in der Alten Oper in Frankfurt bekannt gegeben.

Auch in dieser Ausgabe von Recht Aktuell dürfen wir Ihnen eine Reihe neuer Kolleginnen und Kollegen vorstellen.

Seit Mai 2018 unterstützt Frau Rechtsanwältin Justine Prasetyo die Praxisgruppe Arbeitsrecht. Frau Prasetyo berät im individuellen und kollektiven Arbeitsrecht. Ein weiterer Fokus ihrer Tätigkeit liegt in der arbeitsrechtlichen Prozessvertretung, in der Vertragsgestaltung sowie im Arbeitnehmerdatenschutzrecht.

Herr Rechtsanwalt Dr. Christian Helmrich LL.M. ist seit Juli 2018 für unsere Praxisgruppe Arbeitsrecht in München tätig. Herr Dr. Helmrich berät schwerpunktmäßig im individuellen und kollektiven Arbeitsrecht und übernimmt arbeitsrechtliche Prozessvertretungen. Weiter bearbeitet er Fragen des Sozialversicherungsrechts im Arbeitsverhältnis (insbesondere im Zusammenhang mit einer Arbeitnehmerüberlassung bzw. in Abgrenzung zum Werkvertrag) und des Betriebsrentenrechts. Zuvor war Herr Dr. Helmrich als akademischer Rat an der Universität Regensburg tätig.

Mit Frau Rechtsanwältin Vera Lederer hat sich ebenfalls seit Juli 2018 die Praxisgruppe Real Estate am Standort München verstärkt. Frau Lederer beginnt ihre Karriere bei LUTZ | ABEL und berät umfassend in allen Fragen des Bau- und Architektenrechts.

Seit August 2018 zählt die Praxisgruppe Venture Capital/M&A Frau Rechtsanwältin Kristina Meier in München zu ihrem Team. Auch sie ist Berufseinsteigerin. Ihre Expertise liegt in den Bereichen Gesellschaftsrecht, Venture Capital/M&A sowie Insolvenz und Restrukturierung.

Wir laden Sie nun ein, sich – von diversen Kolleginnen und Kollegen aus der Kanzlei aufbereitet – mit neuen Entwicklungen und aktuellen Gerichtsentscheidungen aus unterschiedlichen Fachbereichen auseinanderzusetzen. Zusätzlich finden Sie die aktuellen Hinweise zu Veranstaltungen der Kanzlei, zu denen wir Sie herzlich einladen.

Für Fragen stehen Ihnen die Autoren sowie das gesamte LUTZ | ABEL Team gerne zur Verfügung.

Herzliche Grüße

Ihre LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH

# VERANSTALTUNGEN

## ARBEITSRECHT

### Veranstaltungsreihe ARBEITSRECHT IM MITTELSTAND

Unsere laufende Veranstaltungsreihe ARBEITSRECHT IM MITTELSTAND ist speziell für mittelständische Unternehmen konzipiert: ausgewählte Themen, hoher Praxisbezug, Zeit für Austausch und Diskussion.

#### III. DS-GVO im Arbeitsrecht: Eine erste Bestandsaufnahme für den Mittelstand

LUTZ | ABEL Frühstück  
18. Oktober 2018 in Hamburg

Dr. Philipp Byers

#### VI. Compliance im Mittelstand

##### Typische Unternehmerrisiken managen: Scheinselbstständigkeit, Datenklau und Durchsuchungen

LUTZ | ABEL Frühstück  
08. November 2018 in München  
15. November 2018 in Stuttgart  
28. November 2018 in Hamburg  
17. Januar 2019 in München (stetter Rechtsanwälte)

Dr. Philipp Byers,  
Dr. Sabine Stetter  
(stetter Rechtsanwälte)

#### Der neue Beschäftigtendatenschutz

BECK Seminare  
25. September 2018 in Frankfurt am Main  
03. Dezember 2018 in Düsseldorf

Dr. Philipp Byers

[www.beck-seminare.de](http://www.beck-seminare.de)

#### Arbeitsrecht für Start-ups

Technische Universität Berlin – Centre for Entrepreneurship  
01. November 2018 in Berlin

Claudia Knuth

[www.entrepreneurship.tu-berlin.de](http://www.entrepreneurship.tu-berlin.de)

#### Schwetzingen Arbeitsrechtstage

Seminare im Schloss  
13.–16. November 2018 in Schwetzingen

Dr. Philipp Byers u.a.

[www.sisra.de](http://www.sisra.de)

#### Mitarbeitergewinnung und Mitarbeiterbindung

LUTZ | ABEL Kooperationsveranstaltung mit allaboutHRLaw  
15. November 2018 in Hamburg

Christine Marxen (allaboutHRLaw),  
Claudia Knuth

## COMPLIANCE

### Kartellrechtliche Compliance: Dos & Don'ts beim Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern

LUTZ | ABEL Frühstück  
24. Oktober 2018 in München  
07. November 2018 in Stuttgart

Christoph Richter

## GESELLSCHAFTSRECHT

### Brennpunkt Managerhaftung

Abendveranstaltung  
18. Oktober 2018 in München (stetter Rechtsanwälte)

Dr. Sabine Stetter (stetter Rechtsanwälte),  
Dr. Simon Hammerstingl (Hiscox Europe Underwriting Ltd.),  
Dr. Kilian K. Eßwein

### Gesellschafterstreit

BECK Seminare  
22. November 2018 in Mannheim  
23. November 2018 in Mannheim

Dr. Reinhard Lutz,  
Dr. Christian Dittert

[www.beck-seminare.de](http://www.beck-seminare.de)

## PRIVATES BAURECHT

### Homogenbereiche nach VOB/C und Baugrund(-risiko) – Hintergründe und Umgang

Technische Akademie Esslingen  
24.–25. Oktober 2018 in Esslingen

Dr. Rainer Kohlhammer u.a.

[www.tae.de](http://www.tae.de)

### Störungen im Bauablauf – Rechtssicher vorbeugen, richtig gegensteuern, belastbar dokumentieren

Verlag Dashöfer  
06. November 2018 in Berlin

Dr. Daniel Junk

[www.dashoefer.de](http://www.dashoefer.de)

### Einkauf von Bauleistungen

Management Forum Starnberg  
06.–07. November 2018 in München

Dr. Ralph Bartsch (Partner bei BARTSCH WARNING PARTNERSCHAFT),  
Dr. Rainer Kohlhammer

[www.management-forum.de](http://www.management-forum.de)

# VERANSTALTUNGEN

## PRIVATES BAURECHT

### Gestörter Bauablauf – klassische Aufarbeitung und alternative Herangehensweisen

LUTZ | ABEL AKADEMIE

07. November in München

14. November in Stuttgart (Sparkassenakademie)

20. November in Hamburg (CS Business Center)

Dipl.-Wirt.-Ing. Michael Mozer (IWTI GmbH), Dr. Daniel Junk, Dr. Rainer Kohlhammer, Nikolaus Thielen

## VENTURE CAPITAL & GESELLSCHAFTSRECHT

### Innovationsmotor Corporate Venturing

Abendveranstaltung in Kooperation mit Unternehmeredition

23. Oktober 2018 in Stuttgart (Gazi-Stadion auf der Waldau)

[www.unternehmeredition.de](http://www.unternehmeredition.de)

Peter Hübinger (Miele Venture Capital GmbH), Dr. Dieter Kraft (Trumpf Ventures), Oliver Stahl (Robotise), Dr. Bernhard Noreisch LL.M., Dr. Alexander Henne M.Jur.

## KONTAKT

Für Fragen zu den Veranstaltungen und zur Anmeldung stehen Ihnen die Referenten sowie Maria Schiller (Telefon: +49 89 544 147-0, E-Mail: [marketing@lutzabel.com](mailto:marketing@lutzabel.com)) gerne zur Verfügung.

Weitere Informationen finden Sie darüber hinaus auf unserer Internetseite unter [www.lutzabel.com/termine](http://www.lutzabel.com/termine)

# INHALTSVERZEICHNIS

## Arbeitsrecht

- |    |  |                  |
|----|--|------------------|
| 8  | Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot | Manuela Kerscher |
| 11 | Mobilarbeit breitet sich weiter aus    | Claudia Knuth    |

## Bank- und Kapitalmarktrecht

- |    |   |                   |
|----|---|-------------------|
| 15 | Zur Wirksamkeit von Negativzinsen im Einlagengeschäft | Dr. Marc Seiffert |
|----|---|-------------------|

## Privates Baurecht

- |    |  |                      |
|----|--|----------------------|
| 18 | Was ist die Korbion'sche Preisformel noch wert oder: Ein schlechter Preis muss kein schlechter bleiben | Dr. Daniel Junk      |
| 21 | NEU: Nach BGH nun auch Vorschuss auf Schadensersatz!   | Dr. Michael T. Stoll |
| 23 | Zur Formbedürftigkeit nachträglicher Änderungen von Grundstücksübertragungsverträgen                   | Nikolaus Thielen     |

## Öffentliches Baurecht

- |    |  |                      |
|----|--|----------------------|
| 25 | Abschaffung der Straßenausbaubeiträge in Bayern  | Dr. Christian Braun  |
| 27 | Abweichungen von den Abstandsflächen nach der Änderung der Bayerischen Bauordnung zum 01.09.2018 | Dr. Thomas Schönfeld |

## Beihilfen- und Kartellrecht

- |    |   |                   |
|----|---|-------------------|
| 30 | Fusionskontrolle: Bundeskartellamt und Bundeswettbewerbsbehörde veröffentlichen gemeinsamen Leitfaden zur neuen Transaktionswert-Schwelle | Christoph Richter |
|----|---|-------------------|

## Gesellschaftsrecht

- |    |   |  |
|----|---|--|
| 34 | Kaufpreisklauseln bei M&A-Transaktionen | Jan-Phillip Kunz, LL.M.,<br>Dr. Bernhard Noreisch, LL.M. |
|----|---|--|

## Handelsrecht

- |    |  |   |
|----|--|---|
| 39 | Kampf ums Kleingedruckte: Wie AGB in Verträgen zwischen Unternehmern wirksam einbezogen werden | Dr. Marius Mann, MBA, M.Jur.,<br>Nina Tanczer, Rechtsreferendarin |
|----|--|---|

# ARBEITSRECHT

## Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot

RAin Manuela Kerscher | kerscher@lutzabel.com

Im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses gilt für den Arbeitnehmer für die Dauer der Beschäftigung ein allgemeines Wettbewerbsverbot. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer im Geschäftsbereich des Arbeitgebers nicht anderweitig selbstständig oder für Dritte tätig werden darf. Mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses entfällt grundsätzlich auch dieses Wettbewerbsverbot. Das Wettbewerbsverbot kann jedoch durch Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf den Zeitraum nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erstreckt werden (sog. nachvertragliches Wettbewerbsverbot). Dabei verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Wettbewerbsenthaltung für bestimmte Zeit nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses. Der Arbeitgeber verpflichtet sich gleichzeitig zur Zahlung einer Karenzenschädigung an den Arbeitnehmer. Die Vereinbarung über das nachvertragliche Wettbewerbsverbot muss sich an den §§ 74 ff. HGB messen lassen.

### 1. Grundsätzliches zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot

Da ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot in erheblicher Weise die nach Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers einschränkt, gelten für die Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots gewisse Anforderungen:

In formeller Hinsicht ist zunächst die Schriftform des § 126 BGB erforderlich. Dies bedeutet, dass beide Parteien die Vereinbarung grundsätzlich im Original unterzeichnen müssen. Weiter ist es empfehlenswert, stets zu dokumentieren und vom Arbeitnehmer bestätigen zu lassen, dass ihm ein Exemplar der Vereinbarung ausgehändigt wurde. Eine fehlende Aushändigung hat zwar nicht die Unwirksamkeit der Abrede zur Folge. Es führt aber dazu, dass sich der Arbeitgeber nicht auf das Wettbewerbsverbot berufen kann.

Aus den §§ 74 ff. HGB ergeben sich eine Vielzahl inhaltlicher Anforderungen an eine wirksame Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots. So muss der Arbeitgeber in der Vereinbarung insbesondere sorgfältig konkretisieren, wann, wie lange und in welchen Bereichen (sachlich und örtlich) das nachvertragliche Wettbewerbsverbot gelten soll.

In zeitlicher Hinsicht darf das Wettbewerbsverbot nur für eine Dauer von höchstens zwei Jahren vereinbart werden. Bei einem vereinbarten Zeitraum von mehr als zwei Jahren wird das Wettbewerbsverbot mit Ablauf der zwei Jahre unverbindlich.

Da sich der Arbeitgeber bei der Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes durch die Verpflichtung zur Zahlung einer Karenzenschädigung einer erheblichen finanziellen Belastung aussetzt, ist es dringend zu empfehlen, für den Fall des Wettbewerbsverstoßes eine vom Arbeitnehmer zu zahlende Vertragsstrafe zu vereinbaren.

Verstöße gegen die inhaltlichen Anforderungen der §§ 74 ff. HGB können unterschiedliche Rechtsfolgen haben. Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot kann (teilweise) unverbindlich oder nichtig sein.

Unternehmen sollten in diesem Zusammenhang insbesondere beachten, dass das Wettbewerbsverbot nach dem Wortlaut von § 74a HGB unverbindlich ist, wenn es nicht „berechtigten geschäftlichen Interessen“ des Arbeitgebers dient oder es eine unbillige Erschwerung des (beruflichen) Fortkommens des Arbeitnehmers enthält. Dabei sind die Karenzenschädigung sowie Ort, Zeit und Gegenstand des Verbotes zu berücksichtigen. Sind die Anforderungen nicht erfüllt, ist die Abrede über das nachvertragliche Wettbewerbsverbot unverbindlich. Dies bedeutet, dass sich der Arbeitgeber im Falle eines Verstoßes nicht auf das Verbot berufen kann. Der Arbeitnehmer hat hingegen die Wahl, ob er sich gegen Zahlung der

Karenzenschädigung an das Verbot halten oder ohne Entschädigung Wettbewerb betreiben möchte.

Die Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots muss ferner die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung einer monatlichen Karenzenschädigung enthalten.

### 2. Die Karenzenschädigung

Besonders häufig stellen sich in der Praxis im Rahmen von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten Fragen zur Karenzenschädigung. In diesem Zusammenhang sollten Unternehmen vor allem Folgendes beachten:

Es ist zwingend erforderlich, dass eine Vereinbarung über ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung einer Karenzenschädigung enthält. Das Fehlen einer solchen Verpflichtung führt nach der Rechtsprechung – entgegen des Wortlauts des § 74 Abs. 2 HGB – zur Nichtigkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots. Weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer sind in diesem Fall an das Wettbewerbsverbot gebunden. Im Gegensatz dazu ist eine Klausel, die „lediglich“ den Anforderungen an eine wirksame Karenzenschädigung nicht standhält, unverbindlich (vgl. bereits oben unter Abschnitt 1).

Für die Karenzenschädigung ist in § 74 Abs. 2 HGB gesetzlich eine Mindesthöhe geregelt: Der Arbeitgeber muss danach für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistung zahlen. Dazu zählen neben der regelmäßigen monatlichen Vergütung auch alle Einmalzahlungen wie Boni, Weihnachtsgeld, Leistungszulagen oder Sachbezüge.

Übt der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Beschäftigung aus, die nicht gegen das Wettbewerbsverbot verstößt, ist eine etwaige Vergütung unter den Voraussetzungen des § 74c Abs. 1 HGB auf die Karenzenschädigung anzurechnen. In diesem Zusammenhang ist der Arbeitnehmer nach § 74c Abs. 2 HGB zudem verpflichtet, dem Arbeitgeber auf Verlangen Auskunft über die Höhe des anderweitigen Erwerbs zu erteilen und diese Auskunft auf Verlangen des Arbeitgebers auch hinreichend zu belegen.

Die Zahlung der Karenzenschädigung durch den Arbeitgeber steht im unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis zur Einhaltung des Wettbewerbsverbotes

durch den Arbeitnehmer und ist zwingende Voraussetzung für eine wirksame nachvertragliche Wettbewerbsvereinbarung. Versuche zur Umgehung der Karenzenschädigung haben der gerichtlichen Kontrolle bisher regelmäßig nicht standgehalten.

Begeht der Arbeitnehmer trotz eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots einen Wettbewerbsverstoß, wird der Arbeitgeber von der Verpflichtung zur Zahlung der Karenzenschädigung befreit, solange der Arbeitnehmer seiner Verpflichtung zur Unterlassung von Wettbewerb nicht nachkommt. Zahlt der Arbeitgeber dagegen die Karenzenschädigung nicht, berechtigt dies den Arbeitnehmer zunächst nicht, Wettbewerb zu betreiben. Ihm steht jedoch unter anderem die Möglichkeit offen, bei Zahlungsverzug des Arbeitgebers den Rücktritt von der nachvertraglichen Wettbewerbsabrede zu erklären. Mit einem Rücktritt vom nachvertraglichen Wettbewerbsverbot hat sich das Bundesarbeitsgericht („BAG“) erst im Januar dieses Jahres beschäftigt.

### 3. Entscheidung des BAG

Mit Urteil vom 31.01.2018 (Az.: 10 AZR 392/17) hat das BAG entschieden, dass ein Arbeitnehmer vom nachvertraglichen Wettbewerbsverbot zurücktreten kann, wenn der Arbeitgeber die vereinbarte Karenzenschädigung nicht zahlt. Ab dem Zeitpunkt des wirksamen Rücktritts entfällt in diesem Fall der Anspruch des Arbeitnehmers auf die Karenzenschädigung.

#### a) Sachverhalt der Entscheidung des BAG

Der Arbeitnehmer war bei der Arbeitgeberin seit Februar 2014 als „Beauftragter technische Leitung“ beschäftigt und verdiente zuletzt monatlich EUR 6.747,20 brutto. Der Arbeitnehmer kündigte das Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 31.01.2016. Die Parteien hatten im Arbeitsvertrag ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot für die Dauer von drei Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart. Als Gegenleistung für das nachvertragliche Wettbewerbsverbot sollte der Arbeitnehmer eine Karenzenschädigung in Höhe von 50 Prozent der zuletzt bezogenen Vergütung erhalten. Mit E-Mail vom 01.03.2016 forderte der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin zur Zahlung der vereinbarten Karenzenschädigung für den Monat Februar 2016 auf. Der Arbeitnehmer setzte dabei eine Frist bis zum 04.03.2016. Die Arbeitgeberin reagierte darauf nicht. Mit weiterer E-Mail vom 08.03.2016 teilte der Arbeitnehmer daraufhin mit, dass er sich „ab sofort nicht mehr an das Wettbewerbsverbot gebunden“ fühle.

Letztendlich machte der Arbeitnehmer gerichtlich gegenüber der Arbeitgeberin die Zahlung der Karenzenschädigung für die gesamte Dauer des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots (insgesamt EUR 10.120,80 brutto) geltend. Der Arbeitnehmer trug dabei vor, dass er sich durchgängig an das Wettbewerbsverbot gehalten habe. Bei der E-Mail vom 08.03.2016 habe es sich lediglich um eine „Trotzreaktion“ ohne Rechtsbindungswillen gehandelt. Die Arbeitgeberin argumentierte dagegen, dass der Arbeitnehmer wirksam vom vereinbarten nachvertraglichen Wettbewerbsverbot zurückgetreten sei, so dass die Karenzenschädigung zumindest für die Zukunft entfallen sein.

#### b) Entscheidungsbegründung des BAG

Das BAG bestätigte die vorangegangene Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Nürnberg. Dem Kläger steht nach Auffassung des BAG eine Karenzenschädigung nur für die Zeit bis zur Erklärung des Rücktritts, mithin vom 01.02.2016 bis zum 08.03.2016, zu.

Das BAG entschied, dass der Arbeitnehmer durch seine Erklärung vom 08.03.2016 wirksam vom nachvertraglichen Wettbewerbsverbot zurückgetreten ist. Dadurch musste sich der Arbeitnehmer ab dem Zeitpunkt der Erklärung des Rücktritts am 08.03.2016 nicht mehr an das nachvertragliche Wettbewerbsverbot halten. Gleichzeitig entfiel nach Auffassung des BAG auch die Verpflichtung der Arbeitgeberin zur Zahlung der Karenzenschädigung.

Bei einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot stehen die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Wettbewerbsenthaltung und die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung einer Karenzenschädigung in einem unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer ist daher berechtigt, vom nachvertraglichen Wettbewerbsverbot zurückzutreten, wenn der Arbeitgeber seine Gegenleistung (Zahlung der Karenzenschädigung) trotz Fristsetzung nicht oder nicht ordnungsgemäß erbringt. Das BAG wies darauf hin, dass die E-Mail vom 08.03.2016 als Rücktrittserklärung auszulegen war und dass die Arbeitgeberin diese auch als solche verstehen musste. Es kam daher nicht darauf an, dass die Erklärung angeblich nur als „Trotzreaktion“ gedacht gewesen sei. Da es sich bei dem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot aus Sicht des BAG um ein Dauerschuldverhältnis handelt, wirkt der Rücktritt nur für die Zukunft und nicht auf den Vertragsbeginn zurück. Daraus folgt, dass das BAG dem Arbeitnehmer eine Karenzenschädigung für die Zeit vom

01.02.2016 bis zum 08.03.2016 zusprach. Ab dem 09.03.2016 bestand aufgrund des wirksamen Rücktritts kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Karenzenschädigung mehr.

#### c) Fazit

Allgemein gilt also: Zahlt der Arbeitgeber im Rahmen eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots die vereinbarte Karenzenschädigung nicht, kann der Arbeitnehmer nach erfolgloser Fristsetzung den Rücktritt erklären. Dies führt dazu, dass der Arbeitnehmer nicht mehr zur Wettbewerbsenthaltung, der Arbeitgeber aber auch nicht mehr zur Zahlung der Karenzenschädigung verpflichtet ist.

Umgekehrt kann auch der Arbeitgeber die Möglichkeit eines Rücktritts vom nachvertraglichen Wettbewerbsverbot prüfen, wenn der Arbeitnehmer sich vertragswidrig verhält und beispielsweise einen Wettbewerbsverstoß begeht. Begeht der Arbeitnehmer einen Wettbewerbsverstoß, entfällt der Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung der Karenzenschädigung für die Dauer des Wettbewerbsverstoßes. Darüber hinaus bleibt jedoch für die Dauer des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots die Pflicht zur Zahlung der Karenzenschädigung aufrechterhalten, soweit und solange der Arbeitnehmer sich an das Wettbewerbsverbot hält. Möchte der Arbeitgeber dies vermeiden und ist das Interesse des Arbeitgebers an der Einhaltung des Wettbewerbsverbots aufgrund des begangenen Wettbewerbsverstoßes entfallen, kann der Arbeitgeber ebenfalls unter den Voraussetzungen des § 323 BGB vom nachvertraglichen Wettbewerbsverbot zurücktreten, allerdings wiederum mit der Folge, dass der Arbeitnehmer sich daran ab dem Zeitpunkt des wirksamen Rücktritts nicht mehr halten muss.

#### 4. Wegfall des Wettbewerbsverbotes

Neben dem Rücktritt bestehen für beide Parteien grundsätzlich weitere Möglichkeiten, sich von dem nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes zu lösen. An den Wegfall des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots werden jedoch regelmäßig hohe Anforderungen gestellt.

#### a) Verzicht

Der Arbeitgeber kann bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses (also bis zum Eintritt des Verbotes) unter den Voraussetzungen des § 75a HGB einen Verzicht auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot erklären. Dies hat durch schriftliche Erklärung

zu erfolgen. Das Wettbewerbsverbot für den Arbeitnehmer entfällt dann mit sofortiger Wirkung. Der Arbeitgeber hat jedoch bis zum Ablauf eines Jahres ab Zugang der Erklärung beim Arbeitnehmer die vereinbarte Karenzenschädigung zu zahlen. Möchte der Arbeitgeber die Zahlung gänzlich vermeiden, muss er demnach den Verzicht bereits mehr als ein Jahr vor Ablauf des Arbeitsverhältnisses erklärt haben.

#### b) Lösungsrecht

§ 75 HGB regelt die Voraussetzungen, unter denen sich der Arbeitgeber bzw. der Arbeitnehmer vom nachvertraglichen Wettbewerbsverbot lösen können. Im Falle einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsvertrags durch den Arbeitgeber kann daher beispielsweise unter gewissen Voraussetzungen ein Lösungsrecht des Arbeitnehmers in Betracht kommen, sofern die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch einen in seiner Person liegenden Grund veranlasst war.

#### c) Aufhebungsvertrag

Die Parteien können zudem jederzeit in einem Aufhebungsvertrag den Wegfall des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots vereinbaren.

#### 5. Praxishinweis

Die Entscheidung des BAG vom 31.01.2018 bestätigt einmal mehr die Praxisrelevanz von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten. Die Auswirkungen für Unternehmen, die mit ihren Arbeitnehmern nachvertragliche Wettbewerbsverbote vereinbaren, können in rechtlicher wie in finanzieller Hinsicht erheblich sein. Die Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots sollte daher gut überlegt sein und sorgfältig geprüft werden. Aufgrund der dargestellten zahlreichen Anforderungen empfiehlt sich eine genaue Auseinandersetzung mit den sich aus der nachvertraglichen Wettbewerbsvereinbarung ergebenden Rechtsfragen.



**Manuela Kerscher**

\_Rechtsanwältin

kerscher@lutzabel.com

## Mobilarbeit breitet sich weiter aus

RAin Claudia Knuth | knuth@lutzabel.com

Immer mehr Arbeitgeber überlassen es ihren Mitarbeitern, von wo aus sie arbeiten wollen. Das steigert Attraktivität und Mitarbeiterzufriedenheit. Mobilarbeit bietet Flexibilität, höhere Selbstbestimmung und Vereinbarkeit von Beruf und Familie. Rund 20 Prozent der Beschäftigten arbeiten mehrmals im Monat außerhalb des Betriebs und verbringen mindestens ein Viertel ihrer Arbeitszeit am PC, Laptop oder Smartphone. Anders als die öffentliche Debatte vermuten lässt, findet mobiles Arbeiten jedoch nur selten in den eigenen vier Wänden, im Café oder Freibad statt, sondern hauptsächlich beim Kunden. Mehr als jeder Fünfte gibt an, mehrere Male im Monat beim Kunden zu arbeiten.

#### 1. Grundlagen

Mobilarbeit ist nur dann möglich, wenn die technischen und arbeitsvertraglichen Voraussetzungen erfüllt sind. Das bedeutet unter anderem, dass ein eingerichtetes mobiles Endgerät zur Verfügung steht und die Internetverbindung eine ausreichende Geschwindigkeit hat. Hard- und Software müssen eine sichere Verbindung zum unternehmensinternen Datennetz und Kommunikationsnetz sowie ausreichende Datensicherung gewährleisten.

Darüber hinaus muss sich die Tätigkeit des Mitarbeiters grundsätzlich für die Mobilarbeit eignen. Diese muss sich ohne Störung in die betrieblichen Abläufe

einfügen. Betriebliche Termine, Kundentermine, Besprechungen und sonstige Veranstaltungen, die die Anwesenheit des Mitarbeiters notwendig machen, sollten Vorrang vor mobilem Arbeiten genießen. Die Effizienz der Arbeitsleistung sollte der Präsenzarbeit gleichwertig sein und sich in der jeweiligen Vereinbarung über Mobilarbeit auch wiederfinden.

## 2. Arbeitszeit

Mehr als zehn Prozent der Mitarbeiter in Mobilarbeit können ihre Arbeitszeiten individuell festlegen. Knapp dreißig Prozent können ihre Arbeitszeit zumindest in einem festgelegten Rahmen (z.B. Gleitzeit) frei anpassen (Hammermann/Stettes, iW-Trends 3.2017). Dies dürfte unter anderem daran liegen, dass die Arbeitszeiterfassung außerhalb des Betriebs schwerer fällt. Für die Umsetzung von Mobilarbeit ist daher eine vertrauens- und ergebnisorientierte Arbeitskultur notwendig. Bei Bürotätigkeiten wird regelmäßig die Zeit notiert, wann der Arbeitnehmer die Arbeit aufnimmt und wann er sie beendet. Im Rahmen der Mobilarbeit sollte sich die Zeiterfassung hingegen auf die Dauer beziehen. Das bedeutet, dass nicht notiert wird, wann der Arbeitnehmer arbeitet, sondern wie lange er an dem Tag / in der Woche gearbeitet hat.

Der Arbeitgeber kann die Mobilarbeit mit Vertrauensarbeitszeit ohne eine Erfassung kombinieren. Dies verlangt vom Arbeitnehmer ein erhöhtes Maß an Eigeninitiative, Verantwortungsübernahme und Engagement. Zur Förderung dieser Schlüsseigenschaften bietet sich die Kombination mit einem erfolgsorientierten Anreizsystem an.

Unabhängig vom Regelungsmodell ist das Arbeitszeitgesetz zu beachten. Trotz aller Flexibilität sind grundsätzlich die Höchstarbeitszeit pro Tag (max. 10 Stunden), die Ruhezeiten (mind. 11 Stunden) sowie das Sonn- und Feiertagsverbot zu beachten. In Bezug auf die „freie Wahl der Arbeitszeit“ ist – sofern sie nicht betrieblich festgelegt ist – außerdem zu beachten, dass es tarifvertragliche Vorschriften geben kann, die die Arbeit zu bestimmten Zeiten zuschlagspflichtig macht. Nach § 16 Abs. 2 besteht auch die Verpflichtung des Arbeitgebers, die über die werktägliche Arbeitszeit hinausgehende Arbeitszeit zu dokumentieren.

Vergleicht man die durchschnittlichen Wochenstunden zwischen Mitarbeitern in Mobilarbeit und im Büro, so arbeiten Mitarbeiter in Mobilarbeit im

Durchschnitt rund vier Stunden pro Woche mehr. Sie weisen auch am häufigsten einen Verstoß gegen die Höchstarbeitszeiten auf. Auch ein Unterschreiten der gesetzlichen Ruhezeiten kommt bei Mitarbeitern in Mobilarbeit mehr als doppelt so häufig vor. Das verwundert allerdings nicht. Mitarbeiter in Mobilarbeit können ihre Arbeit selbstständiger organisieren, der Zugriff auf beruflich genutzte Daten in der freien Zeit ist viel leichter. Dagegen können Mitarbeiter in Mobilarbeit mühelos Privates während der Arbeitszeit „nebenbei“ regeln. Über 60 Prozent der Mobilarbeiter geben an, dass sie während der Arbeit ohne große Komplikationen ein bis zwei Stunden für persönliche Angelegenheiten frei nehmen können (Hammermann/Stettes, iW-Trends 3.2017).

## 3. Arbeits- und Datenschutz

Neben dem Arbeitszeitgesetz muss der Arbeitgeber – insbesondere im Rahmen des Homeoffice – auch andere Arbeitsschutzvorkehrungen treffen (insbesondere Gefährdungsbeurteilung, Schutzmaßnahmen, Unterweisung und Vorschriften für Bildschirmarbeitsplätze). Nach der Arbeitsstättenverordnung sind an die Arbeitsbedingungen am Bildschirmarbeitsplatz nicht die gleichen Anforderungen zu stellen wie im Betrieb. Wie weit das auszulegen ist, ist derzeit noch ungeklärt. Sofern aber der mobile Arbeitsplatz und der Arbeitsplatz im Betrieb hinreichend voneinander zu unterscheiden sind, sind die Gefährdungsbeurteilung und weitere Schutzmaßnahmen nur einmal zu Anfang – also vor Inbetriebnahme – durchzuführen. Dabei erlaubt die Arbeitsstättenverordnung auch, die „Eigenarten“ von Arbeitsplätzen zu berücksichtigen.

Auch der Mitarbeiter ist dazu verpflichtet, während des mobilen Arbeitens die Anforderungen an einen sicheren Arbeitsplatz zu gewährleisten. Nach dem Arbeitsschutzgesetz ist der Mitarbeiter verpflichtet, den Arbeitgeber bei der Erfüllung seiner Arbeitsschutzmaßnahmen zu unterstützen. Hat der Arbeitgeber im Rahmen seiner Gestaltungsmacht alle Schutzmaßnahmen getroffen und dem Mitarbeiter die nötigen Anweisungen erteilt, darf er davon ausgehen, dass der Arbeitsschutz gewährleistet ist. Insbesondere besteht – außer bei konkreten Anhaltspunkten für Verstöße gegen Arbeitsschutzvorschriften – keine Kontrollpflicht des mobilen Arbeitsplatzes. Dennoch sollte sich der Arbeitgeber das Recht dazu (vertraglich) vorbehalten. Auch sollte er sich regelmäßig erkundigen, ob sich Veränderungen des mobilen Arbeitsplatzes ergeben haben.

Da mobiles Arbeiten praktisch an jedem Ort erfolgen kann, beinhaltet dies nicht nur Chancen, sondern auch Gefahren. Die Einhaltung von Arbeitsschutzvorschriften sind schwer sicherzustellen und noch schwerer zu überprüfen. Seitens des Arbeitgebers kann daher immer als erster Schritt über eine Erprobungsphase (Befristung) nachgedacht werden.

Die allgemeinen Haftungsregeln im Arbeitsverhältnis lassen sich auch auf das mobile Arbeiten übertragen. Grundsätzlich kann man davon ausgehen, dass einem Mitarbeiter bei der Mobilarbeit das Gleiche passieren kann wie in einem Büro. Versichert ist der Mitarbeiter für die Dauer seiner genehmigten Tätigkeit, ganz gleich, an welchem Ort er seiner Arbeit nachgeht. Ein gesetzlicher Unfallschutz besteht jedoch dann nicht, wenn die Arbeit für private Angelegenheiten unterbrochen wird. Nicht versichert ist daher bereits der Weg zur Toilette oder zur Küche.

Datenschutzvorkehrungen sind bei der Mobilarbeit ebenso einzuhalten wie bei Bürotätigkeiten. Der Arbeitgeber hat für geeignete Schutzvorkehrungen zu sorgen. Über die Nutzung von VPN-Verbindungen kann die Datensicherheit für den Datentransfer sichergestellt werden. Ebenso sollte der Mitarbeiter angewiesen werden, nur vom Arbeitgeber freigegebene Software und Dateien zu verwenden. Der Mitarbeiter hat darüber hinaus sicherzustellen, dass außer ihm niemand, auch keine Familienangehörigen, Zugang zu den für das mobile Arbeiten benutzten mobilen Endgeräten erhalten. Passwörter dürfen nicht an Dritte weitergegeben werden oder fahrlässig leicht zugänglich aufbewahrt werden.

Darüber hinaus genießt auch der Mitarbeiter den Datenschutz beim mobilen Arbeiten. Das bedeutet, dass die Kontrolle der Betriebsmittel und der Arbeitsleistung nur unter Berücksichtigung der datenschutzrechtlichen Vorschriften zulässig ist. Mithin sind Kontrollmöglichkeiten nicht ausgeschlossen, bedürfen aber einer bestimmten Vorbereitung und Gestaltung.

## 4. Beteiligungsrechte des Betriebsrats

Die Ein- und Durchführung von Mobilarbeit kann mehrere Mitbestimmungsrechte berühren. Dennoch ist als Ausgangspunkt zu beachten, dass die Entscheidung für oder gegen mobiles Arbeiten nicht mitbestimmungspflichtig ist. Insbesondere ist die Einführung der Mobilarbeit keine Frage der Ordnung des Betriebes nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

Konkrete Mitbestimmungsrechte sind nur dann zu berücksichtigen, soweit zum Beispiel Arbeitszeiten geändert werden, vgl. § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG. Ebenso bei der Nutzung technischer Einrichtungen, die noch nicht mitbestimmt sind, vgl. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Nach aktueller BAG-Rechtsprechung sind jedoch weder Mitbestimmungsrechte bezüglich Fragen der betrieblichen Ordnung noch der betrieblichen Arbeitszeit betroffen, wenn der Arbeitgeber klarstellt, dass keine Erwartung besteht, das mobile Betriebsmittel auch in der Freizeit zu dienstlichen Zwecken zu nutzen (BAG, Beschluss vom 22.08.2017, Az.: 1 ABR 52/14). Für diesen Fall kommt allenfalls das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in Betracht, sofern dieses nicht bereits durch eine Rahmenbetriebsvereinbarung IT ausgeübt wurde.

Schließlich kann hinsichtlich der Verhütung von Arbeitsunfällen und Gesundheitsschäden die Zustimmung des Betriebsrats erforderlich sein, § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Sofern Umgruppierungen oder Versetzungen anzunehmen sind, ist ebenfalls die Zustimmung einzuholen, § 99 BetrVG.

Der Betriebsrat ist jedoch im Planungsprozess der Mobilarbeit zu beteiligen: Daraus ergibt sich bereits nach § 80 Abs. 2 BetrVG bzw. § 92 BetrVG für den Arbeitgeber eine Unterrichtungspflicht gegenüber dem Betriebsrat. Bei konkreten Verstößen gegen die menschengerechte Gestaltung des Arbeitsplatzes hat der Betriebsrat darüber hinaus ein Initiativrecht, das bedeutet, dass er unter Umständen bestimmte Maßnahmen zur Abwendung bestehender Verstöße verlangen kann.

## 5. Kosten

Wurde die Mobilarbeit gewährt, sind ohne abweichende vertragliche Regelungen vom Arbeitgeber die erforderlichen Kosten zu übernehmen. Das schließt die Büroausstattung, die technische Ausstattung und die Telekommunikationskosten mit ein. Entweder wird der Arbeitnehmer mit allem Notwendigen ausgestattet oder er nutzt seine eigenen Endgeräte („Bring Your Own Devices“). Für welche Variante oder Mischkonstellation sich auch entschieden wird, eine vertragliche Grundlage ist unverzichtbar.

Aufwandsentschädigungen und Auslagenersatz sind jedoch keine Vergütungsbestandteile nach § 87 Abs. 1 Nr. 10, 11 BetrVG. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht nicht. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn Beträge gezahlt werden, die er-

kennbar nicht den Zweck haben, entstandene Unkosten in pauschalisierter Form abzugelten.

## 6. Rechtsgrundlage

Die Entscheidung über mobiles Arbeiten liegt beim Arbeitgeber. Zum wesentlichen Inhalt der unternehmerischen Freiheit gehört die Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der betrieblichen Organisation. Diese umfasst auch die Entscheidung, an welchem Standort welche arbeitstechnischen Ziele verfolgt werden. Der Arbeitnehmer hat daher grundsätzlich keinen Anspruch auf einen mobilen oder häuslichen Arbeitsplatz. Wird jedoch Mobilarbeit in einem nennenswerten Umfang ohne Regelungsgrundlage gewährt oder geduldet, sieht der Arbeitgeber sich möglicherweise Ansprüchen aus einer betrieblichen Übung ausgesetzt. Soll daher die Möglichkeit der Mobilarbeit eingeführt werden, bietet es sich an, durch Individualvereinbarung oder (bei Vorhandensein eines Betriebsrats) mithilfe einer Betriebsvereinbarung die Anspruchsvoraussetzungen und die Ausgestaltung festzuschreiben.

Die Beendigung mobiler Arbeit ist grundsätzlich nicht am Maßstab einer Änderungskündigung, sondern am Leitbild des Weisungsrechts aus § 106 GewO zu messen. Die Vereinbarung zur mobilen Arbeit ist im Allgemeinen nur als Freigabe auszulegen, die Arbeitsleistung an einem Arbeitsort freier Wahl zu erbringen. Der Arbeitgeber kann sich daher vertraglich vorbehalten, dem Mitarbeiter unter Berücksichtigung billigen Ermessens einen anderen Arbeitsort – auch wieder im Büro – zuzuweisen. Macht der Arbeitgeber von seinem Weisungsrecht Gebrauch, orientiert sich die Wirksamkeit der örtlichen Versetzung an der Frage des billigen Ermessens.

Neben den vertraglichen Regelungen zu den erforderlichen Betriebsmitteln sollten auch Wider-

rufsgründe geregelt werden. Diese unterliegen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle. Der pauschale Widerruf aufgrund eines „wichtigen Grundes“ oder aus „betrieblichen Gründen“ wird insofern nicht transparent genug sein. Hier sollte eine detailliertere Beschreibung der Widerrufsgründe vorgenommen werden. Insbesondere steht und fällt die Einräumung von Mobilarbeit mit dem Vertrauen in den Mitarbeiter. Sofern dieses besondere Vertrauensverhältnis zerstört ist, eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses aber noch nicht gewollt oder vorbereitet wird, sollte die Möglichkeit der Mobilarbeit sofort widerrufen werden können. Eine transparente vertragliche Ausgestaltung ist dabei unverzichtbar.

## 7. Fazit

Die Arbeit von egal wo wird in immer mehr Unternehmen in Deutschland zum Alltag. Mobile Arbeit kann dazu beitragen, eine flexible Gestaltung von Arbeitszeit und -ort im privaten sowie betrieblichen Interesse zu ermöglichen. Arbeitszufriedenheit und Selbstverantwortung werden nachhaltig gefördert. Das führt nach den derzeitigen Erkenntnissen zu einer verbesserten Arbeitsqualität und Arbeitsproduktivität. Digitale Technologien unterstützen die Mobilarbeit nicht nur, sie schaffen ein digitales Büro, wo immer man will.



**Claudia Knuth**

\_ Rechtsanwältin  
\_ Fachanwältin für Arbeitsrecht  
knuth@lutzabel.com

# BANK- UND KAPITALMARKTRECHT

## Zur Wirksamkeit von Negativzinsen im Einlagengeschäft

RA Dr. Marc Seiffert | seiffert@lutzabel.com

Das Landgericht (LG) Tübingen hatte sich in jüngerer Zeit in unterschiedlichen Sachverhaltskonstellationen in zwei Entscheidungen mit der Frage der Wirksamkeit von Negativzinsen im Einlagengeschäft zu befassen.

### 1. Entscheidung vom 26.01.2018

In der ersten Entscheidung des LG Tübingen vom 26.01.2018 (Az.: 4 O 187/17) verwendete die beklagte Volksbank einen geänderten Preisaushang für verschiedene Produkte im Einlagengeschäft, der Zinssätze zwischen -0,10 Prozent und -0,50 Prozent vorsah.

Die Klägerin, ein in der Liste qualifizierter Einrichtungen gemäß § 4 UKlaG eingetragener gemeinnütziger Verbraucherschutzverein, verlangte die Unterlassung der Verwendung des Preisaushangs im Rechtsverkehr mit Verbrauchern und die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung. Die negativen Zinssätze wurden von der Bank nicht angewendet und der Preisaushang nach der Abmahnung wieder geändert. Die Abgabe der Unterlassungserklärung wurde von der beklagten Volksbank verweigert.

Das LG Tübingen hat die angegriffenen Klauseln im Verkehr mit Verbrauchern nach § 307 BGB als unwirksam eingestuft. Ursächlich sei die Miterfassung von sog. Altverträgen durch Bestimmungen im Preisaushang. Als Altverträge sieht das LG Tübingen solche an, die vor einer Änderung der korrespondierenden Produktinformationsblätter der Beklagten im Januar 2017 geschlossen wurden. Zu diesem Zeitpunkt wurde in die Produktinformationsblätter für die drei streitgegenständlichen Produkte unter anderem der Hinweis aufgenommen, dass es durch die Zinsanpassung zur Berechnung negativer Zinsen kommen kann.

Ein Einlageprodukt unter der Bezeichnung „VR-Flex-Geld“ stuft das LG Tübingen als Tagesgeldkonto mit täglicher Verfügungsmöglichkeit und ohne Kün-

digungsfrist ein, das als eine Sichteinlage auf der Grundlage eines unregelmäßigen Verwahrungsvertrages nach § 700 Abs. 1 BGB zu qualifizieren sei. Das „VR-Kündigungsgeld“ ordnet das Gericht als Termineinlage und das „VR-Termingeld“ als Festgeldeinlage ein, die jeweils als Darlehensverträge nach § 488 BGB zu behandeln seien. Die Urteilsgründe des LG Tübingen sind im Kern für alle drei streitgegenständlichen Einlageprodukte parallel gefasst.

Den Preisaushang der Beklagten klassifiziert das LG Tübingen als Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB, die eine echte Preisabrede und keine bloße Preisnebenabrede darstelle. Zur Kontrollfähigkeit geht das Gericht davon aus, dass es sich bei den streitgegenständlichen Bestimmungen um solche nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB handle, die also von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzende Bestimmungen enthalten. Das LG Tübingen führt aus, dass durch die Ermächtigung zur Berechnung von Negativzinsen von den wesentlichen Grundgedanken der „für diese Verträge geltenden gesetzlichen Regelungen“ abgewichen werde. Dem Darlehensrecht sei eine Entgeltspflicht des Darlehensgebers fremd. Ein einseitiger Eingriff in die Hauptleistungspflichten sei nicht auf der Grundlage von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig. Die gesetzlich nicht normierte Zinsdefinition der höchstrichterlichen Rechtsprechung lasse zwar keine hinreichenden Schlüsse darauf zu, ob davon begrifflich auch negative Zinsen erfasst seien. Jedenfalls führte eine negative Verzinsung zu einer Änderung des Vertragscharakters, der auch über § 315 BGB nicht einseitig modifiziert werden könne. Überdies handle es sich bei der Neufassung der Produktinformationen im Zusammenspiel mit dem Preisaushang um eine Zinsanpassungsmöglichkeit, die gegen § 305c Abs. 1 BGB verstoße. Der Verbraucher habe „den Vertrag in der Vorstellung abgeschlossen, entweder eine geringe oder im schlechtesten Fall gar keine Verzinsung seiner Einlage zu erhal-



ten“. Eine geltungserhaltende Reduktion der Klausel, dass nur Neuverträge von ihr noch erfasst würden, scheide aus. Keine Aussage sei damit jedoch zur Einführung von Negativzinsen für Neuverträge getroffen.

Der von dem LG Tübingen vorgenommenen Klassifizierung der streitgegenständlichen Einlageformen als unregelmäßige Verwahrung nach § 700 Abs. 1 BGB bzw. als Gelddarlehen nach § 488 BGB ist im Ausgangspunkt zuzustimmen.

Dogmatischen Bedenken begegnet allerdings die seitens des Gerichts vorgenommene Qualifikation des Preisaushangs als Preisabrede, die sodann gleichwohl am Maßstab des § 307 Abs. 3 S. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 S. 1 BGB verworfen wird. Denn nach der Konzeption des BGH unterliegen Preisvereinbarungen nicht der Inhaltskontrolle, soweit sie – wie vorliegend – Art und Umfang der Vergütung unmittelbar regeln. Dogmatisch vorzugswürdig ist daher nur eine Prüfung nach § 305c Abs. 1 BGB, da sich die Ungewöhnlichkeit einer Klausel nach der Rechtsprechung des BGH auch aus ihrer Unvereinbarkeit mit dem Leitbild des Vertrages ergeben kann.

Mit der wohl herrschenden Meinung in der Literatur hat das LG Tübingen aufgrund der Umkehr der Zahlungspflicht bei einem sogenannten negativen Zins eine in AGB unzulässige Änderung des Vertragscharakters entgegen § 488 Abs. 1 BGB bei den Altverträgen bejaht. Problematisch ist insoweit, dass vom LG Tübingen nicht hinreichend zwischen dem Darlehen des Kunden und der unregelmäßigen Verwahrung (Tagesgeldkonto) unterschieden wird. Denn für die unregelmäßige Verwahrung ist anerkannt, dass sie vorrangig dem Interesse des Hinterlegers an einer sicheren Aufbewahrung der Einlage bei jederzeitiger Verfügbarkeit dient. Die Leistung des Verwahrers kann sich derart verteuern und sein Nutzungsinteresse entsprechend reduziert sein, dass erst eine zusätzliche Zahlung des Hinterlegers zum adäquaten Interessenausgleich der Parteien führt.

Überzeugend ist hingegen, dass das LG Tübingen den Preisaushang mit negativem Zins nur für Altverträge verworfen hat, da im Hinblick auf die geänderten Produktinformationsblätter die Neuverträge nach §§ 133, 157 BGB als Typenkombinationsvertrag aus Darlehen und Verwahrung qualifiziert werden könnten, mit der Folge, dass bei diesen Verträgen negative Zinsen nicht zu einer Änderung des Vertragscharakters führen.

Ob bei Verträgen mit Unternehmern eine abweichende Bewertung angezeigt ist, musste das Gericht nicht entscheiden. Da bei der Auslegung der Vertragserklärungen auch die begleitenden Umstände zu berücksichtigen sind und Unternehmen die allgemeine Zinsentwicklung bekannt sein muss, ist durchaus denkbar, dass die Gerichte bei Verträgen mit Unternehmern zu einem anderen Ergebnis gelangen.

## 2. Entscheidung vom 29.06.2018

Am 29.06.2018 wurde vom LG Tübingen (Az.: 4 O 220/17) durch Urteil ein weiterer Rechtsstreit zu Negativzinsen entschieden, den der Verbraucherzentrale Baden-Württemberg e.V. gegen die örtliche Kreissparkasse angestrengt hat.

Die auf Unterlassung der Verwendung einer Zinsanpassungsklausel in Altersvorsorgeverträgen (sog. Riester-Verträge) mit der Bezeichnung „Vorsorge Plus“, die von der Kreissparkasse zwischen 2002 und 2015 vertrieben wurden, gerichtete Klage hatte keinen Erfolg. Der danach zugrunde zu legende Referenzzinssatz als der gewichtete Wert aus dem 3-Monatszins (30 Prozent) und dem gleitenden 10-Jahreszins (70 Prozent) wurde vom Landgericht als transparent angesehen.

Eine unangemessene Benachteiligung von Verbrauchern hat das LG Tübingen verneint. Zwar sei der auf der Basis des Referenzzinssatzes ermittelte Grundzins inzwischen negativ geworden, jedoch habe der von der Sparkasse zusätzlich gewährte Bonuszins verhindert, dass Kunden für ihre Sparverträge hätten zahlen müssen. Im Falle einer förderschädlichen Beendigung des Vertrages seien Negativzinsen für lediglich ein Sparjahr hinzunehmen.

Die Unterlassungsklage der Verbraucherzentrale bezüglich eines Preisaushangs der Kreissparkasse vom November 2016, worin neben den Bonuszinsen variable Grundzinsen ab 01.08.2016 in negativer Höhe aufgeführt werden, wurde ebenfalls abgewiesen, da dem Preisaushang der Regelungscharakter fehlt.

Dieser Entscheidung des LG Tübingen ist sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zuzustimmen.

Da die streitgegenständlichen Zinsanpassungsklauseln nicht gemäß § 307 BGB als unwirksam zu qualifizieren sind, scheidet ein Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG aus.

Zur Begründung dafür ist das Landgericht Tübingen zunächst zu dem zutreffenden Ergebnis gelangt, dass es sich bei Preis- oder Zinsänderungsklauseln nach der Rechtsprechung des BGH um sog. Preisnebenabreden handelt, die sich – wie insbesondere Preis- und Zahlungsmodifikationen – mittelbar auf den Preis auswirken, an deren Stelle aber bei Fehlen einer wirksamen vertraglichen Regelung dispositives Gesetzesrecht treten kann. Um Preisnebenabreden handelt es sich bei Klauseln, die keine echte (Gegen-) Leistung zum Gegenstand haben, sondern mit denen der Klauselverwender allgemeine Betriebskosten, Aufwand für die Erfüllung gesetzlich oder nebenvertraglich begründeter eigener Pflichten oder für sonstige Tätigkeiten auf den Kunden abwälzen will, die der Verwender im eigenen Interesse erbringt.

Vorliegend ist das LG Tübingen mit eingehender Begründung zu dem überzeugenden Ergebnis gelangt, dass keine Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung, von der abgewichen werden soll, festgestellt werden kann. Deshalb greife die Vermutung einer unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht ein. Zudem sei die Zinsanpassungsklausel ausreichend transparent nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.

Konsequent hat das LG Tübingen weiterhin zutreffend ausgeführt, dass bei dem Preisaushang, soweit

er für „VorsorgePlus“-Verträge Negativzinsen ausweist, keine Regelung vorliegt, die den Vertragsinhalt gestalten soll. Vielmehr komme die Kreissparkasse damit nur ihrer aus der Verzinsungsvereinbarung resultierenden Verpflichtung zur Veröffentlichung des Referenzzinssatzes nach. Es handle sich somit nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen.

## 3. Fazit

Als Fazit aus einer Gesamtschau dieser beiden Entscheidungen des LG Tübingen bleibt festzuhalten, dass die Frage der Wirksamkeit von Negativzinsen im Einlagengeschäft nicht pauschal beantwortet werden kann, sondern jeweils im Einzelfall einer umfassenden rechtlichen Prüfung zu unterziehen ist.



**Dr. Marc Seiffert**

– Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht  
– Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

seiffert@lutzabel.com

# PRIVATES BAURECHT

## Was ist die Korbion'sche Preisformel noch wert oder: Ein schlechter Preis muss kein schlechter bleiben

RA Dr. Daniel Junk | junk@lutzabel.com

Das Preisfortschreibungssystem des § 2 VOB/B, insbesondere bei der Vergütung von geänderten Leistungen (Abs. 5) oder zusätzlichen Leistungen (Abs. 6), wird gemeinhin mit der Korbion zugeschriebenen Faustformel zusammengefasst, die sinngemäß besagt: „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis.“ Das bringt zum Ausdruck, dass das vereinbarte Vertragspreisniveau des Ausgangsvertrages beibehalten bleiben sollte. Das Kammergericht (KG) in Berlin hat jetzt ein allzu verkürztes Verständnis dieser Preisformel ins Wanken gebracht: Auch wenn die Vergütung des Unternehmers zur Deckung seiner Kosten nicht auskömmlich ist, beläuft sich sein Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B stets zumindest auf seine änderungsbedingten Mehrkosten zuzüglich eines angemessenen Zuschlags zur Deckung seiner allgemeinen Geschäftskosten und seines Gewinns. Mit anderen Worten: Ein schlechter Preis muss kein schlechter Preis bleiben (vgl. KG Berlin, Urteil vom 10.07.2018, Az.: 21 U 30/17).

### 1. Sachverhalt

Der der Entscheidung zugrunde liegende Fall ist denkbar einfach: Ein Auftraggeber (AG) schließt mit dem Auftragnehmer (AN) unter Einbeziehung der VOB/B einen Bauvertrag. Später kommt es zu Änderungen, bezüglich derer die Parteien über die Vergütung streiten. Im Mittelpunkt steht die Berechnung für die Vergütung für geänderte Leistungen nach § 2 Abs. 5 VOB/B.

Hierzu ein einfaches Beispiel:

Die Parteien haben einen Einheitspreisvertrag auf Basis der VOB/B abgeschlossen. Ausgeschrieben und beauftragt werden GK-Wände als Innentrennwände. Der AN hatte für die GK-Wände einen Preis unter den Herstellkosten kalkuliert: Bei den Material-

kosten ging er davon aus, dass er einen Rabatt auf die Preise der Preisdatei erhält, was sich nicht durchsetzen ließ. Statt dem Preis von EUR 25,00 kalkuliert er EUR 20,00/m<sup>2</sup>. Auch beim Lohnanteil kalkuliert er mit Werten unter den üblichen. Er kalkuliert, dass 0,60 Lohnstunden (Lh)/m<sup>2</sup> erforderlich werden statt 0,75 Lh/m<sup>2</sup>. Daraus ergibt sich folgende Urkalkulation, wobei allgemeine Geschäftskosten und Gewinn außen vor gelassen werden sollen:

EKT:	(0,8x0,75 Lh/m <sup>2</sup> x EUR 25,88/Lh) + 0,8 x EUR 20,00/m <sup>2</sup>	= EUR 35,53
BGK:	7,18 % x 35,53	= EUR 2,55
<b>Herstellkosten:</b>		<b>= EUR 38,08</b>

Dies bedeutet, dass der AN mit Herstellkosten von EUR 38,08 kalkuliert hat, aber tatsächlich Herstellkosten von EUR 47,60 entstanden wären:

EKT:	(0,75 Lh/m <sup>2</sup> x EUR 25,88/Lh) + EUR 20,00/m <sup>2</sup>	= EUR 44,41
BGK:	7,18 % x 44,41	= EUR 3,19
<b>Herstellkosten:</b>		<b>= EUR 47,60</b>

Der AG entscheidet sich nach Vertragsschluss anders. Er will nun Glaswände statt der GK-Wände. Wie sind die monetären Folgen?

### 2. Die Vergütung nach der bisher bekannten Berechnungsmethode

Der Preis für die geänderte oder zusätzliche Leistung wird auf Basis der Kosten bzw. Kostenelemente der Vertragsleistung ermittelt. Die hierfür herangezogene Leistungsposition aus dem vertraglichen Leis-

tungsverzeichnis wird als Bezugsleistung oder Bezugsposition bezeichnet. Bei Leistungsänderungen ist soweit wie möglich die von der Änderung betroffene Position des Leistungsverzeichnisses als Bezugsposition heranzuziehen, bei zusätzlichen Leistungen können die Kostenelemente grundsätzlich aus allen hierfür geeigneten Positionen des Vertrages entnommen bzw. abgeleitet werden.

Soweit die Leistungselemente der vertraglichen Bezugsleistung identisch auch in der geänderten oder zusätzlichen Leistung enthalten sind, können die betreffenden Vertragspreise bzw. die diesen zugrundeliegenden Kalkulationsansätze grundsätzlich unverändert auch für die Preisermittlung bei der neuen Leistung herangezogen werden. Das betrifft im obigen Ausgangsfall den angesetzten Lohn von EUR 25,88, wenn (!) das gleiche Personal auch die geänderte Leistung ausführen kann.

Soweit die neuen Leistungselemente von der Bezugsleistung abweichen, müssen die der Bezugsleistung entnommenen Kalkulationsansätze angepasst werden. Voraussetzung hierfür ist es, dass das betreffende Leistungselement der Bezugsleistung mit dem neuen Leistungselement hinsichtlich der bautechnisch und baubetrieblich maßgeblichen Kalkulationsgrundlagen hinreichend vergleichbar ist. Die Übertragung der Kalkulationsansätze auf die neue Leistung geschieht sodann nach der Methodik des Vertragspreisniveaufaktors.

Vereinfacht anhand des obigen Beispiels:

Zwar darf der AN berücksichtigen, dass für 1 m<sup>2</sup> Glaswand ein längerer Zeitbedarf notwendig ist als für GK-Wände. Allerdings darf er nur den Faktor heranziehen, den er für die GK-Wände herangezogen hat, nämlich (0,60/0,75=) 0,8. Für die Glaswände als solche gilt das Gleiche: Es ist der Faktor der GK-Wände von (EUR 20,00/EUR 25,00 =) 0,8 auf den erhöhten Materialpreis anzusetzen. Der AN darf also nur 0,8 des Preises der (gleichen) Preisdatei heranziehen. Statt tatsächlich entstehender Herstellkosten von

EKT:	(1 Lh/m <sup>2</sup> x EUR 25,88/Lh) + EUR 40,00/m <sup>2</sup>	= EUR 65,88
BGK:	7,18 % x 65,88	= EUR 4,73
<b>Herstellkosten:</b>		<b>= EUR 70,61</b>

könnte der AN in dem Nachtrag nur ansetzen:

EKT:	(0,8x1 Lh/m <sup>2</sup> x EUR 25,88/Lh) + 0,8 x EUR 40,00/m <sup>2</sup>	= EUR 52,70
BGK:	7,18 % x 52,70	= EUR 3,78
<b>Herstellkosten:</b>		<b>= EUR 56,48</b>

Für einen prüfbaren Nachtrag muss der AN dabei die neuen – und gegebenenfalls die entfallenen – Leistungen genau darstellen und deren Preise gemessen an dem durch den Vertragspreis bestimmten Wert der Leistung ermitteln. Soweit die Änderung eine Leistung betrifft, die ein Nachunternehmer (NU) ausführt, reicht es in der Regel nicht, wenn der AN nur den neuen NU-Preis als Einzelkosten der Teilleistung ansetzt. Er muss vielmehr nach dem obigen Schema auch die NU-Kalkulation „aufgeklappt“ darstellen. Das ist in der Praxis mitunter deshalb schwierig, weil der NU dem AN nicht ausreichend zuarbeitet.

### 3. Die Entscheidung des KG Berlin

Das KG Berlin weicht für den schlechten Preis von der oben dargestellten Vorgehensweise ab:

Ausgangspunkt sind, so das KG, nach § 2 Abs. 5 VOB/B die Mehrkosten (im Folgenden auch: „Kosten M“ oder „M“), die dem AN durch die Leistungsänderung entstehen. Sie sind zu ermitteln durch einen Vergleich der Kosten, die dem AN bei Ausführung der ursprünglich vereinbarten Leistungen entstanden wären (im Folgenden auch: „Kosten alt“, „Kosten A“ oder „A“), mit den Kosten, die ihm durch die Leistungsänderung entstehen (im Folgenden auch: „Kosten neu“, „Kosten N“ oder „N“). Es gilt also: M = N – A.

Bei den Kosten N handelt es sich um diejenigen Kosten, die dem Unternehmer tatsächlich aufgrund der Leistungsänderung entstanden sind, bei den Kosten A um diejenigen, die dem Unternehmer tatsächlich entstanden wären, wenn die Leistung nicht geändert worden wäre.

Gibt die Kalkulation die tatsächlichen Kosten des AN nicht zutreffend wieder oder besteht hierüber Streit zwischen den Parteien, kommt es für die Ermittlung der Mehrkosten nach der Formel M = N - A nicht auf die kalkulierten, sondern die tatsächlichen Kosten an. Die Kosten N können zumeist sowieso nicht der Kalkulation des Vertragspreises entnommen werden, da sie auf eine nachträgliche Leistungsänderung zurückgehen, die im Zeitpunkt des Vertragsschlus-

ses in der Regel nicht antizipiert werden kann, so dass auch der Kalkulation hierzu regelmäßig nichts entnommen werden kann.

Für den o.g. Ausgangsfall heißt das:

In einer stattzufindenden Beweisaufnahme kommt es allein darauf an, ob die hypothetisch gebliebenen Kosten A tatsächlich EUR 47,60 betragen hätten. Dass der AN sie mit EUR 38,08 kalkuliert hat, ist hingegen nicht entscheidend, denn die Kalkulation ist nur Hilfsmittel bei der Ermittlung der änderungsbedingten Mehrkosten. Die Mehrkosten  $M = N - A$  betragen EUR 70,61 - EUR 47,60 = EUR 23,01.

Hinzu kommt ein Zuschlag zur Deckung der allgemeinen Geschäftskosten und des Gewinns des AN. Dem AN steht für seinen Mehrvergütungsanspruch dabei der Zuschlagsfaktor zu, der sich bei Ansatz der tatsächlichen Kosten der Leistungserbringung aus den vereinbarten Preisen ergibt, und zwar anhand der beauftragten Gesamtleistung des AN.

Ein „Zuschlagsfaktor“ (besser: Unterdeckungsfaktor) wie im o.g. Fall darf aber nicht  $< 1$  sein. Er würde hier  $(EUR\ 38,08 / EUR\ 47,60 =)$  0,8 betragen, was dazu führen würde, dass der AN obendrein einen Verlust einfahren würde, weil er nur Mehrkosten von  $(EUR\ 23,01 \times 0,8 =)$  EUR 18,41 verlangen dürfte. Es stellt für den AN, so das KG, bereits eine Belastung dar, dass er überhaupt eine geänderte Leistung ausführen muss, wie es § 1 Abs. 3 VOB/B vorsieht. Es gibt keinen Anlass, ihn als verpflichtet anzusehen, diese nicht eingeplante Mehrleistung obendrein mit Verlust auszuführen. Wörtlich das KG: „Die zur Rechtfertigung der Fortschreibung nicht auskömmlicher Preise mitunter herangezogene Formel „guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ gibt deshalb in ihrem zweiten Halbsatz nach der Auffassung des Senats die Rechtslage nach der VOB/B nicht zutreffend wieder.“

Vielmehr hat der AN das Recht, einen üblichen Zuschlag für allgemeine Geschäftskosten und Gewinn

geltend zu machen. Aus §§ 649 S. 3 und 648a Abs. 5 S. 3 BGB (in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung) kann entnommen werden, dass das Gesetz jedenfalls einen Zuschlagsfaktor von 20/19 (oder „von oben“ gerechnet 5 Prozent) als angemessen ansieht.

Damit erhält der AN Mehrkosten von EUR 23,01 x 20/19 = EUR 24,22.

Statt EUR 56,48 sind es damit  $(EUR\ 38,08 + EUR\ 24,22)$  = EUR 62,30.

#### 4. Fazit

Das Urteil behandelt in acht Beispielen unterschiedliche Konstellationen, wie Nachträge zu berechnen sind, und stellt auch klar, dass darin gar kein Widerspruch zur BGH-Rechtsprechung liege, weil der BGH noch gar nicht darüber entschieden habe, wie der Streit um die Richtigkeit der Kostenansätze zu lösen ist. Wenn der BGH die Auffassung vertrete, die Mehrvergütung nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sei in dem Sinne aus der Kalkulation des Unternehmers abzuleiten, dass im Streit der Vertragsparteien über die Höhe der Mehrkosten des Unternehmers die kalkulierten und nicht die tatsächlichen Kosten maßgeblich seien, dann liege der BGH eben falsch. An Selbstbewusstsein mangelt es dem KG nicht – und nebenbei eröffnet es, solange der BGH nichts anderes entscheidet, Auftragnehmern die Möglichkeit, bei Nachträgen zu schlecht kalkulierten Leistungen vereinfacht abzurechnen.



Dr. Daniel Junk

– Rechtsanwalt, Partner  
– Fachanwalt für Vergaberecht  
– Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

junk@lutzabel.com

## NEU: Nach BGH nun auch Vorschuss auf Schadensersatz!

RA Dr. Michael T. Stoll | stoll@lutzabel.com

### 1. Einführung

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) schuldet ein Architekt seinem Auftraggeber gemäß § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 BGB Schadensersatz wegen der von dem Architekten zu vertretenden Planungs- und Überwachungsfehler, die sich in dem Bauwerk bereits verwirklicht haben.

Hierbei handelt es sich um einen sog. Schadensersatz „neben der Leistung“, mit dem Schadensersatz für Schäden beansprucht werden kann, die an anderen Rechtsgütern des Bestellers eintreten, nachdem im Bauwerk eingetretene Mängel durch eine Nacherfüllung der Architektenleistungen selbst nicht mehr behoben werden können.

Der Schaden des Auftraggebers liegt darin, dass er im Ergebnis ein Bauwerk erhält, das hinter dem im Architektenvertrag als Ziel vereinbarten Bauwerk zurückbleibt. Für den daraus entstehenden Schaden hat der Architekt Schadensersatz in Geld zu leisten.

Nach § 249 Abs. 1 BGB muss der Architekt den Zustand herstellen, der bestünde, wenn er seine Architektenleistungen fehler- und mangelfrei erbracht hätte. Hätte der Architekt die von ihm geschuldeten Architektenleistungen mangelfrei erbracht, so wäre es seinem Auftraggeber möglich gewesen, das Bauwerk wie gewünscht und insbesondere ohne Mängel durch den Bauunternehmer entstehen zu lassen, so der Bundesgerichtshof.

Aus diesem Grund hat der Architekt seinem Auftraggeber als Schadensersatz die (Geld-)Mittel zur Verfügung zu stellen, die dieser zur Kompensation seines sog. verletzten Interesses, also des Schadens, benötigt.

Dies entspricht der bisherigen Linie der obergerichtlichen und höchstrichterlichen Rechtsprechung.

### 2. Begrenzung des Schadensersatzes bei Nichtbehebung der Schäden

Weiter hat der BGH in der Begründung seiner Entscheidung zu Gunsten des Architekten festgestellt,

dass hinsichtlich eines von ihm zu vertretenden Planungs- oder Überwachungsfehlers, der sich im Bauwerk verwirklicht hat, ein Zahlungsanspruch in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten ausscheidet. Dies ergebe sich bereits daraus, dass der Architekt die Errichtung des Bauwerks selbst nicht schuldet. Mängel des Architektenwerks sind nur Defizite in Planung und Überwachung. Die Bemessung eines dadurch entstehenden Schadens erfolgt danach, welche Dispositionen der Auftraggeber zur Schadensbeseitigung trifft. Die Schadensbemessung muss das Ziel haben, einen vollen Ausgleich des Schadens zu gewähren, jedoch eine Überkompensation des Schadens zu verhindern.

Lässt der Auftraggeber daher die im Bauwerk verwirklichten Mängel nicht beseitigen, so kann er – ähnlich wie im Verhältnis zum Bauunternehmer – seinen Schaden nur im Wege einer Vermögensbilanz nach dem Minderwert des mangelbehafteten Bauwerks im Vergleich zum hypothetischen Wert des Bauwerks bei mangelfreier Architektenleistung bemessen. Bei Veräußerung des Objekts kann der konkrete Mindererlös herangezogen werden. Darüber hinaus hat der BGH entschieden, dass der Auftraggeber auch – ausgehend von der mit dem Bauunternehmer vereinbarten Vergütung – den mangelbedingten Minderwert des Werks des Bauunternehmers ermitteln kann, da eine mangelhafte Architektenleistung den Mangel am Werk des Bauunternehmers verursacht hat.

### 3. Ersatz der tatsächlichen Kosten bei Schadensbehebung

Lässt der Besteller den Mangel des Bauwerks beseitigen, sind die von ihm aufgewandten Kosten als Schaden zu ersetzen. Vor Begleichung der Kosten kann der Auftraggeber zudem Befreiung von den zur Schadensbeseitigung eingegangenen Verpflichtungen verlangen. Letzteres ist in der Praxis jedoch weitgehend bedeutungslos. Denn erkennt der Architekt den Freistellungsanspruch nicht an, was zumeist schon in den Bedingungen der Berufshaftpflichtversicherungen der Architekten und Ingenieure begründet ist, so bleibt dem Auftraggeber nichts anderes übrig, als den Architekten auf Freistellung zu verklagen.

Bis dieser Prozess abgeschlossen ist, ist im Regelfall auch der Mangel beseitigt und der Auftraggeber zur Erfüllung der dazu eingegangenen Verbindlichkeiten verpflichtet gewesen.

#### 4. Vorschuss auf Schadensbeseitigung

Vor diesem Hintergrund hat der BGH (Urteil vom 22.02.2018, Az.: VII ZR 46/17) daher in Erweiterung seiner bisherigen Rechtsprechung ausgeführt, dass zu dem Schaden des Auftraggebers auch die Nachteile und Risiken der Vorfinanzierung der Schadensbeseitigung zählen.

Da nach §§ 634 Nr. 2, 637 BGB dem Auftraggeber im Verhältnis zum mangelhaft leistenden Bauunternehmer die Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung durch Gewährung eines Vorschusses abgenommen werden, müsse diese für das Werkvertragsrecht getroffene Wertung des Gesetzgebers auch für Planungs- und Überwachungsfehler des Architekten, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, berücksichtigt werden.

Ein umfassender Ausgleich des verletzten Interesses des Auftraggebers im Rahmen eines Schadensersatzanspruches gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 BGB im Rahmen des Schadensersatzanspruches wegen Planungs- und Überwachungsfehlern, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, erfordere daher, so der BGH, eine Überwälzung der Vorfinanzierung auf den Architekten in Form der Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrages an den Besteller.

#### 5. Fazit

Was sich zunächst nach einer Erweiterung der Haftung von Architekten und Ingenieuren anhört, ist in Wahrheit eine interessengerechte Einschränkung der Haftung. War es bis zu dieser Entscheidung des BGH üblich, die Höhe des Schadensersatzes an Hand der fiktiven Mangelbeseitigungskosten zu bemessen, auch wenn der Auftraggeber den Mangel nicht beseitigt, so ist der Anspruch des Auftraggebers auf die Wertminderung beschränkt, wenn er den Mangel nicht beseitigt.

Beabsichtigt der Auftraggeber hingegen, den im Gebäude verwirklichten Mangel zu beseitigen, so war es bisher so, dass der Auftraggeber die Schadensbeseitigung vorfinanzieren musste. Nach der bisherigen Rechtsprechung konnten nur die tatsächlich aufgewandten Kosten als Schadensersatz geltend gemacht werden. Ein Vorschuss stand dem Auftraggeber gegenüber seinem Architekten, anders als gegenüber seinem Bauunternehmer, bislang nicht zu. Dies hat das Urteil nunmehr abgeändert und die Haftung des Architekten für Schäden in Folge eines Planungs- oder Überwachungsfehlers an die Haftung des Bauunternehmers angegliedert.

Eine wesentliche Verschlechterung der Rechtsposition des Architekten liegt darin nicht, da nur der Zeitpunkt der Zahlung vorverlagert wird. Außerdem muss der Auftraggeber in angemessener Frist die Schadensbeseitigung durchführen und über die Verwendung des Vorschusses abrechnen. Macht er dies nicht, so kann der Architekt bzw. seine Haftpflichtversicherung den Vorschuss zurückfordern.

Gegen einen solchen Rückforderungsanspruch kann der Auftraggeber dann mit seinem Schadensersatzanspruch aufrechnen, allerdings nicht in Höhe der fiktiven Mangelbeseitigungskosten, sondern nur noch in Höhe der verbliebenen Wertminderung.

Vor diesem Hintergrund ist damit zu rechnen, dass nunmehr auch bei Architekten- und Ingenieurverträgen sog. „Folgeprozesse“ über die Abrechnung des Vorschusses und dessen Rückforderung Einzug halten werden.



**Dr. Michael T. Stoll**  
\_ Rechtsanwalt, Partner  
\_ Fachanwalt für Bau- und  
\_ Architektenrecht

stoll@lutzabel.com

## Zur Formbedürftigkeit nachträglicher Änderungen von Grundstücksübertragungsverträgen

RA Nikolaus Thielen | thielen@lutzabel.com

Abweichend von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) hat das Oberlandesgericht (OLG) Stuttgart (Urteil vom 18.07.2017, Az.: 10 U 140/16) entschieden, dass Änderungen von Grundstücksübertragungsverträgen grundsätzlich formbedürftig sind, und zwar auch dann, wenn der Änderungsvertrag nach Auflassung, aber noch vor Eigentumsumschreibung geschlossen wird. Die Revision liegt dem BGH bereits zur Entscheidung vor.

### 1. Hintergrund

Nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung.

Sinn und Zweck des Formzwangs ist es zunächst, die Beteiligten vor unüberlegten, potenziell besonders bedeutsamen Rechtsgeschäften zu bewahren („Warnfunktion“). Zudem sollen mit der Beurkundung durch einen Notar eine Beratung und Belehrung („Beratungsfunktion“) sowie darüber hinaus sichergestellt werden, dass die Erklärungen der Beteiligten eindeutig, richtig und vollständig fixiert werden („Klarstellungsfunktion“). Letztendlich ist mit dem besonderen Formerfordernis eine erhöhte Beweiswirkung verbunden („Beweisfunktion“), womit nicht nur dem Interesse der Beteiligten, sondern des Rechtsverkehrs im Allgemeinen Rechnung getragen wird.

Auch Änderungen oder Ergänzungen eines schon beurkundeten, aber noch nicht durch Auflassung (Einigung zur Übertragung des Eigentums) vollzogenen Grundstücksübertragungsvertrags sind grundsätzlich und nach ganz überwiegender Auffassung formbedürftig.

In der Praxis wird im Rahmen der notariellen Beurkundung häufig die Auflassung von den Parteien erklärt und darüber hinaus bereits die Umschreibung des Eigentums im Grundbuch bewilligt und beantragt. Allerdings wird der Notar regelmäßig angewiesen, den Antrag auf die Umschreibung des Eigentums

erst beim Grundbuchamt einzureichen, wenn der Kaufpreis in voller Höhe beglichen worden ist.

In dieser Konstellation bedürfen – so die ständige Rechtsprechung des BGH – Änderungen des Grundstücksvertrags, die zeitlich der Auflassung nachfolgen, nicht der besonderen Form des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB. Denn mit der Auflassung sei die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung bereits in vollem Umfang erfüllt, so dass der Veräußerer auch nicht mehr vor einer übereilten Entschließung zur Grundstücksübertragung bewahrt werden müsse. Damit sei der gesetzgeberische Grund für das Formerfordernis zu diesem Zeitpunkt nicht mehr gegeben.

Der Rechtsprechung des BGH haben sich das OLG Dresden, das OLG Bamberg und das Brandenburgische Oberlandesgericht angeschlossen. Das OLG Düsseldorf hält sie (mit Einschränkungen) hingegen für nicht zutreffend. Ebenfalls kritisiert wird die Rechtsprechung des BGH in der überwiegenden Literatur.

### 2. Entscheidung des OLG Stuttgart

Das OLG Stuttgart hat sich mit Urteil vom 18.07.2017 (Az.: 10 U 140/16) den kritischen Stimmen angeschlossen und entgegen der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung entschieden, dass Änderungen eines Grundstücksübertragungsvertrages auch dann gem. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB der notariellen Beurkundung bedürfen, wenn der Änderungsvertrag nach Auflassung, aber noch vor Eigentumsumschreibung geschlossen wird.

Zur Begründung stützt sich das Gericht zunächst auf den Wortlaut des § 311b Abs. 1 BGB, dem kein Hinweis darauf zu entnehmen sei, dass Änderungen nach der Auflassung, aber vor Eintragung in das Grundbuch, formfrei erfolgen können. Die Vorschrift lautet wie folgt:

„Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, bedarf der notariellen Beurkun-

„Ein ohne Beachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.“

Zudem spreche die Systematik der Vorschrift gegen eine Formerleichterung. Denn nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB wird ein ohne Beachtung der notariellen Form geschlossener Vertrag (nur dann) seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.

Auch der Zweck des Beurkundungszwangs bleibe trotz der erfolgten Auflassung bestehen. Werde beispielsweise der Kaufpreis nachträglich reduziert, dieser Umstand aber nicht notariell beurkundet, lasse sich der Umfang der Zahlungspflichten kaum rechtssicher nachweisen. Außerdem werde die Warnfunktion und der damit verbundene Schutz des Veräußerers in diesem Fall unterlaufen. Letztendlich könne auch das Argument des BGH nicht überzeugen, dass die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung mit der Auflassung in vollem Umfang erfüllt sei und deshalb nach erklärter Auflassung nicht mehr bestehe. Denn faktisch werde der Notar einen Antrag auf Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt nicht einreichen, wenn sich der Käufer nachträglich auf den Standpunkt stellt, der Kaufpreis sei reduziert worden, dies jedoch vom Veräußerer in Abrede gestellt wird.

Im vorliegenden Fall hat das Gericht eine zwischen den Parteien nachträglich getroffene Vereinbarung über die Reduzierung des Kaufpreises in einem Bauträgervertrag, die jedoch nicht notariell beurkundet worden ist, für unwirksam erklärt. Dies führte im Ergebnis dazu, dass der Verkäufer nach vollständiger

Fertigstellung den ursprünglich vereinbarten und sich aus dem notariell beurkundeten Vertrag ergebenden Kaufpreis verlangen kann.

### 3. Praxishinweis

Die Entscheidung liegt dem BGH derzeit zur Überprüfung vor. Zwar lässt sich nicht rechtssicher voraussagen, ob der BGH der Argumentation des OLG Stuttgart folgen wird und damit seine bisherige Rechtsprechung aufgibt. Es sprechen jedoch gute Gründe für die Entscheidung des OLG Stuttgart und die damit verbundene Beurkundungspflicht bei Änderungen von Grundstücksübertragungsverträgen.

Bis zur Entscheidung des BGH sollten Änderungen in jedem Fall beurkundet werden. Denn andernfalls besteht die Gefahr, dass nachträgliche Änderungen – z.B. in Form von Sonderwünschen bei Bauträgerverträgen – mangels notarieller Beurkundung unwirksam sind. Zum Teil wird sogar vertreten, dass eine wegen Verstoßes gegen § 311b Abs. 1 S. 1 BGB formnichtige Sonderwunschvereinbarung grundsätzlich dazu führt, dass der Bauträgervertrag insgesamt unwirksam wird. Um dies zu verhindern, wird eine notarielle Beurkundung dringend empfohlen.



**Nikolaus Thielen**

\_ Rechtsanwalt

thielen@lutzabel.com

# ÖFFENTLICHES BAURECHT

## Abschaffung der Straßenausbaubeiträge in Bayern

RA Dr. Christian Braun | braun@lutzabel.com

### 1. Einleitung

Auf Grundlage des Gesetzentwurfs der CSU-Fraktion des Bayerischen Landtages vom 11.04.2018 (LT Drs. 17/21586) wurde das Kommunalabgabengesetz in Bayern dahingehend geändert werden, dass auf die Erhebung von Straßenausbaubeiträgen zukünftig verzichtet wird. Im Vorgang zu dieser Gesetzesvorlage hat der Bayerische Landtag (wohl auf Basis der Referentenvorlage zum Gesetzentwurf) bereits am 25.01.2018 (LT Drs. 17/20387) beschlossen, die Staatsregierung zu bitten, die Kommunen im Sinne eines einheitlichen Verwaltungsvollzuges darauf hinzuweisen, dass Bescheide aufgrund von Straßenausbaubeitragssatzungen bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens nicht mehr erlassen werden sollen. Die bayerischen Kommunen sind diesem Hinweis – soweit ersichtlich – nachgekommen.

### 2. Hintergründe des Gesetzentwurfes

Im Gesetzentwurf wird als Anlass für die Aufhebung der Straßenausbaubeitragserhebung angegeben, dass von vielen Bürgerinnen und Bürgern die gegenwärtige Beitragsfinanzierung von Straßenausbaumaßnahmen kritisiert wird, da die Bürger überwiegend der Auffassung sind, dass die Straßenverbesserung der Allgemeinheit und nicht den Anliegern zugute kommt. Die damit einhergehenden umfangreichen Rechtsbehelfsverfahren und der hieraus weiter resultierende Personal- und Sachkostenaufwand bei den Gemeinden werden daher als maßgeblicher Anlass für den Gesetzentwurf angegeben.

Hintergrund für den Gesetzentwurf dürfte außerdem der Umstand sein, dass viele Gemeinden versucht haben, eine Straßenausbaubeitragserhebung zu verhindern, indem keine Straßenausbaubeitragssatzungen erlassen bzw. schon vorhandene Satzungen wieder aufgehoben wurden. Die hierzu ergangenen

Gerichtsverfahren haben jedoch vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (BayVGH) in München letztendlich dahingehend geendet, dass die Gemeinden mit ganz wenigen Ausnahmen grundsätzlich verpflichtet sind, Straßenausbaubeitragssatzungen zu erlassen und Straßenausbaubeiträge zu erheben. Die einzige in Betracht kommende Ausnahme wurde vom BayVGH für den Fall einer absolut überragenden Haushaltslage der Kommune angenommen. Die Voraussetzungen hierfür wurden vom BayVGH wiederum so hoch gelegt, dass bei annähernd keiner Kommune in Bayern eine entsprechend überragend gute Haushaltslage angenommen werden kann. Mit Urteil vom 09.11.2016 (Az.: 6 B 15.2732) hat der BayVGH insoweit festgelegt, dass ein Beitragsverzicht wegen Art. 62 Abs. 2 Nr. 1 BayGO nur in Betracht kommt, soweit die Verpflichtung der Gemeinden zur Verbesserung und Erneuerung der Ortsstraßen auch ohne Beitragserhebung dauerhaft sichergestellt ist. Dies wiederum ist nur der Fall, wenn dauerhaft die Straßenerneuerung und -verbesserung auch ohne Kreditaufnahmen sichergestellt sind. Weiter wurde für die Landeshauptstadt München eine Ausnahmestellung festgestellt, da bei einer Landeshauptstadt mit 1,5 Mio. Einwohnern und einem entsprechend großen Haushaltsvolumen eine Sonderstellung gegeben sein soll, die in keiner zweiten bayerischen Gemeinde anzutreffen ist. Die in München zu erwartenden Einnahmen aus Straßenausbaubeiträgen sollen insoweit praktisch keinen relevanten Beitrag zum Haushalt leisten.

Auf Grundlage der vorgenannten Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs sahen sich die Gemeinden gezwungen, Straßenausbaubeiträge gegen erheblichen Druck der Bürger zu erheben. Weiter war die der Landeshauptstadt München eingeräumte Sonderstellung nicht nachzuvollziehen. Dies hat im Ergebnis von kommunaler Seite zu einem deutlichen Wunsch in Richtung einer entsprechenden Gesetzesänderung des Kommunalabgabengesetzes geführt.

### 3. Geplante Änderungen im Kommunalabgabengesetz

Das Gesetz bestimmt, dass die Rechtsgrundlagen für die Erhebung von Straßenausbaubeiträgen im Bayerischen Kommunalabgabengesetz (insbesondere Art. 5 Abs. 1 S. 3 und Art. 5b BayKAG) mit Wirkung zum 01.01.2018 aufgehoben werden. Alternativ wird ausdrücklich im Gesetz aufgenommen, dass für Maßnahmen des Straßenausbaus zukünftig keine Beiträge erhoben werden.

Um sicherzustellen, dass auch in den Fällen keine Beiträge mehr erhoben werden können, in denen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes zwar die sachlichen Beitragspflichten, aber mangels Bekanntgabe noch nicht die persönlichen Beitragspflichten entstanden waren, werden in Art. 19 Abs. 7 KAG flankierende Regelungen getroffen. Weiter wird mit Übergangsregelungen in Art. 19 Abs. 8 KAG der Umgang mit vor dem 01.01.2018 festgesetzten Vorauszahlungen gelöst.

In Art. 19 Abs. 9 KAG ist schließlich vorgesehen, dass die den Gemeinden durch die Umstellung entstehenden Beitragsausfälle vom Freistaat Bayern erstattet werden.

### 4. Folgen der Abschaffung der Straßenausbaubeiträge

Die Abschaffung der Straßenausbaubeiträge in Bayern hat in der Bevölkerung und teilweise auch unter den Juristen zu der Auffassung geführt, dass mit der Abschaffung der Straßenausbaubeiträge auch die Abschaffung der Erschließungsbeiträge einhergeht. Insoweit ist klarzustellen, dass Erschließungsbeiträge für die erstmalige Herstellung einer Straße erhoben werden. Mit dem Verzicht auf die Erhebung von Straßenausbaubeiträgen ist mithin kein Verzicht auf die Erhebung von Erschließungsbeiträgen verbunden. Es wurde im Gesetzentwurf vom 11.04.2018 insoweit auch ausdrücklich festgehalten, dass die Erschließungsbeitragserhebung nicht abgeschafft werden soll. Dies wäre im Hinblick auf das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994 und der Übertragung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für die Erschließungsbeiträge in die Gesetzgebungskompetenz der Länder zwar möglich gewesen, wird aber entgegen der öffentlichen Diskussionen hierzu vom Gesetzgeber nicht gewünscht.

Nach Maßgabe von Art. 19 Abs. 9 KAG sollen den Gemeinden – für die schon laufenden Straßenbau-

maßnahmen – die durch die Gesetzesänderung entgehenden Einnahmen vom Freistaat Bayern erstattet werden. Der Freistaat Bayern rechnet insoweit mit einer Belastung von mindestens EUR 100 Mio. pro Jahr.

Hinsichtlich der Refinanzierung der zukünftigen Einnahmeausfälle der Kommunen wird eine Erhöhung der Grundsteuer angedacht. Hierzu wiederum ist festzuhalten, dass die Grundsteuer bei vermieteten Objekten vom Vermieter an die Mieter weitergegeben wird. Dies bedeutet im Ergebnis, dass durch die Abschaffung der Straßenausbaubeiträge eine Verteilung von den Vermietern (die die Straßenausbaubeiträge nicht an die Mieter weitergeben konnten) auf die Mieter erfolgt. Die Gesetzesänderung erscheint zumindest insoweit im Hinblick auf die gleichzeitig stattfindenden Bemühungen zur „Mietpreisbremse“ kontraproduktiv.

Nach Art. 19 Abs. 7 S. 1 KAG wird für Straßenausbaubeiträge, die vor dem 01.01.2018 festgesetzt wurden, das bisher geltende Recht weiter angewandt. In der Gesetzesbegründung wird angegeben, dass für den Fall, dass ein Beitragsbescheid durch die Widerspruchsbehörde oder ein Gericht aufgehoben wird, eine neue Beitragsfestsetzung nicht mehr in Betracht kommt. Eine Heilung eines Beitragsbescheides während eines laufenden Widerspruchs- oder Gerichtsverfahrens soll dagegen möglich bleiben. Die zahlreichen bei Gericht anhängigen Altfälle müssen mithin entschieden werden.

Von Seiten des Bayerischen Gemeindetages wird angegeben, dass ca. 75 % der bayerischen Kommunen eine Straßenausbaubeitragssatzung haben und hieraus ca. EUR 62 Mio. jährlich einnehmen. Hinsichtlich der Refinanzierung durch die Grundsteuer wird darauf hingewiesen, dass die Anhebung des Hebesatzes in den Landesteilen von Bayern mit geringen Baulandpreisen keine ausreichende Gegenfinanzierung ermöglicht.

### 5. Fazit

Zu begrüßen ist grundsätzlich die Abschaffung einer Rechtsmaterie, die äußerst komplex geregelt ist und zu einer erheblichen Zahl von Gerichtsverfahren geführt hat.

Mit der Abschaffung der Straßenausbaubeiträge gehen allerdings auch nicht unerhebliche Nachteile einher. Eine Refinanzierung über die Grundsteuer ist mit einer grundsätzlichen Belastung der Mieter im

Widerspruch zur angestrebten „Mietpreisbremse“ verbunden.

In Gemeinden mit geringen Baulandpreisen (also insbesondere in Nord- und Ostbayern) ist eine reine Refinanzierung über die Grundsteuer nicht möglich. Alternative Finanzierungswege wurden bisher nicht gefunden. Es ist daher zu befürchten, dass bei schlechter Haushaltslage notwendige Straßenerneuerungen nicht stattfinden und damit langfristig ein Verfall des Straßennetzes einhergeht.



Dr. Christian Braun

\_ Rechtsanwalt  
\_ Fachanwalt für Verwaltungsrecht

braun@lutzabel.com

## Abweichungen von den Abstandsflächen nach der Änderung der Bayerischen Bauordnung zum 01.09.2018

RA Dr. Thomas Schönfeld | schoenfeld@lutzabel.com

### 1. Einführung

Der Bayerische Landtag hat am 10.07.2018 das Gesetz zur Änderung der Bayerischen Bauordnung und weiterer Rechtsvorschriften beschlossen, und dieses Gesetz wurde am 17.07.2018 im Bayerischen Gesetz- und Verordnungsblatt bekannt gemacht. Die danach geänderte Bayerische Bauordnung tritt gemäß § 6 des Gesetzes am 01.09.2018 in Kraft.

Hauptanlass für das Gesetz war das Urteil der 10. Kammer des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 16.10.2014 (Az.: C-100/13), mit dem festgestellt wurde, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen das europarechtliche Marktbehinderungsverbot verstößt, dass an Bauprodukte, die auf harmonisierten europäischen Normen beruhen und ein „CE-Zeichen“ tragen, national zusätzliche Anforderungen gestellt werden. Aus Anlass dieser europarechtlich notwendigen Anpassungen beschloss der Bayerische Landtag auch einige weitere Änderungen der Bayerischen Bauordnung. Insbesondere wurde Forderungen aus Rechtsprechung und Praxis Rechnung getragen und das Abstandsflächenrecht wieder in das Prüfprogramm des vereinfachten Genehmigungsverfahrens aufgenommen (Art. 59 S. 1 Nr. 1 lit. b) BayBO).

Des Weiteren verfolgt der Bayerische Gesetzgeber mit dem Änderungsgesetz ausweislich der Begründung zum Gesetzentwurf (LT Drs. 17/21574) die Absicht, den Spielraum für Abweichungen von den gesetzlichen Vorgaben des Abstandsflächenrechts zu erweitern. Dieses Ziel soll der neu eingeführte Art. 6 Abs. 1 S. 4 BayBO verfolgen, mit folgendem Inhalt: „Art. 63 bleibt unberührt.“

### 2. Hintergrund

Die Möglichkeit der Erteilung von Abweichungen von der Regel der gesetzlichen Tiefe der Abstandsflächen nach Art. 6 Abs. 5 BayBO besteht seit dem Änderungsgesetz 1994, mit dem die nach früherem Recht gegebene Möglichkeit zur Erteilung von Ausnahmen nach Art. 7 Abs. 2 BayBO 1982 durch das Abweichungsregime ersetzt wurde. Seitdem sind Abweichungen von bauaufsichtlichen Anforderungen, also auch dem Abstandsflächenrecht, möglich, wenn sie – etwas vereinfacht – unter Berücksichtigung des Zwecks der jeweiligen Anforderungen und unter Würdigung der öffentlich-rechtlich geschützten nachbarlichen Belange mit den öffentlichen Belangen vereinbar sind (Art. 63 Abs. 1 BayBO). Die Rechtsprechung hat hierzu von Beginn an betont, dass zwischen dem Abstandsflächenrecht und den sonstigen technischen

Vorschriften der BayBO ein wesentlicher Unterschied besteht. Während die technischen bauordnungsrechtlichen Anforderungen jeweils nur gewissermaßen „Mittel zum Zweck“ sind und deshalb im Allgemeinen nichts dagegen spricht, wenn das Ziel einer bauordnungsrechtlichen Norm auf andere Weise erreicht wird, können die abstandsflächenrechtlichen Anforderungen nicht auf andere Weise erreicht werden. Jede Abweichung von den gesetzlichen Abstandsflächenregelungen führt im Ergebnis zu einer Unterschreitung des gesetzlichen Modells mit der Folge, dass die Ziele des Abstandsflächenrechts nur unvollkommen verwirklicht werden. Aufgrund dessen wird in gefestigter Rechtsprechung der bayerischen Verwaltungsgerichte gefordert, das Grundvoraussetzung einer Abweichung nach Art. 63 Abs. 1 BayBO von den abstandsflächenrechtlichen Anforderungen das Vorliegen eines atypischen Falles ist (grundlegend BayVGh, Urteil vom 14.12.1994, Az.: 26 B 93.4017). Diese Atypik erfordert den Nachweis, dass im Einzelfall die strikte Einhaltung des Abstandsflächenrechts aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles und mit Blick auf die Ziele des Abstandsflächenrechts nicht geboten ist; dass Gründe vorliegen, durch die sich das Vorhaben vom Regelfall unterscheidet, bzw. dass eine von der gesetzlichen Regelung nicht zureichend erfasste oder bedachte Fallgestaltung vorliegt.

In weiterer Ausführung dieser Grundvoraussetzung der Atypik haben sich in der Rechtsprechung verschiedene Fallgruppen gebildet, wobei jedoch grundsätzlich festzuhalten ist, dass die Rechtsprechung der bayerischen Verwaltungsgerichte praktisch durchwegs sehr strenge Anforderungen an das Vorliegen eines atypischen Falles gestellt hat. Es überwiegen deshalb deutlich Entscheidungen, in welchen erteilte Abweichungen von den abstandsflächenrechtlichen Anforderungen wegen Fehlens einer atypischen Situation keinen Bestand hatten, gegenüber solchen Entscheidungen, die erteilte Abweichungen als rechtmäßig bestätigt haben. In der Praxis führte dies zur Konsequenz, dass Abweichungen von den Abstandsflächenvorschriften von der überwiegenden Zahl der Baugenehmigungsbehörden in Bayern nur noch dann erteilt wurden, wenn der hiervon betroffene Nachbar seine nachbarliche Zustimmung erteilt hatte, weil dann feststand, dass eine gerichtliche Überprüfung der Abweichung nicht erfolgen wird.

### 3. Änderungsgesetz

Die Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Änderung der Bayerischen Bauordnung und weiterer Rechts-

vorschriften vom 10.07.2018 bringt zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber mit der Einführung von Art. 6 Abs. 1 S. 4 BayBO der gerichtlichen Praxis die Grundlage entziehen will. Mit dem neuen Art. 6 Abs. 1 S. 4 BayBO soll klargestellt werden, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Abweichung von Vorgaben des Abstandsflächenrechts ausschließlich in Art. 63 BayBO geregelt sind. Eine Atypik, wie sie die Rechtsprechung als zusätzliches (nunmehr ungeschriebenes) Tatbestandsmerkmal mit einer Abweichung verlangt, fordert das Gesetz nicht. Ein sachlich und rechtlich nachvollziehbarer Grund dafür, warum eine Abweichung etwa von Vorschriften des Brandschutzes unter den Voraussetzungen des Art. 63 BayBO (ohne Atypik) möglich ist, aber bei der im Wesentlichen nicht sicherheitsrelevanten Abweichung vom Abstandsflächenrecht zusätzlich zu den tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 63 BayBO eine Atypik erforderlich sein soll, besteht nach Auffassung des bayerischen Gesetzgebers nicht. Dies soll der neue Art. 6 Abs. 1 S. 4 BayBO ausdrücklich klarstellen (vgl. LT Drs. 17/21574, S. 13).

### 4. Bewertung

Bei strikter Betrachtung fällt zunächst auf, dass der neue Art. 6 Abs. 1 S. 4 BayBO die bisherige Rechtslage in keiner Weise geändert hat. Auch bislang bestimmte sich die Zulässigkeit der Erteilung von Abweichungen von den abstandsflächenrechtlichen Anforderungen alleine nach Art. 63 Abs. 1 BayBO. Es liegt deshalb keinesfalls auf der Hand, dass mit Einführung dieser Regelung der bisherigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung tatsächlich die rechtliche Grundlage entzogen wird. Auch ist festzuhalten, dass der bayerische Gesetzgeber, aus welchen Gründen auch immer, nicht den klaren Weg gewählt hat, der teilweise in anderen Bundesländern verfolgt wurde. So regelt etwa § 6 Abs. 11 S. 2 der Bauordnung für Berlin, dass für die Erteilung von Abweichungen von den Abstandsflächen eine atypische Grundstückssituation nicht erforderlich ist.

Es ist auch keinesfalls sicher, dass Art. 63 Abs. 1 BayBO für Abweichungen von abstandsflächenrechtlichen Anforderungen nicht doch eine Atypik verlangt. Zwar wird diese Voraussetzung nicht ausdrücklich im Wortlaut von Art. 63 Abs. 1 BayBO genannt. Aber alle Abweichungen, gleich von welchen bauordnungsrechtlichen Anforderungen, setzen zunächst voraus, dass sie mit dem Zweck der jeweiligen Anforderungen vereinbar sind. Und an diesem Punkt trifft der grundsätzliche Ansatzpunkt der bayerischen Verwaltungs-

gerichtsbarkeit ohne Frage zu, dass jede Abweichung von den gesetzlichen Abstandsflächenvorschriften zur Folge hat, dass die Ziele des Abstandsflächenrechts nur unvollkommen verwirklicht werden. Das ungeschriebene Merkmal der Atypik will also nur die Begründung dafür liefern, dass trotz Unterschreitung der Ziele des gesetzlichen Abstandsflächenmodells im Einzelfall aufgrund der Besonderheiten dieses Einzelfalles eine Abweichung grundsätzlich in Betracht kommt und mit dem Zweck des Abstandsflächenrechts nicht kollidiert. Insofern ist es ohne Weiteres mit den Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 63 Abs. 1 BayBO vereinbar, wenn für Abweichungen von den abstandsflächenrechtlichen Anforderungen eine Atypik gefordert wird, und der neue Art. 6 Abs. 1 S. 4 BayBO, der Art. 63 Abs. 1 BayBO unberührt lässt, könnte somit letztlich ins Leere gehen. Für die Umsetzung der Ziele des Bayerischen Gesetzgebers hätten wohl eher die Voraussetzungen für Abweichungen von den gesetzlichen Abstandsflächenanforderungen ausdrücklich eingeschränkt werden müssen.

Immerhin aber sollten die bayerischen Verwaltungsgerichte deshalb nicht leichter Hand ihre bisher strenge Rechtsprechung fortsetzen. Auch wenn es mit den Mitteln der Gesetzesauslegung ohne Weiteres möglich wäre, das Bemühen des Bayerischen Gesetzgebers scheitern zu lassen, sollte die Rechtsprechung doch anerkennen, dass die sehr restriktive Haltung für die Praxis im Einzelfall unbefriedigend ist und vor allem zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führt. Ein Beispiel hierfür ist auch der in der Gesetzesbegründung angesprochene Fall eines Gebäudes, das aufgrund planungsrechtlicher Vorgaben an die Grenze gebaut werden muss oder gebaut werden darf und deshalb nach Art. 6 Abs. 1 S. 3 BayBO keine Abstandsflächen einhalten muss, bei dem der Bauherr allerdings ein in der Praxis häufig gewünschtes, oberes zurückgesetztes Terrassengeschoss plant. In der Praxis lässt sich dies nach der strikten Rechtsprechung der bayerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit nur dann umsetzen, wenn für die zurückgesetzten Außenwände des Terrassengeschosses die sich durch die gedachte Verlängerung der zurückgesetzten Wände bis zum Schnittpunkt mit der Geländeoberfläche ergebende Tiefe der Abstandsflächen eingehalten wird (vgl. BayVGh, Beschluss

vom 11.11.2015, Az.: 2 CS 15.1251). Dies führt zu der wenig plausiblen Konsequenz, dass ein solches Gebäude zwar ohne weitere abstandsflächenrechtliche Anforderungen ein „normales“ Dachgeschoss mit geneigten Dachflächen (bei zulässiger Grenzbebauung sogar mit einer Neigung von mehr als 45 Grad) aufweisen darf, nicht aber ein Terrassengeschoss, das nur um die Höhe dieses Geschosses selbst von der Außenwand des Gebäudes zurückversetzt ist. Der bayerische Gesetzgeber hätte diesen Fall zwar einer eindeutigen gesetzlichen Regelung zuführen können, wie sie etwa in § 5 Abs. 6 der Niedersächsischen Bauordnung enthalten ist. Hier wäre es aber ohne Weiteres möglich, den Hauptzweck der Abstandsflächenvorschriften (Sicherstellung einer ausreichenden Belichtung, Belüftung und Besonnung der Räume in Gebäuden) in den Vordergrund zu stellen und deshalb für die Außenwände eines solchen Terrassengeschosses Abweichungen zuzulassen, weil diese Außenwände bei Zurückversetzung um die Höhe des Terrassengeschosses einen Lichteinfallwinkel von 45 Grad einhalten, der anerkanntermaßen auch aus nachbarlicher Sicht unproblematisch ist. Damit würde auch dem Umstand Rechnung getragen, dass ein solches Terrassengeschoss uneingeschränkt innerhalb der gedachten Hülle eines aus nachbarlicher Sicht unangreifbaren Dachgeschosses mit um 45 Grad geneigten Dachflächen liegt und schwerlich ersichtlich ist, weshalb der Nachbar unterschiedliche Schutzansprüche haben soll. In diesem Zusammenhang kann auch berücksichtigt werden, dass die von Art. 63 Abs. 1 BayBO geforderte Berücksichtigung des Zwecks der Abstandsflächenvorschriften eben gerade nicht heißt, dass diese strikt eingehalten werden, weil sonst keinerlei Abweichungen in Betracht kämen.



**Dr. Thomas Schönfeld**  
\_ Rechtsanwalt  
schoenfeld@lutzabel.com

# BEIHILFEN- UND KARTELLRECHT

## Fusionskontrolle: Bundeskartellamt und Bundeswettbewerbsbehörde veröffentlichen gemeinsamen Leitfaden zur neuen Transaktionswert-Schwelle

RA Christoph Richter | richter@lutzabel.com

Das (deutsche) Bundeskartellamt und die (österreichische) Bundeswettbewerbsbehörde haben am 09.07.2018 die finale Fassung des gemeinsamen Leitfadens zur neuen Transaktionswert-Schwelle in der Fusionskontrolle veröffentlicht. Der Leitfaden soll mit Hilfe von Erläuterungen und Beispielen als Auslegungshilfe bei der Anwendung einer im vergangenen Jahr in beiden Ländern eingeführten Aufgreifschwelle dienen, mit der durch die Einbeziehung eines kaufpreisbezogenen Kriteriums insbesondere Zusammenschlüsse in der Digitalwirtschaft, wie etwa der Erwerb von WhatsApp durch Facebook, erfasst werden sollen.

### I. Hintergrund

Im Zuge der Novellierung des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB“) und des österreichischen Kartellgesetzes („KartG“) im Jahr 2017 war im Hinblick auf die zunehmende Digitalisierung der Märkte (jeweils) eine zusätzliche Aufgreifschwelle in der Fusionskontrolle eingeführt worden, mit der Fälle wie etwa der Erwerb von WhatsApp durch Facebook erfasst werden sollen (§ 35 Abs. 1a GWB bzw. § 9 Abs. 4 KartG). Hiernach kann auch der Erwerb eines Unternehmens, welches (zwar) noch keinen nennenswerten Umsatz erwirtschaftet, dessen Erwerb aber zu einem hohen Kaufpreis (in Deutschland mehr als EUR 400 Mio. und in Österreich mehr als EUR 200 Mio.) erfolgt, der Fusionskontrolle unterliegen (die folgenden Ausführungen beziehen sich exemplarisch nur auf das GWB).

Bis zum Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle war eine Transaktion (nach deutschem Recht) nur dann anmeldepflichtig, wenn die nachfolgend genannten Umsatzschwellenwerte kumulativ überschritten wurden:

- Weltweiter Umsatz der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen von insgesamt mehr als EUR 500 Mio. und
- Umsatz mindestens eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in Deutschland von mehr als EUR 25 Mio. (1. Inlandsumsatzschwelle) und
- Umsatz eines anderen an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmens in Deutschland von mehr als EUR 5 Mio. (2. Inlandsumsatzschwelle).

Der Erwerb von WhatsApp durch Facebook war in Deutschland vor diesem Hintergrund nicht fusionskontrollpflichtig, da WhatsApp zum damaligen Zeitpunkt den wesentlichen Teil seiner Leistungen in Deutschland kostenlos angeboten hat, somit keine nennenswerten Umsätze erzielte und daher die vorgenannte 2. Inlandsumsatzschwelle nicht erreicht worden war.

Seit dem Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle ist ein Zusammenschluss (nach deutschem Recht) auch dann anmeldepflichtig, wenn (kumulativ)

- die an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen insgesamt einen weltweiten Umsatz von mehr als EUR 500 Mio. erzielt haben,
- der Umsatz mindestens eines der beteiligten Unternehmen in Deutschland mehr als EUR 25 Mio. beträgt,
- weder das zu erwerbende Unternehmen noch ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von jeweils mehr als EUR 5 Mio. erzielt haben (die 2. Inlandsumsatzschwelle entfällt also in der zusätzlichen Aufgreifschwelle),
- der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als EUR 400 Mio. beträgt (neues Kriterium) und

- das zu erwerbende Unternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig ist (neues Kriterium).

### II. Inhalt des Leitfadens

In dem Leitfaden werden im Wesentlichen die beiden neu eingeführten Kriterien, d.h. (a) der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss und (b) die Voraussetzung der erheblichen Inlandstätigkeit des Zielunternehmens erläutert; daneben werden auch verfahrensrechtliche Fragen behandelt.

#### 1. Wert der Gegenleistung

Der Wert der Gegenleistung umfasst ausweislich des Leitfadens alle Vermögensgegenstände und sonstigen geldwerten Leistungen, die der Veräußerer vom Erwerber im Zusammenhang mit dem infrage stehenden Zusammenschluss erhält. Der Begriff des Vermögensgegenstands ist hiernach weit zu verstehen: Er schließt alle Geldzahlungen ein, die Übertragung von Stimmrechten, Wertpapieren und von Sachanlagen sowie von immateriellen Vermögensgegenständen. Dazu sollen auch Gegenleistungen zählen, die an den Eintritt bestimmter Bedingungen geknüpft sind, wie sie z.B. in Earn-out-Klauseln enthalten sind, oder andere im Zusammenhang mit dem Zusammenschluss vereinbarte zusätzliche Zahlungen an den Veräußerer, wenn zu einem zukünftigen Zeitpunkt bestimmte Umsatz- oder Gewinnziele erreicht werden (z.B. Lizenzgebühren).

Ebenfalls einzubeziehen seien Zahlungen für einen vereinbarten Wettbewerbsverzicht des Veräußerers, soweit diese nicht bereits vollständig in anderen Teilen der Gegenleistung enthalten sind. Durch den Erwerber übernommene Verbindlichkeiten seien ebenfalls Teil der Gegenleistung für den Erwerb des Zielunternehmens; diesbezüglich sollen im Regelfall die verzinslichen Anteile der Verbindlichkeiten dem Wert der Gegenleistung hinzugerechnet werden.

Die beiden Kartellbehörden weisen im Leitfaden darauf hin, dass der mit betriebswirtschaftlichen Methoden ermittelte Unternehmenswert von dem Kaufpreis und dem Wert der Gegenleistung zu unterscheiden ist. Dies sei darauf zurückzuführen, dass häufig Aufpreise bzw. Prämien für den Unternehmenserwerb gezahlt werden, die über den ermittelten Unternehmenswert hinausgehen; diese sind ausweislich des Leitfadens Teil des Wertes der Gegenleistung. Der Wert der Gegenleistung werde daher häufig über dem Wert eines Unternehmens nach dessen Stand-alone-

Bewertung liegen.

Der Wert der Gegenleistung bezieht sich nach den Erläuterungen des Bundeskartellamtes und der Bundeswettbewerbsbehörde nur auf das infrage stehende Zusammenschlussvorhaben. Von der Wertbestimmung sind hiernach beispielsweise bereits gehaltene bzw. getauschte Unternehmensanteile nicht umfasst.

Dagegen sei im Einzelfall zu prüfen, ob für die Bestimmung des Werts der Gegenleistung einzelne Erwerbsvorgänge, die in einem engen sachlichen und zeitlichen Konnex zueinander stehen, als Teile eines einheitlichen Zusammenschlusses anzusehen sind, so dass auch die jeweils erbrachten Gegenleistungen zusammenzufassen sind.

#### a) Darstellung

Der Leitfaden enthält einige Hinweise bzgl. der Darstellung des Wertes der Gegenleistung gegenüber den Kartellbehörden. Diesbezüglich gilt als „Faustformel“: Je näher der Wert der Gegenleistung am Schwellenwert liegt, desto genauer muss die Darstellung sein. Andersherum kann die Darstellung stark vereinfacht und verkürzt erfolgen, je klarer der Schwellenwert über- oder unterschritten ist.

Zur Plausibilisierung wird eine schriftliche Bestätigung des Wertes und der Methode der Wertermittlung durch die Unternehmensleitung des Erwerbers empfohlen, welche zum Zeitpunkt der Vorlage nicht älter als 90 Tage sein darf. Unter Umständen müsse der Wert der Gegenleistung mittels eines Wertgutachtens bestimmt werden. Hierzu können auch zeitlich zurückliegende Wertgutachten herangezogen werden, sofern sich zwischen Erstellung des Gutachtens und der Anmeldung keine wesentlichen Änderungen ergeben haben.

Besteht zwischen den Zusammenschlussbeteiligten (zwar) Einigkeit darüber, dass der Wert der Gegenleistung oberhalb des relevanten Schwellenwertes (EUR 400 Mio.) liegt, kann dieser (aber) noch nicht genau bestimmt werden, kann ausweislich des Leitfadens bereits eine Anmeldung erfolgen und der genaue Wert später nachgereicht werden. Die Anmeldung müsse in diesem Fall allerdings eine Schätzung des Wertes der Gegenleistung enthalten und deutlich machen, dass die Schwellenwerte sicher überschritten werden.

Sofern Unsicherheit darüber besteht, ob der Wert der Gegenleistung oberhalb des relevanten Schwellenwertes (EUR 400 Mio.) liegt, könne eine vorsorgliche



Anmeldung erfolgen, soweit das Zusammenschlussvorhaben im Übrigen hinreichend konkretisiert sei. Lässt sich ein Wert nicht genau bestimmen, ergibt sich aber aus einer möglichen Unter- oder Obergrenze, dass der Wert der Gegenleistung die Schwelle von EUR 400 Mio. über- oder unterschreitet, genügt ausweislich des Leitfadens die Darlegung und Plausibilisierung dieser Grenzen.

#### b) Relevanter Zeitpunkt

In Ansehung des Umstandes, dass der Wert der Gegenleistung im Zeitablauf schwanken kann (insbesondere bei Wertpapieren), weisen die beiden Kartellbehörden im Leitfaden darauf hin, dass der Wert der Gegenleistung zum Zeitpunkt des Vollzugs des Zusammenschlusses zu bestimmen ist (im Gegensatz zur Umsatzberechnung in Bezug auf § 35 Abs. 1, Abs. 1a Nr. 2 GWB, wobei auf das letzte vor dem Vollzug abgeschlossene Geschäftsjahr abzustellen ist).

In Fällen, in denen der Wert der Gegenleistung (im Zeitpunkt des Vollzugs) zum Zeitpunkt der Anmeldung noch nicht feststeht, könne in der Anmeldung abweichend auch der Wert der Gegenleistung im Zeitpunkt der Prüfung der Anmeldepflicht durch die Zusammenschlussbeteiligten angegeben werden.

Fällt der Wert der Gegenleistung nach der Anmeldung des Vorhabens unter die Schwelle (EUR 400 Mio.), könne die Anmeldung zurückgezogen werden. Für den gegenteiligen Fall, dass ein zunächst nicht anmeldepflichtiges Vorhaben im weiteren Verlauf (vor dem Vollzug) anmeldepflichtig wird, d.h. dass bis zum Vollzugszeitpunkt eine Anmeldepflicht entsteht, wird eine Anmeldung empfohlen.

Des Weiteren wird im Leitfaden darauf hingewiesen, dass in dem Fall, dass Bestandteile der Gegenleistung zu unterschiedlichen Zeitpunkten zu zahlen sind, für sämtliche nachgelagerten Zahlungen, wie sie z.B. aus einer Earn-out-Regelung folgen, der Wert zum Zeitpunkt des Vollzugs festgestellt werden muss.

Sollte der Wert der Gegenleistung für ein Zusammenschlussvorhaben entsprechend des Leitfadens bestimmt und eine Anmeldepflicht hiernach abgelehnt worden sein, lebt die Anmeldepflicht ausweislich des Leitfadens nicht wieder auf, wenn sich nach Vollzug eine spätere Wertänderung der bereits berücksichtigten Komponenten des Werts der Gegenleistung ergibt (etwa im Falle eines Wertpapierauschusses). Sollte der Wert der Gegenleistung nach Vollzug des Zusammenschlusses die Schwellenwerte übersteigen, liege

im Übrigen kein Verstoß gegen das Vollzugsverbot vor. Vor diesem Hintergrund wird allerdings eine ausführliche Dokumentation der anhand des Leitfadens durchgeführten Wertermittlung empfohlen.

#### 2. Erhebliche Inlandstätigkeit

Mit der Voraussetzung der erheblichen Inlandstätigkeit des Zielunternehmens sollen Fälle aus dem Anwendungsbereich herausgenommen werden, die im Wesentlichen die Übernahme eines nur im Ausland tätigen Unternehmens betreffen. Diesbezüglich werden im Leitfaden insbesondere Fragen (1) der Messung der Inlandstätigkeit, (2) deren räumlicher Zuordnung (Inlandsbezug), (3) des Marktbezugs sowie (4) der Erheblichkeit erörtert.

##### a) Kriterien zur Messung

Die Inlandstätigkeit wird bei der Prüfung der neuen Aufgreifschwelle ausweislich des Leitfadens in der Regel nicht anhand der Inlandsumsätze, sondern an anderen Indikatoren gemessen, die sich je nach Branche und Tätigkeit unterscheiden können. Die Messung solle hiernach anhand branchenüblicher Größen erfolgen, weshalb z.B. im digitalen Bereich die monatlichen Nutzerzahlen („Monthly Active User“) oder die Zugriffshäufigkeit einer Website („unique visitor“) als Indikatoren in Betracht kommen.

Ferner wird darauf hingewiesen, dass es sich bei der Inlandstätigkeit um eine aktuelle Tätigkeit handeln muss. Während bei der Prüfung der Umsatzschwellen nach § 35 Abs. 1 und Abs. 1a Nr. 2 GWB jeweils auf das letzte vor dem Vollzug abgeschlossene Geschäftsjahr abgestellt wird, muss hinsichtlich der Inlandstätigkeit folglich auf die Tätigkeit des Zielunternehmens zum Zeitpunkt des Vollzugs abgestellt werden.

##### b) Feststellung des Inlandsbezugs

Hinsichtlich der Feststellung des Inlandsbezugs sei im Regelfall auf den Standort der Kunden abzustellen. Eine Inlandstätigkeit solle dementsprechend etwa dann anzunehmen sein, wenn Angebote des Unternehmens von Nutzern im Inland in erheblichem Umfang in Anspruch genommen werden, auch wenn dies unentgeltlich erfolgt.

Ausweislich des Leitfadens kann unter besonderen Voraussetzungen auch eine Forschungs- und Entwicklungstätigkeit eine relevante Tätigkeit darstellen.

##### c) Marktbezug

Die Inlandstätigkeit i.S.d. § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB muss

auch einen Marktbezug aufweisen. Dieser ist nach den amtsseitigen Erläuterungen jedenfalls dann gegeben, wenn eine Leistung des Zielunternehmens auf einem bestehenden Markt entgeltlich angeboten wird.

Für die Anwendung der neuen Aufgreifschwelle sind jedoch gerade die Fallkonstellationen interessant, in denen dies nicht oder noch nicht der Fall ist. Dies kommt insbesondere in der Digitalwirtschaft in Betracht, etwa wenn die Gegenleistung darin besteht, dass der Nutzer einer kostenlosen App Daten liefert und Werbung konsumiert, oder wenn eine App zunächst kostenfrei angeboten wird (bis sie eine gewisse Verbreitung und einen gewissen Bekanntheitsgrad erreicht hat) und im Anschluß in vollem Umfang entgeltlich wird, oder parallel eine kostenfreie Basis-Version und eine (entgeltliche) Premium-Version angeboten werden.

Ein Marktbezug bei fehlender Entgeltlichkeit kann ausweislich des Leitfadens auch im Bereich der Forschung und Entwicklung gegeben sein, sofern es sich nicht um reine Grundlagenforschung handelt und das Forschungsergebnis vermarktungsfähig ist. Im Bereich der medizinischen oder medizintechnischen Forschung komme dies z.B. beim Erwerb von Lizenzen in Betracht, die etwa zur Entwicklung neuer diagnostischer Verfahren erforderlich sind. Im Bereich des Pflanzenschutzes könne der Erwerb von Rechten an Molekülen, die sich nach ihrer Entdeckung in der Phase der Produktentwicklung befinden, eine marktbezogene Inlandstätigkeit darstellen.

##### d) Erheblichkeit

Die Inlandstätigkeit im Sinne von § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB muss im Übrigen – zusätzlich zum Marktbezug – einen erheblichen Umfang aufweisen; eine marginale Tätigkeit im Inland reicht folglich nicht aus.

Diesbezüglich enthält das GWB (zwar) keine quantitative Festlegung. Allerdings soll die neue Aufgreifschwelle diejenigen Fälle erfassen, die bislang deshalb nicht der Fusionskontrolle unterlagen, weil das Ziel-

unternehmen (noch) keine nennenswerten Umsätze erzielt, die aber dennoch ein hohes wirtschaftliches und wettbewerbliches Potenzial aufweisen.

Vor diesem Hintergrund gilt ausweislich des Leitfadens für Deutschland, dass das Bundeskartellamt die Erheblichkeit dann verneinen wird, wenn das Zielunternehmen im Inland Umsatzerlöse erzielte, die unter EUR 5 Mio. lagen, und diese Umsatzerlöse die Marktposition und das wettbewerbliche Potenzial angemessen widerspiegeln.

#### III. Fazit

Mit dem neuen Leitfaden fassen die beiden Kartellbehörden die noch junge Fallpraxis hinsichtlich der neuen Aufgreifschwelle zusammen und erhöhen somit die Rechtssicherheit bei der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben. Die im Leitfaden enthaltenen Erwägungen sind allerdings ausdrücklich noch vorläufig, weshalb die Entscheidungspraxis der beiden Kartellbehörden weiter zu beobachten bleibt.

Die Verantwortung für die Prüfung der Anmeldepflicht verbleibt auch in Bezug auf die neue Aufgreifschwelle in jedem Fall bei den zusammenschlussbeteiligten Unternehmen. Je näher sich der „Wert der Gegenleistung“ an dem einschlägigen Schwellenwert bewegt, desto genauer muss diese Prüfung ausfallen. Hierzu sollten die Erläuterungen und Beispiele des Leitfadens herangezogen werden. In Grenzfällen bzw. Fällen, bei denen eine Änderung des Wertes der Gegenleistung zu erwarten ist, ist eine (vorsorgliche) Anmeldung zu empfehlen.



**Christoph Richter**

Rechtsanwalt

richter@lutzabel.com

# GESELLSCHAFTSRECHT

## Kaufpreisklauseln bei M&A-Transaktionen\*

RA Dr. Bernhard Noreisch, LL.M. (University of Edinburgh) | noreisch@lutzabel.com

RA Jan-Phillip Kunz, LL.M. (Trinity College, Dublin) | kunz@lutzabel.com

### A. Einleitung

Der Beitrag soll einen Überblick über typische Kaufpreisgestaltungen bei Unternehmenstransaktionen geben. Es wird aufgezeigt, wie in der Praxis auftretenden Interessenkonflikten bei der Kaufpreisbemessung und -anpassung begegnet werden kann. In gebotener Kürze werden die bei Share Deals üblichen Kaufpreismodelle Festkaufpreis, Closing-Accounts und Earn Out skizziert. Kaufpreissicherungsmechanismen, wie ein Escrow-Account oder Kaufpreiseinbehalt, sind nicht Gegenstand des Beitrags.

### B. Mögliche Vertragsgestaltungen

#### I. Ausgangspunkt

Eine ganz wesentliche Funktion von Kaufpreismechanismen ist es, bestehende Informationsasymmetrien zwischen Verkäufer und Käufer auszugleichen. Grundsätzlich wird bei den Kaufpreismechanismen zwischen (1.) einem Festkaufpreis zum Bilanzstichtag („Locked Box“) und (2.) variablen Kaufpreisgestaltungen unterschieden. Im Rahmen der variablen Kaufpreisgestaltungen kann dann weiter zwischen (a) vergangenheitsorientierter Kaufpreisanpassung bis zum Vollzugstag („Closing Accounts“) und (b) zukunftsorientierter Kaufpreisanpassung nach dem Closing (z.B. „Earn Out“) unterschieden werden.

#### 1. Locked Box

Vereinbaren die Parteien im Rahmen eines Share Deals im Unternehmenskaufvertrag (Share Purchase Agreement, „SPA“) einen Festkaufpreis zum Zeitpunkt

des wirtschaftlichen Übergangs der Geschäftsanteile („Stichtag“), folgt daraus der wirtschaftliche Risikoübergang zum kaufpreisbestimmenden Bilanzstichtag. Derlei „reine“ Festpreisvereinbarungen sind in der Praxis allerdings eher vereinzelt vorzufinden.<sup>1</sup> Die in der Praxis häufiger gewählte Locked-Box-Variante<sup>2</sup> bildet den Kaufpreis auf Basis einer Stichtagsbilanz, deren Qualität der Verkäufer im Wege einer Bilanzgarantie garantiert.<sup>3</sup> Die Funktion der Bilanzgarantie<sup>4</sup> ist allerdings nicht die „Sicherung“ eines retrospektiven Bilanzbildes, sondern die Definition der Bilanz als Bewertungsgrundlage<sup>5</sup> zum Bilanzstichtag. Zudem hat sich der Verkäufer regelmäßig zu verpflichten, das Zielunternehmen bis zum dinglichen Vollzug der Transaktion (sog. „Closing“) im Rahmen der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns und in Übereinstimmung mit der bisherigen Geschäftsführungspraxis fortzuführen<sup>6</sup> (sog. „Past-Practice-Klauseln“). Neben diese Past-Practice-Klauseln treten sog. „No-Leakage-Klauseln“. Innerhalb solcher No-Leakage-Klauseln werden bestimmte Finanzkennzahlen<sup>7</sup> definiert, welche zwischen dem Bilanzstichtag und dem Closing festgelegte Schwellenwerte nicht unterschreiten dürfen. Ferner wird geregelt, dass innerhalb dieses Zeitraums mit Ausnahme explizit offengelegter Fälle keine Mittelabflüsse erfolgen, insbesondere solche, die sich als außergewöhnliche Zahlungen an Dritte oder Gesellschafter darstellen.<sup>8</sup> Ein weiterer Aspekt beim Locked-Box-Mechanismus kann die Vereinbarung einer Verzinsung des Festkaufpreises für die Zeit zwischen Stichtag und Signing oder Closing sein.<sup>9</sup>

### 2. Variable Kaufpreismechanismen

Variable Kaufpreismechanismen sehen eine Kaufpreisanpassung vor.<sup>10</sup> Diese kann vergangenheitsorientiert sein und Wertänderungen nach einem bestimmten Zeitpunkt in der Vergangenheit, aber vor dem Closing (wie etwa die Bewertung „debt-free/cash-free“) betreffen oder sie kann zukunftsorientiert sein, um nach dem Closing realisierte Chancen und Risiken zu erfassen (z.B. über einen sog. „Earn Out“).<sup>11</sup> Eine sorgfältige Gestaltung solcher Anpassungsklauseln ist unabdingbar, um hier die regelmäßig gegenläufigen Interessen der Vertragsparteien bestmöglich in Einklang zu bringen.

#### a) Vergangenheitsorientierte Kaufpreisanpassung („Closing Accounts“)

Vereinbaren die Vertragsparteien die Kaufpreisanpassung im Wege eines Closing-Account-Mechanismus, dann bestimmt sich der finale Kaufpreis auf Basis einer zum Closing aufgestellten Abrechnungsbilanz des verkauften Zielunternehmens (die „Closing Accounts“). In den Closing Accounts ist das gesamte bilanzierbare Vermögen zu erfassen, welches dem Zielunternehmen zum Bilanzstichtag zuzuordnen ist und aus dem die im SPA definierten, kaufpreisbestimmenden Parameter hervorgehen.<sup>12</sup> Die Verwendung dieses Mechanismus stellt sicher, dass die finanziellen Chancen und Risiken bis zum Closing beim Verkäufer des Zielunternehmens verbleiben und erst im Zeitpunkt des Closing auf den Käufer übergehen. Dies ist sachgerecht, da der Käufer erst im Zeitpunkt des Closing die tatsächliche Kontrolle über das Zielunternehmen erlangt. So wird gewährleistet, dass der gezahlte Kaufpreis auch den Unternehmenswert im Zeitpunkt der dinglichen Anteilsübertragung widerspiegelt.<sup>13</sup>

Bei der Vertragsgestaltung ist darauf zu achten, dass der finale Kaufpreis im Zeitpunkt des Closing gerade noch nicht feststeht. Im SPA wird demgemäß zunächst ein vorläufiger Kaufpreis festgesetzt<sup>14</sup>, der im Nachhinein anhand der Closing Accounts final ermittelt (angepasst) wird. Weiter muss geregelt werden,

wie und durch wen die Aufstellung der Closing Accounts erfolgt und welche Mitwirkungspflichten und Prüfungsrechte den Parteien letztlich eingeräumt werden. Stets sollte ein möglichst transparenter und einfacher Konfliktlösungsmechanismus angelegt werden, um etwaige Streitigkeiten schnell und abschließend beheben zu können. In der Praxis wird regelmäßig ein Schiedsgutachter bestimmt, dessen Prüfergebnis dann für beide Parteien bindend ist.<sup>15</sup>

Hinsichtlich der Ermittlung und nachfolgenden Anpassung des Kaufpreises vereinbaren die Parteien immer häufiger, dass diese auf Grundlage einer Cash-free/Debt-free-Bewertung erfolgen.<sup>16</sup> Dabei wird zum Zwecke der Kaufpreisanpassung unterstellt, dass beim Zielunternehmen zum Closing sämtliche Fremdverbindlichkeiten („Debt“) und sämtliche freien liquiden Mittel („Cash“) in Abzug zu bringen sind („cash free/debt free“). Es existiert aber kein allgemein gültiges Verständnis darüber, was unter „cash free/debt free“ zu verstehen ist. Daher ist im SPA konkret zu definieren, welche Rechnungsposten auf welche Weise in die Berechnung einfließen sollen. Entscheiden sich die Parteien, den Kaufpreis auf Grundlage einer Cash free/Debt-free-Bewertung anzupassen, ist (in der Regel) der Ausgangsunternehmenswert nach der Discounted-Cashflow-Methode („DCF“) in der Variante der Bruttomethode errechnet.<sup>17</sup> Dieser bildet dann den Bruttokaufpreis (auch „Enterprise Value“).

Um temporäre Wertänderungen bis zum Closing auszugleichen, wird bei der tatsächlichen Ermittlung des finalen Kaufpreises, welcher dem Wert des Eigenkapitals des Zielunternehmens entspricht („Equity Value“), häufig eine sog. „Net-Debt-Anpassung“ vorgenommen. Hierbei werden die als Net Debt bezeichneten Nettofinanzverbindlichkeiten (zinstragende Fremdverbindlichkeiten abzüglich freier Liquidität) im Zeitpunkt des Closing vom ermittelten Bruttokaufpreis abgezogen.<sup>18</sup> Wenn der Bestand an Fremdverbindlichkeiten durch Barmittel exakt gedeckt ist, wäre eine Anpassung entsprechend nicht erforderlich. Welche Bilanzpositionen dabei berücksichtigt

\* Kunz/Noreisch, AnwZert HaGesR 14/2018, Anm. 2.

<sup>1</sup> Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis – Rechtliche und steuerliche Aspekte, 14. Aufl. 2010, S. 484.

<sup>2</sup> CMS European M&A Study 2017.

<sup>3</sup> Siehe hierzu ausführlich: Keissler, NZG 2017, 531.

<sup>4</sup> Davon zu unterscheiden sind Garantien, die sich auf die Gewährleistung bestimmter Bilanzpositionen beziehen.

<sup>5</sup> Grabowski/Harrer, DStR 1993, 20.

<sup>6</sup> Siehe Fn. 4.

<sup>7</sup> Üblicherweise das „Net Working Capital“ und „Net Debt“; siehe hierzu unten B. I. 2. a).

<sup>8</sup> Siehe Fn. 1.

<sup>9</sup> Diem/Erni, Locked Box beim Unternehmenskauf, GesKR 2010, 354 ff.

<sup>10</sup> Auf die Darstellung der unterschiedlichen Definitionen des Begriffs „variable Kaufpreisanpassung“ wird verzichtet. Im Kern geht es um die Frage, ob die vergangenheitsorientierte Anpassung durch „Closing Accounts“ als Mechanismus des Festpreises zu verstehen ist, da ein festgelegter Kaufpreis nur nachträglich angepasst wird, oder als variable Gestaltung zu verstehen ist, da der finale Kaufpreis im Zeitpunkt des Signing gerade noch nicht feststeht und damit auch kein fester Kaufpreis vorliegt.

<sup>11</sup> Bruski, BB-Special 2005, 19 ff.

<sup>12</sup> Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement, 2. Aufl. 2010, S. 80.

<sup>13</sup> Siehe Fn. 12.

<sup>14</sup> Wobei dieser vorläufige Kaufpreis möglichst genau zu prognostizieren ist, ggf. basierend auf entsprechenden Planbilanzen zum Übertragungsstichtag.

<sup>15</sup> Witte/Mehrbrey, NZG 2006, 241.

<sup>16</sup> Siehe Fn. 11.

<sup>17</sup> Siehe Fn. 11.

<sup>18</sup> Lappe/Schmitt, Risikoverteilung beim Unternehmenskauf durch Stichtagsregelungen, DB 2007, 153 (156).

werden sollen, hängt von der vertraglichen Einigung der Parteien ab. Einen allgemeinen Standard hierfür gibt es nicht. Hinsichtlich der diesbezüglich oftmals diffizilen Vertragsgestaltung ist zu berücksichtigen, dass Käufer und Verkäufer vollständig entgegenstehende Interessen verfolgen. Hier geht es in der Regel um Sachverhalte, die entweder in unüblicher Weise Kassenbestände generieren oder Fremdverbindlichkeiten verdecken würden, also wirtschaftlich einer Fremdfinanzierung gleichkommen, aber in der Bilanz nicht als solche abgebildet werden.<sup>19</sup>

Neben der Net-Debt-Anpassung ist zudem grundsätzlich eine Anpassung des Net Working Capital („Nettoumlaufvermögen“) aufzunehmen. Dies ist erforderlich, da durch Veränderungen des Nettoumlaufvermögens der Umfang des Net Debt beeinflusst werden kann. Der vertraglich vereinbarte Mechanismus zur Anpassung des Nettoumlaufvermögens gleicht Abweichungen zwischen dem festgelegten Referenzwert des Nettoumlaufvermögens und dem tatsächlichen Bestand desselben zum Closing aus.<sup>20</sup> Liegt im Zeitpunkt des Closing der Bestand des Nettoumlaufvermögens über dem Referenzwert bzw. einem Referenzbereich, so erhöht sich der Kaufpreis, während er sich verringert, sofern der Bestand des Nettoumlaufvermögens den Referenzwert bzw. Referenzbereich unterschreitet. Auch hier gilt es, genau zu definieren, welche Positionen berücksichtigt bzw. umfasst sein sollen, da es keine einheitliche Definition des Net Working Capital gibt.

Über diese Anpassungsmechanismen soll sichergestellt werden, dass der Verkäufer zwischen Signing und Closing wenig bis keinen Anreiz hat, das Net Working Capital (kurzfristig) zu reduzieren und dem Zielunternehmen notwendige, im Umlaufvermögen gebundene Liquidität zu entziehen, um dadurch den Bestand an liquiden Mitteln (und damit den Kaufpreis) zu erhöhen.

#### b) Zukunftsorientierte Kaufpreisanpassung nach dem Closing („Earn Out“)

Eine zukunftsorientierte Kaufpreisanpassung orientiert sich nicht an Wertänderungen bis zum Zeitpunkt des Closing, sondern bemisst sich am zukünftigen Erfolg des Zielunternehmens. Das kann insbesondere dann sinnvoll sein, wenn die Parteien unterschiedlicher Auffassung darüber sind, wie sich das Zielunter-

nehmen zukünftig wirtschaftlich entwickeln wird.<sup>21</sup> Die Vereinbarung von Earn-Out-Klauseln ermöglicht den Parteien eine ergebnisabhängige Anpassung des Kaufpreises und die Partizipation des Verkäufers am zukünftigen Erfolg des Unternehmens. Divergierende Kaufpreisvorstellungen können so überwunden werden. In der Praxis finden sich solche Gestaltungen häufig dann, wenn der Verkäufer, etwa in seiner Funktion als Geschäftsführer, nach dem Closing noch Einfluss auf die Unternehmensentwicklung nehmen will und kann, was eher im Bereich von Small- und Midcap-Transaktionen der Fall ist.<sup>22</sup>

Zur Bestimmung des variablen Teils des Kaufpreises vereinbaren die Parteien Parameter, von deren zukünftiger Entwicklung der Earn Out maßgeblich abhängt. Eine Earn-Out-Klausel enthält üblicherweise eine Earn-Out-Periode, die Bezugsgröße, auf deren Basis der wirtschaftliche Erfolg des Unternehmens gemessen werden soll, sowie eine Formel, die die Beteiligung des Verkäufers an der Bezugsgröße bestimmt. Es können auch nicht-finanzielle Bezugsgrößen, wie das Erreichen bestimmter definierter Meilensteine (z.B. Erteilung eines zentralen Patents) als erfolgsbestimmende Faktoren in Betracht kommen. Bisweilen besteht der Wunsch der Parteien, die Höhe der Partizipation unter Berücksichtigung unterschiedlicher Rollen verschiedener Verkäufer (z.B. operativ tätiger Gesellschafter und Finanzinvestor) differenziert auszugestalten. In solchen Fällen sind stets auch steuerliche Aspekte wie eine mögliche Lohnsteuerpflicht solcher Kaufpreiskomponenten zu beachten. Außerdem müssen bei der Gestaltung geeignete Vorkehrungen getroffen werden, die dem Verkäufer das erforderliche Maß an Einfluss und Kontrollbefugnis sichern, sowie Sanktionsmechanismen definiert werden, die etwaigen Manipulationsversuchen des Käufers von Beginn an Einhalt gebieten.

#### C. Auswirkungen für die Praxis

Kaufpreisformeln haben sich stets an den konkreten Bedürfnissen der Vertragsparteien und den einzelfallspezifischen Gegebenheiten bei dem Zielunternehmen zu orientieren. Aus diesem Grund gibt es keine Standard-Kaufpreisformeln. Im Folgenden soll eine überblicksartige Darstellung der Vor- und Nachteile der unter B. dargestellten Mechanismen gegeben werden.

Auch wenn die Gestaltung des Vertragswerkes einzel-fallbezogen und maßgeblich geprägt von den Bedürfnissen der zu beratenden Partei erfolgt, lassen sich doch einige allgemeine Aussagen treffen.

#### I. Locked Box

Vorteilhaft wirkt sich die Verlässlichkeit hinsichtlich der Höhe des gefundenen Kaufpreises für die Parteien aus. Eine nachträgliche Anpassung erfolgt nicht. Dies minimiert gleichzeitig das Risiko nachvertraglicher Streitigkeiten. Zudem ist ein Vergleich von verschiedenen Angeboten leicht möglich.

Zu berücksichtigen ist, dass der Verkäufer zu einem frühen Zeitpunkt umfangreiche Informationen offenlegen muss. Der Käufer wird eine genaue Prüfung der Unterlagen vornehmen, also eine umfangreiche Due Diligence durchführen wollen, was auf beiden Seiten Kapazitäten bindet und Kosten produziert. Dem Verkäufer muss bewusst sein, dass die Kosten des Käufers in den Kaufpreis eingepreist sind. Dem Käufer muss bewusst sein, dass er das wirtschaftliche Risiko des Zielunternehmens zwischen dem Stichtag der maßgeblichen Abrechnungsbilanz und dem Closing trägt. Die Verlässlichkeit der maßgeblichen Abrechnungsbilanz muss dementsprechend hoch sein; dies kann der Käufer durch entsprechende Bilanzgarantien absichern.

#### II. Closing Accounts

Im Falle der Vereinbarung eines Closing-Accounts-Mechanismus ist aus Käufersicht zu bedenken, dass die Einflussnahme zwischen Signing und Closing gering bis unmöglich ist. Das birgt Risiken. Der Verkäufer hat diverse Möglichkeiten die verschiedenen Bilanzposten in seinem Sinne zu beeinflussen. Bei der Gestaltung ist deshalb darauf zu achten, dass sowohl das vom Bruttokaufpreis in Abzug zu bringende Net Debt genau definiert als auch ein entsprechender Net-Working-Capital-Mechanismus installiert ist. In der Praxis hat sich etabliert, unter Rückgriff auf den Kontenrahmen der Zielgesellschaft eine vollumfassende Zuordnung der Konten zu den Positionen Net Debt, Net Working Capital, Fixed Assets sowie gegebenenfalls Others<sup>23</sup> vorzunehmen und diese dem SPA beizufügen. Daneben ist die Vereinbarung einer Past-Practice-Klausel und einer No-Leakage-Klausel üblich und sinnvoll. Diese schützen den Käufer vor außergewöhnlichen Transaktionen, aber auch vor einer Abweichung von bisherigen Bewertungs-

grundsätzen seitens des Verkäufers. Solchen Maßnahmen kann mit einem Genehmigungsvorbehalt seitens des Käufers begegnet werden.

Erfolgt die Erstellung der kaufpreisbestimmenden Closing Accounts auf Basis von Cash-free/Debt-free Bewertungen nach dem Übertragungsstichtag, hat dies für den Verkäufer zur Folge, dass er die Einflussmöglichkeit auf die Erstellung des Stichtagsabschlusses verliert. Zudem hat der Verkäufer sich damit abzufinden, dass er nicht gänzlich über den Kaufpreis verfügen kann, da er unter Umständen einen Teil des Kaufpreises an den Käufer rückzuführen hat. Der Verkäufer muss daher abwägen, ob er vorgenannte Risiken in Kauf nimmt, um damit einen potentiell höheren Kaufpreis zu erzielen, oder – unter Akzeptanz eines geringeren Kaufpreises – die Sicherheit des Locked-Box-Mechanismus vorzieht.

#### III. Earn Out

Grundsätzlich ermöglichen Earn-Out-Klauseln, unterschiedliche Kaufpreisvorstellungen von Käufer und Verkäufer einander anzunähern, da sie Unsicherheiten über die zukünftige wirtschaftliche Entwicklung des Zielunternehmens überwinden können.

Der Verkäufer kann so von positiven Entwicklungen des Zielunternehmens profitieren und möglicherweise einen höheren Kaufpreis erzielen – diesen aber erst zu einem weitaus späteren Zeitpunkt (vollständig) erhalten. Bei der Gestaltung ist darauf zu achten, dass entsprechende Schutzmechanismen vereinbart werden, um etwaigen Manipulationen des Käufers hinsichtlich der dem Earn Out zugrunde gelegten Parameter zu begegnen. Gerade bei nicht gesetzlich definierten Bezugsgrößen ist eine präzise Definition der Bezugsgrößen wichtig.<sup>24</sup> Außerdem müssen Regelungen zur Abwendung konzerninterner Transaktionen des Käufers oder Maßnahmen zur Umstrukturierung des Zielunternehmens getroffen werden, die eine Beurteilung der vereinbarten Bezugsgrößen unmöglich machen.

Für den Käufer hat der Earn Out den Vorteil, dass er nur dann einen angepassten Kaufpreis zu zahlen hat, wenn die positiven wirtschaftlichen Erwartungen in der Zukunft auch tatsächlich eingetreten sind. Andererseits muss er in der Regel gewisse Einschränkungen seiner unternehmerischen Freiheit während der Earn-Out-Periode in Kauf nehmen.

<sup>19</sup> Hierzu vertiefend: Bruski, BB-Special 2005, 19 ff.

<sup>20</sup> Hinsichtlich des Referenzwertes gilt es zu beachten, dass diesem als Basis, bezogen auf die Anpassung des Nettoumlaufvermögens, regelmäßig ein Jahresdurchschnittswert zugrunde gelegt wird (und sich dieser nicht aus der Jahresabschlussbilanz errechnet). Hintergrund ist das Bemühen, saisonale Schwankungen oder Sondereffekte auszugleichen.

<sup>21</sup> Hilgard, Earn-Out Klauseln beim Unternehmenskauf, BB 2010, 2912.

<sup>22</sup> CMS European M&A Study 2017.

<sup>23</sup> Hierunter fallen Konten, die vom Kaufpreismechanismus ausgeklammert werden sollen, da sie gesondert behandelt werden – z.B. über Garantien oder Freistellungen; oftmals sind das z.B. Steuerrückstellungen.

<sup>24</sup> Hier empfiehlt sich zusätzlich das Beifügen detaillierter Beispielsberechnungen.

### D. Praxistipp

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gestaltung der Kaufpreisklauseln in Unternehmenskaufverträgen stets einzelfallbezogen erfolgen sollte. Da sich hier jede Ungenauigkeit 1:1 in einem höheren oder niedrigeren Kaufpreis niederschlagen kann, ist bei der Gestaltung besondere Sorgfalt zu wahren. Von vermeintlich klaren Schlagworten sollte man sich nicht blenden lassen.



**Dr. Bernhard Noreisch**

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

noreisch@lutzabel.com



**Jan-Phillip Kunz**

\_ Rechtsanwalt  
\_ LL.M. (Trinity College Dublin)

kunz@lutzabel.com

# HANDELSRECHT

## Kampf ums Kleingedruckte: Wie AGB in Verträgen zwischen Unternehmen wirksam einbezogen werden

RA Dr. Marius Mann, MBA, M.Jur. (Oxford) | mann@lutzabel.com  
Nina Tanczer, Rechtsreferendarin

AGB werden insbesondere zwischen Unternehmen häufig nicht wirksam einbezogen. Grund dafür ist ein oftmals sorgloser Umgang mit den eigenen AGB oder handwerkliche Fehler bei der Einbeziehung eigener AGB, die auch mit fehlender Rechtskenntnis zusammen hängen.

Bezüglich der Anforderungen, die im Einzelfall an diese Einbeziehung zu stellen sind, herrscht zum Teil erhebliche Rechtsunsicherheit. Dies liegt u.a. daran, dass der Umfang und die Grenzen der Einbeziehungsvoraussetzungen wegen § 310 Abs. 1 BGB weitgehend durch die Rechtsprechung bestimmt und konkretisiert werden, was eine Fülle unübersichtlicher Entscheidungen unterschiedlicher Instanzgerichte und sogar BGH-Senate mit sich bringt. Die Digitalisierung und Beschleunigung der Kommunikation sowie die Internationalisierung der Vertragsbeziehungen und Warenströme verstärkt zudem das Aufkommen unterschiedlicher Einbeziehungskonstellationen.

Wir umreißen zunächst die grundsätzlichen Anforderungen an eine wirksame Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Verkehr und gehen anschließend auf einzelne praxisrelevante Einbeziehungskonstellationen ein.

### 1. Grundsatz

Im Grundsatz gilt: Die wirksame Einbeziehung von AGB auch im Verkehr zwischen Unternehmen bedarf einer sog. Einbeziehungsvereinbarung. Lieferant und Kunde, Käufer und Verkäufer oder Auftraggeber und Bauunternehmer müssen sich über die Einbeziehung von AGB in einen zwischen ihnen geschlossenen Vertrag einig sein. Die vertragliche Einigung der Vertragsparteien muss sich also auch auf die Einbeziehung der AGB erstrecken.

Getreu der Lehre von Angebot und Annahme und der Kongruenz zweier Willenserklärungen muss der AGB-Verwender grundsätzlich seinen Willen kundtun, den Vertrag unter Geltung seiner AGB abzuschließen (dies ist auch stillschweigend oder durch schlüssiges Verhalten möglich). Das Verhalten der anderen Vertragspartei muss als Einverständnis zu werten sein. Nach der Rechtsprechung des BGH muss der Vertragspartner in der Lage sein, sich über die AGB des Verwenders ohne Weiteres Kenntnis zu verschaffen. Anders als im nicht-gewerblichen Bereich (b2c) besteht jedoch zwischen Unternehmen (b2b) grundsätzlich keine Pflicht des AGB-Verwenders, dem Vertragspartner aktiv den Inhalt seiner AGB zu übermitteln.

Die Verschaffung der Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme durch den AGB-Verwender setzt einen zutreffenden Hinweis voraus, wo der Vertragspartner die AGB einsehen kann. Bei diesem Punkt ergeben sich zum Teil diffizile Abgrenzungsfragen, denn die Beschaffungsobliegenheit des Vertragspartners ist auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr nicht grenzenlos, wie wir nachfolgend anhand einzelner Konstellationen aufzeigen werden.

### 2. Der Ausgangsfall: Bestellung und Auftragsbestätigung

Bekanntermaßen werden Verträge auch zwischen Unternehmen durch Angebot und Annahme bzw. Bestellung und Bestellbestätigung abgeschlossen. Formerfordernisse sind grundsätzlich nicht einzuhalten. Dies gilt auch für die Einbeziehung von AGB zwischen Unternehmen. Es genügt also grundsätzlich die mündliche Einbeziehung von AGB, z.B. durch mündliche Inbezugnahme im Rahmen einer mündlichen Bestellung, die vom Vertragspartner ohne Ergänzungen oder Änderungen bestätigt wird (wobei

die Bestätigung z.B. auch wortlos durch Auslieferung der Bestellung erfolgen kann).

### 3. Modifizierende Auftragsbestätigung

Von einer sog. modifizierenden Auftragsbestätigung spricht man, wenn in einer Auftragsbestätigung erstmalig Bezug auf die AGB des Bestätigenden genommen wird. Im Rechtssinne liegt hierin eine Ablehnung des vom Besteller gemachten Angebotes verbunden mit einem neuen Angebot des Bestätigenden, welches auf Abschluss eines Vertrages unter Einbeziehung seiner AGB abzielt. Ein Vertragsschluss unter wirksamer Einbeziehung der AGB des Bestätigenden setzt nunmehr voraus, dass der Besteller diese modifizierte Auftragsbestätigung (neues Angebot) ausdrücklich annimmt, weshalb die widerspruchslose Entgegennahme hierfür grundsätzlich nicht ausreicht. Von einer stillschweigenden Annahme bzw. Einbeziehungsvereinbarung kann aber u.U. dann ausgegangen werden, wenn der Besteller die ihm angetragene Vertragsleistung widerspruchslos entgegennimmt, insbesondere wenn die Gegenseite vorher deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass sie nur unter ihren Bedingungen zur Leistung bereit ist. Insoweit bedarf es also eines weiteren Aktes, nämlich der widerspruchsfreien Entgegennahme der Vertragsleistung.

Von großer praktischer Bedeutung ist der Fall, dass die Vertragspartei, welche die Hauptleistung entgegennimmt (i.d.R. der Besteller), der Einbeziehung der in der Auftragsbestätigung bezeichneten AGB zwar nicht ausdrücklich widersprochen, aber in der vorgelagerten Korrespondenz (z.B. durch eine besondere Erklärung oder eine gegen abweichende AGB der anderen Partei gerichtete Abwehrklausel) deutlich gemacht hat, nicht unter den AGB seines Vertragspartners kontrahieren zu wollen. In dieser Konstellation kann sogar die widerspruchslose Leistungsannahme der Leistung nicht als Einverständnis mit den AGB des Bestätigenden ausgelegt werden. Verwenden Sie daher Abwehrklauseln.

### 4. Nachschieben von AGB

Grundsätzlich ungenügend ist es, AGB erst nach Vertragsschluss „nachzuschieben“, etwa durch einen erstmaligen Verweis auf die AGB im Lieferschein oder der Rechnung. Derartige nachgeschobene AGB werden allenfalls dann wirksam einbezogen, wenn der Lieferschein oder die Rechnung zugleich die Auftragsbestätigung darstellt und der Vertragspartner

erkennen lässt, dass er die Leistung (und damit auch die AGB) un widersprochen annimmt und die AGB damit auch gegen sich gelten lassen will, indem er z.B. zahlt oder die gelieferten Produkte nutzt.

Wer Zweifel an einer wirksamen Einbeziehung in jedem Fall schon im Grundsatz ersticken will, der sollte den Verweis auf AGB in der Bestellung nicht unterhalb der Unterschriftsleiste, sondern im Text platzieren. Ein zusätzlicher Abdruck der AGB, beispielsweise auf der Rückseite der Bestellung oder der Auftragsbestätigung ist im unternehmerischen Geschäftsverkehr dagegen nicht zwingend erforderlich, aber aus Gründen der Klarheit empfehlenswert.

### 5. Kommentarlos Übersendung von AGB

Enthält der Text einer Bestellung oder ggf. auch Auftragsbestätigung keinen Hinweis auf die eigenen AGB, so ist umstritten, ob diese durch kommentarlos Übersendung wirksam einbezogen sind. Grundsätzlich ist eine Einbeziehungsvereinbarung in solchen Fällen abzulehnen, wenn nicht im Einzelfall deutlich wird, dass der Vertragspartner mit der Geltung der AGB einverstanden ist.

Ausnahmen können z.B. im Rahmen von Handelsbräuchen oder bei Branchenüblichkeit gelten, wenn der Vertragspartner (Kunde) wusste oder wissen musste, dass der AGB-Verwender seinen Geschäftsabschlüssen AGB zugrunde zu legen pflegt, und der Vertragspartner ihre Anwendung nicht ausgeschlossen hat (sog. „wissen müssen“). Branchenüblichkeit wird zum Teil etwa im Rahmen von Speditions- oder Frachtgeschäften für die ADSp angenommen. Zum Handelsbrauch erstarkte AGB, wie etwa die Tegernseer Gebräuche im Holzhandel, werden ohne Einbeziehung Vertragsbestandteil; dies ist allerdings ein Ausnahme- und Sonderfall.

Um Unklarheit zu den eigenen Lasten zu vermeiden, sollte in der Bestellung oder Auftragsbestätigung klar und unmissverständlich auf die Geltung der eigenen AGB hingewiesen werden (und zwar im Text vor der Unterschriftszeile). Dies erhöht die Chance, dass die unwidersprochene Annahme der Leistung durch den Vertragspartner als stillschweigendes Einverständnis ausgelegt und eine wirksame Einbeziehungsvereinbarung zu Gunsten des AGB-Verwenders angenommen werden kann.

### 6. Erstmaler Hinweis auf die Geltung der AGB im Liefer- oder Transportschein

In den Fällen, in denen der Liefer- oder Transportschein erstmals einen Verweis auf AGB enthält, tritt zusätzlich das Problem auf, dass die Personen, die beim Empfänger mit den AGB konfrontiert werden (i.d.R. Mitarbeiter aus der Logistik), häufig nicht befugt sind, Verträge abzuschließen oder abzuändern. Ob die AGB einer zuständigen Person ausgehändigt wurden, hängt im Ergebnis davon ab, ob der entsprechende Mitarbeiter sog. Wissensvertreter ist.

Wissensvertreter ist jeder, der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn (Unternehmers) dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen, zur Kenntnis zu nehmen und ggf. weiterzugeben (BGH, Urteil vom 24.01.1992, Az.: V ZR 262/90). Im Einzelfall kommt es daher auf die Größe und Organisationsstruktur des Unternehmens und die Stellung, Funktion und Aufgabenzuweisung des Mitarbeiters an, der die AGB (d.h. den Liefer- oder Transportschein) erhält.

### 7. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Grundsätzlich ist auch die Einbeziehung von AGB durch Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben möglich. Denn in einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben liegt, anders als bei der modifizierenden Auftragsbestätigung kein neues, eigenständiges Angebot, das der Annahme bedarf. Vielmehr kommt der Vertrag mit dem im kaufmännischen Bestätigungsschreiben genannten Inhalt zustande, wenn die andere Partei nicht rechtzeitig widerspricht und das Bestätigungsschreiben im Wesentlichen das wiedergibt, was in den vorausgegangenen Verhandlungen zwischen den Parteien besprochen wurde.

Wird in einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben also erstmals auf die AGB des Bestätigenden Bezug genommen, können diese folglich bereits durch das bloße Schweigen des Vertragspartners in den Vertrag mit einbezogen werden, selbst dann, wenn die AGB nicht beigefügt sind.

Für eine wirksame Einbeziehung von AGB durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben muss klar und deutlich auf die AGB hingewiesen worden sein. Die bloße Beifügung oder der Abdruck der AGB ohne entsprechenden Hinweis genügt i.d.R. nicht.

### 8. Vertragsschlüsse über das Internet

Sofern Verträge mittels moderner Kommunikationsmittel (z.B. E-Mail, SMS, Facebook, Instagram, oder WhatsApp) geschlossen werden, gilt zwischen Unternehmern nichts anderes als beim Vertragsschluss mittels Fax oder Brief. Der AGB-Verwender muss auf die Geltung seiner AGB hinweisen und dem Vertragspartner in zumutbarer Weise die Möglichkeit zur Kenntniserlangung der AGB verschaffen. Gleiches gilt auch für Internet-Bestellplattformen, Händler-Bestellportale und virtuelle Marktplätze. Es ist anerkannt, dass bei einem auf elektronischem Wege geschlossenen Vertrag die Einbeziehung von AGB auch durch das sog. „click wrapping“, also das Anklicken von Masken auf einer Internetseite, möglich ist (EuGH, Urteil vom 21.05.2015, Az.: C-322/14).

### 9. Einbeziehung künftiger AGB-Fassungen (dynamischer Verweis)

Problematisch ist der in der Praxis gebräuchliche Hinweis in Rahmenvereinbarungen, dass die AGB des Verwenders für die künftig unter dem Rahmenvertrag abzuschließenden Einzelkaufverträge „in ihrer jeweils gültigen Fassung“ zur Anwendung gelangen sollen, ohne dass diese Fassung bei Abschluss der Rahmenvereinbarung beigefügt (oder zumindest bekannt) wäre.

Ob in dieser dynamischen Verweisung eine wirksame Einbeziehung künftiger AGB-Fassungen des Verwenders gesehen werden kann, ist umstritten. Da im Geschäftsverkehr weniger strenge Anforderungen an die Einbeziehung von AGB gelten, wird man dynamische Verweise zumindest dann als wirksam einbezogen betrachten dürfen, wenn der Verwender den Vertragspartner auf die neue Fassung seiner AGB hinweist. Hierfür muss ein formloser Hinweis ausreichen. Anderenfalls würden für die Einbeziehung der neuen AGB-Fassung im Ergebnis strengere Anforderungen gelten als für die Einbeziehung der Ursprungsfassung. Dies würde die allgemeinen Grundsätze der Einbeziehung von AGB im kaufmännischen Verkehr überspannen.

Ausreichend ist ein Telefonat, eine sonstige mündliche Äußerung, eine E-Mail oder ein Schreiben mit dem Hinweis, (i) dass eine (konkrete) Änderung der AGB erfolgt ist, und (ii) wo die geänderten AGB eingesehen werden können (z.B. Homepage). Am klarsten und sichersten ist aber stets die unaufgeforderte Übermittlung der geänderten AGB mit einem entsprechenden Hinweisschreiben.

## 10. Einbeziehung von AGB unter einem Rahmenvertrag

Rahmen- oder Lieferverträge, die den Rahmen für eine laufende Lieferbeziehung abstecken, enthalten häufig den Hinweis, dass ergänzend zu der Rahmenvereinbarung die AGB einer Vertragspartei (beispielsweise des Verkäufers) Anwendung finden. Eine solche Vereinbarung ist ohne Weiteres möglich, sofern der Rahmenvereinbarung der ausdrückliche Wille des Verwenders entnommen werden kann, dass seine AGB für künftige Rechtsgeschäfte (beispielsweise Einzelkaufverträge unter dem Rahmenvertrag) gelten sollen, was üblicherweise der Fall ist.

Der Vertragspartner muss sich selbstverständlich mit der Geltung der AGB für künftige Rechtsgeschäfte einverstanden erklären. Dieses Einverständnis ist mit der Unterzeichnung der Rahmenvereinbarung erteilt.

Verweist ein Rahmenvertrag auf AGB, sollten diese als Anlage beigelegt werden, um Streitigkeiten über die bei Vertragsabschluss geltende AGB-Fassung zu vermeiden. Zudem ist eine Klausel empfehlenswert, welche die Geltungsreihenfolge des Rahmenvertrags selbst zu den als Anlage beigelegten AGB und weiterer Dokumente und Anlagen regelt. In der Praxis zeigt sich immer wieder, dass es zwischen den Regelungen des Rahmenvertrags und den einzelnen AGB-Klauseln häufig zu Abweichungen oder Doppelungen kommt. Eine Vertragsklausel, der beispielsweise zu entnehmen ist, dass in erster Linie die Regelungen des Rahmenvertrags gelten und nachrangig – also ergänzend – die AGB, vermeidet Unklarheiten, die im Zweifel zu Lasten des AGB-Verwenders gehen würden.

## 11. Erstreckungsklauseln

Unter einer Erstreckungsklausel ist eine Klausel zu verstehen, nach der die betreffenden AGB auch sämtlichen zukünftigen Verträgen zwischen den Parteien zugrunde liegen sollen. Im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen (z.B. Rahmenverträgen) können derartige Bestimmungen problemlos getroffen werden. Dies gilt nicht in gleichem Maße für Einzelschuldverhältnisse, z.B. einen Kauf- oder Werkvertrag. Denn beim Abschluss eines gewöhnlichen Kaufvertrags ist nicht damit zu rechnen, dass Bestimmungen aus diesem Einzelschuldverhältnis in Zukunft – also über die Abwicklung des Kaufgeschäfts hinaus – Wirkung entfalten sollen. AGB-Erstreckungsklauseln in Einzelschuldverhältnissen sind daher grundsätzlich

überraschend und werden nicht Vertragsbestandteil (§ 305c Abs. 1 BGB). Etwas anderes gilt freilich, wenn die Parteien eine Individualvereinbarung treffen oder das Verhalten der Parteien auf eine längere Zusammenarbeit abzielt und der Abschluss des Kaufvertrags lediglich den Beginn einer faktisch gelebten Dauerschuldbeziehung markiert.

## 12. Wiederkehrende Hinweise in laufenden Geschäftsverbindungen

Die Frage nach einer wirksamen Einbeziehung von AGB kann sich im Rahmen laufender Geschäftsverbindungen auch dann stellen, wenn in dieser Geschäftsverbindung einer der Unternehmer einen immer wiederkehrenden Hinweis auf die AGB des Verwenders (z.B. in Rechnungen) unwidersprochen gelassen hat. In diesem Fall können die AGB des Verwenders auch dann Vertragsbestandteil werden, wenn er auf sie bei einem konkret in Frage stehenden Vertragsschluss nicht erneut hingewiesen hat. Darüber hinaus können durch wiederkehrende Hinweise im Rahmen einer laufenden Geschäftsverbindung auch neue, im Vergleich zu vergangenen Vertragsschlüssen abgeänderte AGB zum Inhalt eines nachfolgenden Vertrages gemacht werden (zu Einzelheiten Mann, BB 2017, 2178 [2181]).

## 13. Kollidierende AGB

Die rechtliche Behandlung sich widersprechender, kollidierender AGB ist gerade im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern von enormer praktischer Relevanz. Da jeder Unternehmer regelmäßig nur zu den Konditionen seiner eigenen, für ihn günstigen AGB abschließen will, kommt es im Rahmen der Einbeziehung von AGB besonders häufig zu Widersprüchen zwischen den jeweils in Bezug genommenen AGB der Vertragsparteien. Typische Konstellation sind Verkaufs- und Lieferbedingungen einerseits sowie Einkaufsbedingungen andererseits, die sich widersprechen. Einigkeit besteht in solchen Fällen dahingehend, dass jedenfalls das Zustandekommen des Vertrages nicht an der fehlenden Einigung der Parteien über die Frage der Geltung der einen oder der anderen AGB scheitern soll. Dies gilt erst recht dann, wenn die Parteien den Vertrag umsetzen. Der Vollzug des Vertrags zeigt nämlich, dass die Parteien den Vertragsschluss nicht an einer fehlenden Einigung über die Geltung der AGB scheitern lassen wollen.

Damit ist allerdings noch nicht die Frage geklärt, mit welchem Inhalt – insbesondere unter Geltung wel-

cher AGB – der Vertrag zustande kommt. Soweit sich die AGB der beiden Vertragsparteien decken, werden sie Vertragsbestandteil. Soweit sich die jeweiligen AGB-Klauseln dagegen widersprechen, werden sie nicht Vertragsinhalt. Nach dem Rechtsgedanken des § 306 Abs. 2 BGB sind stattdessen die gesetzlichen Vorschriften anzuwenden. Durch dieses „Prinzip der Kongruenzgeltung“ wird dem Willen der Parteien größtmöglich Rechnung getragen.

## 14. Einbeziehung von AGB in grenzüberschreitenden Fällen

Die vorstehend genannten Grundsätze gelten auch für Vertragsschlüsse mit Auslandsberührung, wenn deutsches Recht anwendbar ist. Welches Recht anwendbar ist, beurteilt sich in Ermangelung einer wirksamen Rechtswahl und der Unanwendbarkeit einschlägiger Konventionen (wie etwa des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf) nach den Regelungen der Rom I-Verordnung (Verordnung (EG) Nr. 593/2008) namentlich den Art. 3 ff.

Für eine wirksame Einbeziehung von AGB im Rahmen grenzüberschreitender Vertragsabschlüsse stellt sich neben der Frage des anwendbaren Rechts eine weitere praktische Frage: die Frage nach Sprache und Verständlichkeit der AGB und des Hinweises darauf. Gehören AGB-Verwender und ausländischer Vertragspartner unterschiedlichen Sprachkreisen an, stellt sich mit Blick auf das Erfordernis der Verständlichkeit die Frage, in welcher Sprache der Hinweis auf die AGB und der zu übermittelnde AGB-Text abgefasst sein müssen. Jedenfalls ausreichend ist es, wenn die AGB in der Heimatsprache des ausländischen Vertragspartners oder in der Verhandlungssprache abgefasst sind. Überwiegend wird auch davon ausgegangen, dass die AGB-Fassung in einer Weltsprache (vor allem Englisch) genügen, insbesondere auch dann, wenn der ausländische Vertragspartner den Anschein erweckt hat, die entsprechende (Welt-)Sprache zu verstehen, beispielsweise durch den Austausch von Vertragsentwürfen bzw. Korrespondenz in der entsprechenden Sprache. In jedem Fall zurechnen lassen muss sich die Vertragspartei die Sprachkenntnisse eines eingeschalteten Vertreters oder einer sonstigen Hilfsperson (etwa eines Dolmetschers).

## 15. Einbeziehung von AGB unter Geltung des UN-Kaufrechts (CISG)

Sofern auf ein Vertragsverhältnis UN-Kaufrecht an-

wendbar ist, richtet sich die Einbeziehung von AGB ausschließlich nach UN-Kaufrecht, Art. 14, 18 CISG. Obwohl das CISG keine besonderen Regelungen für die Einbeziehung von AGB in einen Vertrag enthält, ist nach Art. 8 CISG durch Auslegung zu ermitteln, ob AGB Bestandteil eines Vertrages sind, der unter Geltung des UN-Kaufrechts abgeschlossen wurde. Der BGH hat klargestellt, dass für das Vorliegen einer wirksamen Einbeziehungsvereinbarung auch unter Anwendung des UN-Kaufrechts erforderlich ist, dass der Vertragspartner des AGB-Verwenders die Möglichkeit hat, von den AGB in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen. Dies setzt voraus, dass (i) für den Vertragspartner erkennbar ist, dass der Verwender seine AGB in den Vertrag einbeziehen möchte und (ii) der Verwender dem Vertragspartner den Text der AGB übersendet oder anderweitig zugänglich macht (BGH, Urteil vom 31.10.2001, Az.: VIII ZR 60/01).

Diese Rechtsprechung zeigt, dass das UN-Kaufrecht höhere Maßstäbe an die Einbeziehung von AGB stellt, als das deutsche Recht dies tut. Während der AGB-Verwender im unternehmerischen Rechtsverkehr für die Einbeziehung von AGB nach deutschem Recht seinem Vertragspartner lediglich die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme verschaffen muss, fordert das UN-Kaufrecht die Übersendung der AGB oder eine anderweitige Zugänglichmachung. Die Beschaffungsobliegenheit des Vertragspartners, die im deutschen Recht besteht, wird unter Geltung des UN-Kaufrechts zu einer Verschaffungsobliegenheit des AGB-Verwenders.

## 16. Zusammenfassung

a) Für die Einbeziehung von AGB zwischen Unternehmern bedarf es einer Einbeziehungsvereinbarung, also einer Vereinbarung, die sich auf die Geltung der AGB des Verwenders erstreckt. Ob eine solche vorliegt, hängt maßgeblich davon ab, ob der Vertragspartner nach der Einbeziehungserklärung des AGB-Verwenders eine Willenserklärung abgibt (was auch stillschweigend möglich ist), aus der geschlossen werden kann, dass er mit der Geltung der AGB des Verwenders einverstanden ist. Dies muss im Zweifel durch Auslegung ermittelt werden.

b) Als pauschale und praktische Orientierungshilfe gilt folgendes: Verweist der AGB-Verwender auf die Geltung seiner AGB, muss der Vertragspartner eine Reaktion zeigen, die als Wille dahingehend ausgelegt werden kann, dass der Vertrag unter Geltung der AGB des Verwenders durchgeführt wird. Eine sol-

che Reaktion kann entweder in einer ausdrücklichen Zustimmung oder aber vor allem auch darin liegen, dass der Vertragspartner die gelieferte Leistung annimmt und/oder nutzt, die Rechnung bezahlt oder Mängelgewährleistungsrechte geltend macht. Nicht ausreichend ist bloßes Schweigen des Vertragspartners (eine Ausnahme gilt für das kaufmännische Bestätigungsschreiben).

c) Im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern ist für die Einbeziehung von AGB grundsätzlich nicht erforderlich, dass der AGB-Verwender die AGB dem Vertragspartner übergibt. Ausreichend ist ein eindeutiger Hinweis auf die Geltung der AGB (möglichst auf der Vorderseite des Vertragsdokuments vor der Unterschriftenzeile). Im Übrigen muss der AGB-Verwender dem Vertragspartner lediglich die Möglich-

keit zumutbarer Kenntnisnahme verschaffen. Eine Ausnahme gilt für Verträge, die unter Geltung des UN-Kaufrechts abgeschlossen werden. Insoweit müssen die AGB dem Vertragspartner übergeben werden oder anderweitig aktiv zugänglich gemacht werden.



**Dr. Marius Mann**

\_ Rechtsanwalt  
\_ M. Jur. (Oxford)

mann@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](mailto: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](mailto:muenchen@lutzabel.com)

#### **Hamburg**

Caffamacherreihe 8 · 20355 Hamburg  
Telefon +49 40 3006996-0  
Telefax +49 40 3006996-99  
[hamburg@lutzabel.com](mailto:hamburg@lutzabel.com)

#### **Stuttgart**

Heilbronner Straße 72 · 70191 Stuttgart  
Telefon +49 711 252890-0  
Telefax +49 711 252890-7799  
[stuttgart@lutzabel.com](mailto:stuttgart@lutzabel.com)

[www.lutzabel.com](http://www.lutzabel.com)



