

LUTZ | ABEL

RECHT AKTUELL

04/2017

RECHT AKTUELL 04/2017

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

das Jahr 2017 war für LUTZ | ABEL wieder ein bewegtes Jahr, in dem wir auf die Weiterentwicklung unseres Teams und die erfolgreiche Zusammenarbeit mit unseren Mandanten zurückblicken können. Ganz besonders durch diese Zusammenarbeit ist es uns u.a. gelungen, Kanzlei des Jahres für den Mittelstand (JUVE Awards 2017) zu werden. Das gesamte Kanzleiteam möchte sich auf diesem Weg nochmals herzlich bei allen bedanken, die diesen schönen Erfolg möglich gemacht haben.

Zum Jahresende dürfen wir Ihnen mit Frau Rechtsanwältin Anne-Christine Wieler ein neues Mitglied unseres Vergaberechts Teams vorstellen. Frau Wieler verstärkt seit dem 1. Dezember den Münchner Standort der Kanzlei.

Lassen Sie sich nun auf den folgenden Seiten dieser Ausgabe von Recht Aktuell von den Kolleginnen und Kollegen aus unterschiedlichen Fachbereichen über neue Entwicklungen und aktuelle Gerichtsentscheidungen informieren. Außerdem finden Sie die aktuellen Veranstaltungshinweise der Kanzlei, insbesondere die Termine unserer LUTZ | ABEL Frühstücksveranstaltungen, zu denen wir Sie herzlich einladen. Für Fragen stehen Ihnen die Autoren sowie das gesamte LUTZ | ABEL Team gerne zur Verfügung.

Wir wünschen Ihnen ein frohes Weihnachtsfest, geruhsame Feiertage und einen guten Start in das Jahr 2018.

Herzliche Grüße

Ihre LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH

VERANSTALTUNGEN

ARBEITSRECHT

Update Arbeitsrecht 2018

25. Januar 2018 in München
01. Februar 2018 in Stuttgart
08. Februar 2018 in Hamburg

Dr. Philipp Byers

Der neue Beschäftigtendatenschutz

BECK Seminar

25. April 2018 in München
25. September 2018 in Frankfurt a. M.

Dr. Philipp Byers

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

BAURECHT

Neues Bauvertragsrecht 2018

18. Januar 2018 in Hamburg

Katharina Bold, Julian Stahl,
Dr. Robert Castor

COMMERCIAL

Vertriebs- und Händlerverträge - typische Probleme bei Vertragsabschluss und Beendigung

08. Februar 2018 in Stuttgart

Dr. Marius Mann, M.Jur (Oxford)

GESELLSCHAFTSRECHT

Einstweilige Verfügung im Gesellschafterstreit

MAV & Schweitzer Seminare

28. Februar 2018 in München

Dr. Reinhard Lutz

Weitere Informationen finden Sie unter www.mav-service.de

GESELLSCHAFTSRECHT

Gesellschafterstreit – Typische Konfliktfelder

BECK Seminare

15. März 2018 in Düsseldorf
22. November 2018 in Mannheim

Dr. Reinhard Lutz,
Dr. Christian Dittert

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

Gesellschafterstreit im Prozess

BECK Seminare

16. März 2018 in Düsseldorf
23. November 2018 in Mannheim

Dr. Reinhard Lutz,
Dr. Christian Dittert

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

KONTAKT

Für Fragen zu den Veranstaltungen und zur Anmeldung stehen Ihnen die Referenten sowie Maximilian Schmidt-Pauly (Telefon: +49 89 544 147-0, E-Mail: schmidt-pauly@lutzabel.com) gerne zur Verfügung.

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

INHALTSVERZEICHNIS

Arbeitsrecht		
8	Einsatz von Privatdetektiven zur Überwachung von Arbeitnehmern	Kathrin Wenzel
Beihilfen- und Kartellrecht		
11	Verböserung im Beschwerdeverfahren: OLG Düsseldorf erhöht nachträglich Bußgelder gegen zwei am Tapetenkartell beteiligte Unternehmen	Christoph Richter
Commercial		
14	Zahlungsklagen gegen ausländische Kunden: Rechtsdurchsetzung gegen Vertragspartner im Ausland	Dr. Marius Mann, M.Jur (Oxford)
Gesellschaftsrecht		
17	Managerhaftung und D&O-Versicherung: gefährliche Lücken im Versicherungsschutz!	Dr. Kilian K. Eßwein
19	Neues aus dem Vereinsrecht: Vereinsklassenabgrenzung und Gemeinnützigkeit – BGH, Beschluss vom 16.05.2017 – II ZB 7/16 (Kindertagesstätten)	Dr. Bernd Fluck
Mietrecht		
23	Unwirksamkeit von Schriftformheilungsklauseln im Gewerberaummietvertrag	Sebastian Schreiber, LL.M.

Bitte beachten Sie die in vielen Fällen drohende Jahresendverjährung zum 31. Dezember 2017. Bitte prüfen Sie Ihre Unterlagen auf Ansprüche, die möglicherweise von der Verjährung betroffen sein könnten. Dies sind vor allem solche Ansprüche, die im Jahr 2014 entstanden sind und der gesetzlichen, dreijährigen Regelverjährung unterliegen. Gerne unterstützen wir Sie dabei, mögliche Ansprüche zu identifizieren und mit rechtzeitigen Maßnahmen einen drohenden Verjährungseintritt zu verhindern.

ARBEITSRECHT

Einsatz von Privatdetektiven zur Überwachung von Arbeitnehmern

RAin Kathrin Wenzel | wenzel@lutzabel.com

Zur Aufklärung von Pflichtverstößen ihrer Arbeitnehmer ziehen Arbeitgeber auch immer wieder externe Ermittler wie Privatdetektive hinzu. Der Einsatz von Privatdetektiven dient dabei oftmals der Aufklärung von Mitarbeiterstraftaten wie Diebstählen. Detektive kommen aber auch häufig dann zum Einsatz, wenn der Arbeitgeber kontrollieren möchte, ob der angeblich arbeitsunfähige Mitarbeiter tatsächlich erkrankt ist. Der Einsatz von Privatdetektiven zur Überwachung von Arbeitnehmern ist rechtlich jedoch nicht unproblematisch.

1. Rechtliche Ausgangslage

Der Einsatz eines Detektivs greift meist erheblich in das Persönlichkeitsrecht des betroffenen Arbeitnehmers ein. Dies folgt bereits daraus, dass der Detektiv den betroffenen Mitarbeiter in der Regel verdeckt observiert, da andernfalls eine wirkungsvolle Verdachtsaufklärung kaum möglich ist. Damit findet letztlich eine heimliche Kontrolle des betroffenen Arbeitnehmers statt, die nur unter strengen Voraussetzungen zulässig erfolgen kann. So müssen ein konkreter Verdacht einer Straftat oder einer schwerwiegenden Pflichtverletzung bestehen, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ausgeschöpft sein und die heimliche Überwachung durch den Detektiv letztlich das einzig verbleibende Mittel darstellen. Zudem darf der Einsatz eines Detektivs insgesamt nicht unverhältnismäßig sein.

In Fällen, in denen die Mitarbeiterkontrolle durch den Detektiv rechtswidrig erfolgt, stellt sich regelmäßig die Frage nach einem prozessualen Beweisverwertungsverbot. Der Einsatz eines Privatdetektivs erfolgt in der Regel zur Aufklärung einer Straftat oder einer schweren Pflichtverletzung des Mitarbeiters. Nach Feststellung eines arbeitsvertraglichen Pflichtverstößes durch den Privatdetektiv wird der Arbeitgeber in den meisten Fällen eine Kündigung gegen den betroffenen Arbeitnehmer aussprechen.

Damit der Arbeitgeber die Wirksamkeit der Kündigung begründen kann, ist er regelmäßig darauf angewiesen, die durch die Observation gefundenen Ergebnisse als Beweismittel in einem Kündigungsschutzprozess zu verwerten.

2. Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 29.06.2017

Das Bundesarbeitsgericht („BAG“) musste sich in seinem Urteil vom 29.06.2017 (Az.: 2 AZR 597/16) mit der Frage befassen, ob die aus einer Observation des Arbeitnehmers gewonnenen Erkenntnisse in einem Kündigungsschutzprozess vom Arbeitgeber verwertet werden können. Das LAG Baden-Württemberg hatte zuvor in seinem Urteil vom 20.07.2016 (Az.: 4 Sa 61/15) die Berücksichtigung der von einem Privatdetektiv gewonnenen Erkenntnisse abgelehnt, da die Überwachung durch den Privatdetektiv datenschutzrechtlich unzulässig gewesen sei. Das LAG Baden-Württemberg war der Ansicht, der Wortlaut des § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG rechtfertige es nicht, konkrete Ermittlungen bei Verdachtsmomenten einer schweren, aber nicht strafbaren Verfehlung des Arbeitnehmers zu erlauben. Die Kontrolle von Arbeitnehmern sei lediglich bei einem konkreten Verdacht einer Straftat zulässig. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut des § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG, der nur von einer „Aufdeckung von Straftaten“ ausgehe. Eine Anwendung des Erlaubnistatbestands aus § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG lehnte das LAG Baden-Württemberg ab, da § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG im Falle eines Verdachts einer schweren Pflichtverletzung eine Sperrwirkung hinsichtlich § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG habe. Dieser Auffassung erteilte das BAG in seinem Urteil vom 29.06.2017 eine deutliche Absage. Nach Auffassung des BAG kann eine vom Arbeitgeber veranlasste verdeckte Überwachung durch einen Privatdetektiv zur Aufdeckung eines konkreten Verdachts einer schwerwiegenden Pflichtverletzung des betroffenen Arbeitnehmers nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG zulässig sein.

a) Sachverhalt

Die Beklagte stellt Stanzwerkzeuge und Stanzformen her. Der seit 1978 bei der Beklagten beschäftigte Kläger war im Jahr 2014 mehrere Male arbeitsunfähig erkrankt. Seit Januar 2015 war der Kläger durchgehend arbeitsunfähig. Die Beklagte zahlte dem Kläger bis zum 02.03.2015 sein Gehalt nach den Voraussetzungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes. Ende Mai 2015 erfuhr ein Geschäftsführer der Beklagten, dass die M GmbH, ein 2013 gegründetes Unternehmen der Söhne des Klägers, eine Kundin der Beklagten darüber informiert hat, dass sie als Familienunternehmen Stanzformen verkaufe und der Kläger diese seit 38 Jahren montiere und sehr gut in seinem Fach sei. Die Beklagte gab dem Kläger Gelegenheit zur Stellungnahme wegen des Verdachts wettbewerbswidriger Konkurrenzfähigkeit und des Vortäuschens einer Erkrankung. Der Kläger äußerte sich hierzu jedoch nicht. Daraufhin beauftragte die Beklagte ein Detektivbüro, um ihrem Verdacht hinsichtlich einer wettbewerbswidrigen Konkurrenzfähigkeit sowie des Vortäuschens einer Arbeitsunfähigkeit durch den Kläger weiter nachzugehen. Aufgrund der Ermittlungen des Privatdetektivs sah die Beklagte ihren Verdacht bestätigt und kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 11.06.2015 außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich. Die gegen diese außerordentlich fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung gerichtete Kündigungsschutzklage hatte vor dem Arbeitsgericht keinen Erfolg. Das LAG Baden-Württemberg gab der Klage jedoch statt. Mit ihrer Revision begehrte die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Auf die Revision der Beklagten hob das BAG das Urteil des LAG Baden-Württemberg auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung an das LAG zurück.

b) Entscheidungsgründe

Nach Auffassung des BAG beruhte die Entscheidung des LAG auf einer rechtsfehlerhaften Anwendung von § 286 ZPO i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 GG und § 32 Abs. 1 BDSG. Das vom LAG Baden-Württemberg angenommene Beweisverwertungsverbot ist nach Auffassung des BAG nicht gegeben. Anders als vom LAG angenommen, waren die Detektivermittlungen nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG zulässig. Bei der vorliegenden Observation des Klägers durch einen Detektiv handelte es sich um eine zulässige Datenerhebung. Sofern die Datenerhebung nicht der Aufdeckung von Straftaten im Sinne von § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG dient, kommt eine Datenerhebung aus sonstigen Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses im Sinne von § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG in Betracht. § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG

hat keine Sperrwirkung hinsichtlich § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG. Nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG dürfen Daten eines Beschäftigten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Durchführung oder die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses notwendig ist. Zur Durchführung gehört auch die Kontrolle, ob der Arbeitnehmer seinen arbeitsvertraglichen Pflichten nachkommt. Zum Tatbestand der Beendigung im Sinne der Kündigungsvorbereitung gehört die Aufdeckung einer Pflichtverletzung, die die Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen kann. Der Wortlaut des § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG enthält keine Einschränkung, wonach der Verdacht einer im Beschäftigungsverhältnis verübten Straftat bestehen muss.

Das BAG stellte jedoch auch zutreffend fest, dass der mit einer Datenerhebung verbundene Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers auch im Rahmen von § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren muss. Dies setzt voraus, dass der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Überwachung durch den Detektiv sowie einen konkreten Verdacht einer strafbaren Handlung bzw. einer schwerwiegenden Pflichtverletzung durch den Arbeitnehmer hat. Aufgrund des meist verdeckt erfolgenden Kontrolleinsatzes können Arbeitgeber Detektive damit nicht zu präventiven Zwecken einsetzen. Wegen der Schwere der Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung muss ein konkreter Verdacht hinsichtlich einer Straftat oder einer schweren Pflichtverletzung gegen den Arbeitnehmer vorliegen. Der Verdacht muss dabei bereits vor der Hinzuziehung des Detektivs bestehen. Es ist nicht ausreichend, dass der Verdacht erst durch die externen Ermittlungen begründet wird. Der Detektiveinsatz muss für den Arbeitgeber praktisch das letzte Mittel darstellen, um den Tatverdacht aufzuklären zu können. Eine verdeckte Ermittlung „ins Blaue hinein“ ist dem Arbeitgeber damit nicht gestattet.

Hinzu kommt, dass eine Observation des Mitarbeiters durch den Detektiv vor dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stets nur zeitlich begrenzt erfolgen darf. Der zeitliche Rahmen einer solchen Ermittlung darf nicht länger andauern, als dies zur wirkungsvollen Aufklärung des Tatverdachts im konkreten Einzelfall erforderlich ist. Vor diesem Hintergrund wird eine heimliche Überwachung des Arbeitnehmers in der Regel nicht länger als zwei Wochen andauern dürfen. Zudem ist zu beachten, dass die Kontrolle während dieses Zeitraums nicht ununterbrochen stattfinden darf. Klärt sich der Verdacht auf oder zeigt

sich, dass die Überwachung zu keinem tauglichen Ermittlungsergebnis führt, ist der Einsatz des Privatdetektivs durch den Arbeitgeber unverzüglich einzustellen. Zudem darf der Privatdetektiv die Privatsphäre des Mitarbeiters nicht nachhaltig ausspähen.

3. Praxishinweis

Trotz des Urteils des BAG kann Arbeitgebern vor einem leichtfertigen Einsatz von Privatdetektiven zur Überwachung ihrer Mitarbeiter nur abgeraten werden. Vor der Beauftragung eines Privatdetektivs muss stets im Einzelfall geprüft werden, ob ein konkreter Verdacht hinsichtlich der Begehung einer Straftat oder einer schwerwiegenden Pflichtverletzung vorliegt und diesem Verdacht nicht anderweitig nachgegangen werden kann. Nur wenn kein milderer Mittel zur Aufklärung des Verdachts besteht, kann die Observation des Arbeitnehmers durch einen Detektiv gerechtfertigt sein. Arbeitgeber müssen bei der Hinzuziehung eines Detektivs berücksichtigen, dass sie sich die Überwachung durch den Privatdetektiv zurechnen lassen müssen. Dies hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer beispielsweise Schmerzensgeldansprüche,

die ihm aufgrund von Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch den Detektiveinsatz zustehen, gegen den Arbeitgeber geltend machen kann.

Erweist sich der Detektiveinsatz dagegen als zulässig und bestätigt sich der Tatverdacht gegen den Mitarbeiter, kommt ein wirksamer Kostenerstattungsanspruch des Arbeitgebers gegen den betreffenden Arbeitnehmer in Betracht. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer, dem ein Pflichtverstoß nachgewiesen wird, unter Umständen dem Arbeitgeber die durch den Detektiveinsatz entstandenen Kosten ersetzen muss.



Kathrin Wenzel

– Rechtsanwältin
– Fachanwältin für Arbeitsrecht

wenzel@lutzabel.com

BEIHILFEN- UND KARTELLRECHT

Verböserung im Beschwerdeverfahren: OLG Düsseldorf erhöht nachträglich Bußgelder gegen zwei am Tapetenkartell beteiligte Unternehmen

RA Christoph Richter | richter@lutzabel.com

Das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf hat in einem aktuellen Urteil – ausschließlich auf Grund einer abweichenden Berechnungsmethode – nachträglich Bußgelder, die das Bundeskartellamt (BKartA) gegen zwei am Tapetenkartell beteiligte Unternehmen verhängt hatte, spürbar erhöht (OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.10.2017, Az.: V-2 Kart 1/17; Entscheidungsgründe bisher unveröffentlicht, vgl. Pressemitteilung Nr. 32/2017).

1. Die Entscheidung

Das BKartA hatte im Jahr 2014 wegen kartellrechtswidriger Preisabsprachen Bußgelder in Gesamthöhe von EUR 17 Mio. gegen vier Hersteller von Tapeten, deren Verantwortliche sowie den Verband der Deutschen Tapetenindustrie verhängt. Die kartellbeteiligten Unternehmen hatten zwischen 2005 und 2008 auf Verbandstagungen mehrfach Preiserhöhungen zu Lasten ihrer Kunden abgesprochen (vgl. BKartA, Pressemitteilung vom 25.02.2014).

Zwei der kartellbeteiligten Unternehmen hatten gegen die Bußgeldbescheide des BKartA Beschwerde vor dem OLG Düsseldorf eingelegt. Das Gericht bestätigte in seinem Urteil nicht nur die vom BKartA festgestellten Kartellverstöße, sondern erhöhte zugleich auch die Bußgelder gegen die beiden Unternehmen: Gegen ein Unternehmen und dessen Verantwortliche erhöhte sich das Bußgeld von EUR 10,5 Mio. auf EUR 13,9 Mio., gegen ein anderes Unternehmen von EUR 3,8 Mio. auf EUR 5,5 Mio.

Der Grund für die Erhöhung bestand dabei nicht etwa in einer anderen tatbezogenen Würdigung der festgestellten Verhaltensweisen, sondern lediglich darin, dass das Gericht bei der Bemessung der Kar-

tellbußgelder den weltweiten Konzernumsatz der betroffenen Unternehmen als Bußgeldrahmen zu Grunde gelegt hat und nicht nur, wie das Bundeskartellamt, den von den Preisabsprachen betroffenen Umsatz.

2. Hintergrund

Die gesetzliche Obergrenze des Bußgeldrahmens für schwere Kartellordnungswidrigkeiten, für die das BKartA gegen ein Unternehmen ein Bußgeld verhängen kann, beträgt bei vorsätzlicher Zuwiderhandlung 10 % des im Geschäftsjahr vor der Behördenentscheidung erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (§ 81 Abs. 4 S. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB), bei fahrlässiger Zuwiderhandlung 5 % des erzielten Gesamtumsatzes (§ 17 Abs. 2 des Ordnungswidrigkeitengesetzes – OWiG). Hierbei wird auf den weltweiten Konzernumsatz der sog. wirtschaftlichen Einheit abgestellt (§ 81 Abs. 4 S. 3 GWB).

Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte diesbezüglich im sog. „Grauzement-Beschluss“ (BGH, Beschluss vom 26.02.2013, Az.: KRB 20/12) festgestellt, dass für die Berechnung von Kartellbußgeldern auf den weltweiten Konzernumsatz, nicht hingegen auf den sog. tatbezogenen Umsatz (also den von den Preisabsprachen betroffenen Umsatz) abzustellen sei. Hierbei seien 10 % des Konzernumsatzes als Obergrenze für Bußgelder und nicht als Kappungsgrenze zu verstehen.

Das BKartA geht bei der Festsetzung von Bußgeldern (zwar) ebenfalls von dem vorgenannten gesetzlichen Rahmen unter Berücksichtigung der Feststellungen des BGH aus, nimmt allerdings im Einzelfall – innerhalb des gesetzlichen Rahmens – anhand bestimmter

Kriterien eine weitere Eingrenzung des Bemessungsspielraums vor, innerhalb dessen sodann die Einordnung der Tat (nach tat- und täterbezogenen Kriterien) erfolgt.

Ausweislich der Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren vom 25. Juni 2013 (Bußgeldleitlinien), welche nach dem Grauzement-Beschluss neu gefasst worden waren, wird bei der Eingrenzung des Bemessungsspielraums u.a. berücksichtigt, dass das Bußgeld nicht außer Verhältnis zu den Möglichkeiten stehen soll, durch die konkrete Tat Vorteile im Wettbewerb zu erzielen und für Dritte bzw. die Volkswirtschaft insgesamt Nachteile zu bewirken (sog. Gewinn- und Schadenspotential). Dieses Gewinn- und Schadenspotential leitet das BKartA (wie bereits vor dem Grauzement-Beschluss) aus dem tatbezogenen Umsatz ab. Der tatbezogene Umsatz ist ausweislich der Bußgeldleitlinien derjenige Umsatz, der mit den Produkten und Dienstleistungen, die mit der Zuwiderhandlung im Zusammenhang stehen, während des gesamten Tatzeitraums im Inland erzielt worden ist.

Das BKartA geht hinsichtlich der Eingrenzung des Bemessungsspielraums von einem Gewinn- und Schadenspotential in Höhe von 10 % des tatbezogenen Umsatzes aus. Auf diesen Wert wird ein Multiplikationsfaktor angewendet, der sich nach dem weltweiten Gesamtumsatz des Unternehmens bemisst. Der Faktor beträgt z.B. bei Unternehmen mit einem (weltweiten) Konzernumsatz von EUR 100 Mio. bis EUR 1 Mrd. das 3- bis 4-fache, bei einem Konzernumsatz von EUR 1 Mrd. bis EUR 10 Mrd. das 4- bis 5-fache.

In Fällen, in denen der so berechnete Wert unterhalb der gesetzlichen Bußgeldobergrenze liegt, bildet dieser Wert in der Regel die Obergrenze für die weitere Bußgeldbemessung, weshalb der Bemessungsspielraum für die Festsetzung eines Bußgeldes durch das BKartA im Einzelfall enger als der gesetzliche Rahmen sein kann. In allen anderen Fällen wird keine Eingrenzung des Bemessungsspielraums innerhalb des gesetzlichen Rahmens vorgenommen, vielmehr bildet Letzterer in diesen Fällen auch die Obergrenze im Hinblick auf die Angemessenheit der Geldbuße unter Berücksichtigung des Gewinn- und Schadenspotentials.

Wenn ein kartellbeteiligtes Unternehmen also z.B. im letzten Geschäftsjahr vor der Entscheidung des BKartA einen weltweiten Konzernumsatz in Höhe von knapp EUR 1 Mrd. erzielt hat, beträgt die gesetzliche

Obergrenze bei einer vorsätzlichen Zuwiderhandlung (knapp) EUR 100 Mio. Hat das Unternehmen einen tatbezogenen Umsatz in Höhe von EUR 50 Mio. erzielt (z.B. je EUR 10 Mio. in fünf Jahren), geht das BKartA von einem Gewinn- und Schadenspotential in Höhe von EUR 5 Mio. aus (10% von EUR 50 Mio.). Auf diesen Wert wird der (von dem weltweiten Gesamtumsatz abhängige) Multiplikationsfaktor angewendet, so dass in diesem Beispiel die Obergrenze für die Bemessung des Bußgeldes im Ergebnis EUR 20 Mio. betragen würde (EUR 5 Mio. [=10% von EUR 50 Mio.] x 4 [Faktor bei einem Gesamtumsatz von EUR 100 Mio. bis EUR 1 Mrd.] = EUR 20 Mio.).

Erst innerhalb des so ermittelten Bemessungsspielraums erfolgt sodann die eigentliche Einordnung der festgestellten Verhaltensweisen nach tat- und täterbezogenen Kriterien. Zu den tatbezogenen Kriterien gehören z.B. die Art und Dauer des Verstoßes, die Auswirkungen auf die betroffenen Märkte, die Bedeutung der kartellbeteiligten Unternehmen auf den betroffenen Märkten und der Organisationsgrad innerhalb des Kartells. Täterbezogene Kriterien sind z.B. der Grad des Vorsatzes bzw. der Fahrlässigkeit, vorgegangene Verstöße, die Rolle des Unternehmens im Kartell und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens. Ein positives Nachtatverhalten in Gestalt eines Bonusantrags sowie einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung (sog. Settlement) wird gesondert bußgeldmindernd berücksichtigt.

Vor diesem Hintergrund hatte das BKartA in Bezug auf die am Tapetenkartell beteiligten Unternehmen, ausgehend vom tatbezogenen Umsatz, einen Bemessungsspielraum unterhalb der gesetzlichen Obergrenze ermittelt und die Bußgelder innerhalb dieses begrenzten Bemessungsspielraums festgesetzt.

Das OLG Düsseldorf hat der Bemessung der Bußgelder hingegen den gesetzlichen Rahmen als Bemessungsspielraum zu Grunde gelegt, zumal es sich an den Feststellungen des BGH im Grauzement-Beschluss orientieren musste. Bei der Einordnung der Tat nach tat- und täterbezogenen Kriterien kam das OLG zwar offenbar zu keiner von den Feststellungen des BKartA abweichenden (tatbezogenen) Würdigung, setzte auf Grund des höheren Bemessungsspielraums (gesetzlicher Rahmen) jedoch im Ergebnis ein höheres Bußgeld fest.

Es handelt sich dabei nicht um das erste Mal, dass im Rahmen eines gerichtlichen Beschwerdeverfahrens nachträglich das kartellbehördliche Bußgeld erhöht

worden ist: So hatte das OLG Düsseldorf zuletzt im Frühjahr 2017 die Bußgelder gegen vier am Süßwarenkartell beteiligte Unternehmen von insgesamt EUR 14 Mio. auf insgesamt EUR 21 Mio. erhöht (OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.01.2017, Az.: V-4 Kart 4/15).

3. Fazit und Handlungsempfehlung

Auf Grund der unterschiedlichen Berechnungsmethoden zur Ermittlung des Bemessungsspielraums müssen Unternehmen selbst dann mit einer Erhöhung des Bußgeldes rechnen, wenn eine Beschwerde hiergegen erfolgversprechend erscheint, etwa weil die vom Bundeskartellamt zu Grunde gelegten Beweismittel dürftig sind. Sogar in Fällen, in denen ein Unternehmen mit einem Beschwerdepunkt durchdringt, kann aus einer Beschwerdeentscheidung in der Gesamtwürdigung eine Verböserung resultieren. In Folge dessen werden zum einen Unternehmen häufig davon absehen, ein kartellbehördliches Bußgeld im Rahmen eines gerichtlichen Beschwerdeverfahrens überhaupt anzugreifen. Dieser Umstand beinhaltet zum anderen die Gefahr, dass das Bundeskartellamt in Grenzfällen vorschnell ein Bußgeld festsetzt und darauf spekuliert, dass hiergegen keine Beschwerde eingelegt wird.

Es handelt sich um einen durchaus bedenklichen Zustand, wenn die Einlegung einer Beschwerde weit überwiegend von monetären, nicht jedoch von rechtlichen Erwägungen getragen wird. Ungeachtet dessen ist vor diesem Hintergrund jedenfalls stets zu überlegen, ob eine Beschwerde überhaupt Sinn ergibt bzw. für den Fall, dass eine solche bereits eingelegt worden ist, diese nicht besser zurückgenommen werden sollte, um eine Erhöhung des kartellbehördlich festgesetzten Bußgeldes zu vermeiden. In diesem Fall sind (zwar) – zusätzlich zu den Verfahrenskosten – Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz auf das Kartellbußgeld zu zahlen, allerdings dürften diese zusätzlichen Kosten zusammengenommen oftmals unterhalb derjenigen Kosten liegen, die aus einer Verböserung des Bußgeldes resultieren (würden).



Christoph Richter

_Rechtsanwalt

richter@lutzabel.com

COMMERCIAL

Zahlungsklagen gegen ausländische Kunden: Rechtsdurchsetzung gegen Vertragspartner im Ausland

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

I. Einleitung

In grenzüberschreitenden Lieferbeziehungen stellt sich, wenn der Käufer die gelieferte Ware nicht bezahlt, die Frage, wo der Verkäufer Zahlungsklage gegen seinen Käufer erheben kann, wenn dieser im Ausland sitzt. Diese Frage lässt sich problemlos und einfach beantworten, wenn die Parteien einen (schriftlichen) Liefer- oder Kaufvertrag geschlossen haben, aus dem sich eine wirksame Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung ergibt. Gleiches gilt, wenn die Parteien wirksam AGB in ihre Lieferbeziehungen einbezogen haben und diese eine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung oder Schiedsvereinbarung vorsehen.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage nach den für den Verkäufer verfügbaren Gerichtsständen dann, wenn eine Vereinbarung nicht existiert, z.B. weil mündlich, also auf Zuruf geliefert wurde oder eine zwischen den Parteien bestehende Vereinbarung keine Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung enthält. Dies kommt in der Praxis häufig vor, da im Handelsverkehr oft auf Zuruf oder auf der Basis von Einzelkaufverträgen (Produktabruf, Bestellung, Auftrag) geliefert wird. Dann müssen anwendbares Recht und Gerichtsstand nach geltendem internationalem Zivilprozessrecht und internationalem Privatrecht ermittelt werden. Dieser Beitrag gibt eine praktische Handlungsanweisung für grenzüberschreitende, inter-europäische Zahlungsklagen.

II. Der Erfüllungsort

Aus deutscher Perspektive sind bei grenzüberschreitenden Lieferbeziehungen die zuständigen Gerichte für eine Streitigkeit nach der EuGVVO zu bestimmen, wenn eine natürliche oder juristische Person verklagt werden soll, die ihren Sitz im Hoheitsgebiet

eines Mitgliedsstaats der Europäischen Union hat, Art. 4 und Art. 63 Abs. 1 EuGVVO. Sitzt der Käufer in Island, Norwegen oder der Schweiz ist das LugÜ maßgeblich. Der Verkäufer wird stets ein hohes Interesse daran haben, den nicht zahlenden Käufer nicht an dessen allgemeinem Beklagtengerichtsstand (d.h. dessen Sitz), sondern möglichst vor den Gerichten desjenigen Staates zu verklagen, in denen der Verkäufer selbst sitzt; bestenfalls vor den Gerichten am eigenen Sitz des Verkäufers. Bekanntermaßen stellen Art. 7 Nr. 1 EuGVVO und Art. 5 Nr. 1 LugÜ den Erfüllungsort zur Verfügung, der je nachdem, wo im Einzelfall der Erfüllungsort liegt, einen Gerichtsstand am Sitz des Verkäufers begründen kann.

Die Bestimmung des Erfüllungsorts, der nach Art. 7 Nr. 1 EuGVVO zuständigkeitsbegründend wirkt, wirft in der Praxis immer wieder erhebliche Probleme auf; dies gilt insbesondere für die Frage, wo der Erfüllungsort für die Zahlungsverpflichtung des Käufers liegt. Es gilt grundsätzlich Folgendes, wobei aus Vereinfachungsgründen zunächst lediglich Art. 7 Nr. 1 EuGVVO behandelt wird:

1. Ermittlung des Erfüllungsorts bei Streitigkeiten aus anderen als Kauf- oder Dienstleistungsverträgen

Nach Art. 7 Nr. 1 a) EuGVVO gilt für Personen, also insbesondere Unternehmen, mit Sitz in der EU, dass diese vor dem Gericht des Ortes verklagt werden können, an dem die vertragliche Verpflichtung erfüllt worden ist oder zu erfüllen wäre, wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden. Art. 7 Nr. 1 a) EuGVVO gilt nicht für Kauf- und Dienstleistungsverträge, da Art. 7 Nr. 1 b) EuGVVO insoweit eine Spezialregelung vorsieht (hierzu unter Ziffer 2).

Der Erfüllungsort muss im Anwendungsbereich von Art. 7 Nr. 1 a) EuGVVO für jeden vertraglichen Anspruch – also auch für Leistung und Gegenleistung – gesondert bestimmt werden. Dies führt häufig zu unterschiedlichen Gerichtsständen, je nachdem welche Partei auf Erfüllung klagt. Nicht maßgeblich ist für Art. 7 Nr. 1 a) EuGVVO daher, wo die vertragscharakteristische Leistung (z. B. Errichtung des Werkes) erbracht oder geschuldet wird. Maßgeblich ist vielmehr, an welchem Ort die jeweils streitige und einzuklagende Verpflichtung erfüllt werden sollte oder erfüllt wurde. Die Bestimmung des Erfüllungsorts erfolgt in diesen Fällen anhand des materiellen Rechts (lex causae), das nach dem Kollisionsrecht des angerufenen Gerichts für die streitige Verpflichtung maßgeblich ist (EuGH, Urteil vom 06.10.1976, Az.: C-12/76). So liegt der Erfüllungsort für die Errichtung eines Werkes i.d.R. beim Käufer. Haben die Parteien jedoch Vorkasse vereinbart, liegt der Erfüllungsort der Zahlungsverpflichtung beim Verkäufer.

2. Ermittlung des Erfüllungsorts bei Streitigkeiten aus Kauf- oder Dienstleistungsverträgen

Dieses vorstehend beschriebene Prinzip der Ermittlungen der jeweils streitgegenständlichen Verpflichtung nach dem zur Entscheidung berufenen materiellen Recht gilt gemäß Art. 7 Nr. 1 b) EuGVVO indessen nicht für Streitigkeiten aus Kauf- und Dienstleistungsverträgen. Art. 7 Nr. 1 b) EuGVVO definiert den Erfüllungsort für Kauf- und Dienstleistungsverträge nunmehr autonom und insgesamt. Danach gilt, sofern nichts anderes vereinbart worden ist, dass der Erfüllungsort für (i) den Verkauf beweglicher Sachen der Ort in einem Mitgliedstaat ist, an den diese nach dem Vertrag geliefert worden sind oder hätten geliefert werden müssen, und (ii) für die Erbringung von Dienstleistungen der Ort in einem Mitgliedstaat Erfüllungsort ist, an dem die Dienstleistungen nach dem Vertrag erbracht worden sind oder hätten erbracht werden müssen. Das bedeutet Folgendes:

a) Vereinbarung eines Erfüllungsorts

Ist ein Erfüllungsort zwischen den Kaufvertrags- oder Dienstvertragsparteien vertraglich vereinbart, so kann der Verkäufer oder der Dienstverpflichtete den Käufer oder Auftragnehmer an diesem vereinbarten Erfüllungsort verklagen. Insoweit ist zu beachten, dass die Parteien durchaus vereinbaren können, dass der Erfüllungsort für die Übergabe der Kaufsache beispielsweise am Ort des Käufers sein soll, der Erfüllungsort für die Kaufpreiszahlung hingegen am Ort des Verkäufers.

Eine Vereinbarung über den Erfüllungsort kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent oder durch Handelsbrauch erfolgen. Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang den Handelsklauseln „INCOTERMS“ zu. Haben die Parteien als Handelsklausel EXW (ab Werk) vereinbart, so ist der Erfüllungsort in der Regel am Ort des Verkäufers oder dem sonstigen vereinbarten Übergabeort wie etwa der Fabrik oder dem Lager (EuGH, Urteil vom 17.01.1980, Az.: C-56/79). FOB (frei an Bord) hingegen bedeutet, dass der Liefer- und Erfüllungsort am Ort des Verschiffungshafens liegt (BGH, Urteil vom 22.04.2009, Az.: VIII ZR 156/07). DDP (geliefert verzollt) bedeutet wiederum, dass der Verkäufer liefert, wenn er die zur Einfuhr freigemachte Ware dem Käufer auf dem ankommenden Beförderungsmittel entladebereit am benannten Bestimmungsort (häufig beim Verkäufer) zur Verfügung stellt. In all diesen Fällen liegt der Erfüllungsort für Übergabe und Zahlung an dem jeweils durch die INCOTERMS-Handelsklausel bestimmten Ort, soweit die Parteien nicht zusätzlich eine gesonderte Zahlungsververeinbarung getroffen haben. Die im Handelsverkehr häufig verwendeten Klauseln COD („cash on delivery“ – Lieferung gegen Nachnahme) oder CBD („cash before delivery“ – Vorkasse) dürften eine Erfüllungsververeinbarung dahingehend sein, dass der Erfüllungsort für die Zahlung am Ort des Verkäufers liegt.

Praxishinweis: Vereinbaren Sie in Ihren Verträgen einen Gerichtsstand sowie das anwendbare Recht. Dies ist zwischen Kaufleuten und Unternehmen möglich, nicht aber gegenüber Verbrauchern. Dadurch vermeiden Sie Unklarheit darüber, wo Sie Klage erheben und welches Recht der Klage zugrunde liegt.

b) Fehlende Vereinbarung eines Erfüllungsorts

Ist kein Erfüllungsort vereinbart, so liegt bei Kaufverträgen gemäß Art. 7 Nr. 1 b) Alt. 1 EuGVVO der Erfüllungsort an dem Ort, an den die Kaufsache geliefert worden ist oder hätte geliefert werden müssen. Dies ist grundsätzlich der Ort, an dem der Käufer die Ware entgegennimmt oder hätte entgegennehmen müssen (OGH Wien, Beschluss vom 02.09.2003, Az.: 1 Ob 123/03 z). Entscheidend ist, dass dieser so vorgegebene Erfüllungsort für alle aus dem Vertrag streitigen Verpflichtungen maßgeblich ist, und zwar nicht nur für die Pflicht zur mangelfreien Lieferung und Übergabe der Kaufsache, sondern vor allem auch für die Kaufpreiszahlung oder sonstige vertragliche Nebenpflichten (z.B. die Aushändigung

von Urkunden, ggf. Erteilung von Auskünften, eventuelle Vertraulichkeitspflichten etc.). Der Erfüllungsort wird in Art. 7 Nr. 1 b) EuGVVO autonom und einheitlich bestimmt.

Der praktisch relevanteste Fall ist der, dass der Verkäufer auf offene Rechnung Ware an den Sitz des Käufers ins Ausland liefert. Das bedeutet, der Verkäufer liefert die bestellte und noch unbezahlte Ware samt Rechnung beim Käufer ab. In derartigen Fällen ist eine Erfüllungsortvereinbarung nicht gegeben. Der Erfüllungsort liegt dann gemäß Art. 7 Nr. 1 b) Alt. 1 EuGVVO am Ort des Käufers, denn an den Ort des Käufers hat der Verkäufer die Ware in diesem Fall zu liefern. Dieser autonom bestimmte Erfüllungsort gilt auch für die Kaufpreiszahlungspflicht. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Verkäufer den Käufer nur an dessen Sitz verklagen kann, denn sowohl der allgemeine Beklagtengerichtsstand als auch der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsorts liegen in derartigen Fällen am Sitz des Käufers. Ein Gerichtsstand am Ort des Verkäufers existiert in diesen Fällen nicht.

3. Art. 5 Nr. 1 LugÜ

Das vorstehend Gesagte gilt in gleicher Weise für grenzüberschreitende Lieferbeziehungen zwischen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Schweiz, Norwegen und Island. Art. 5 Nr. 1 LugÜ sieht in derartigen Fällen eine zu Art. 7 Nr. 1 EuGVVO identische Regelung vor.

4. Lieferbeziehungen mit Vertragspartnern außerhalb der EU und des Anwendungsbereichs des LugÜ

Ob in einem grenzüberschreitenden Fall beispielsweise zu einem Käufer in China, Russland, Brasilien oder den USA ein Erfüllungsort gegeben ist und wo dieser im Zweifel besteht, bestimmt sich grundsätzlich nach der lex fori, d.h. nach dem Recht des angerufenen Gerichts. Für einen in Deutschland sitzenden Verkäufer, der gegen einen beispielsweise in China sitzenden Käufer Zahlungsklage erheben will, ist zunächst § 29 ZPO und damit § 269 Abs. 1 BGB für die Frage maßgeblich, ob und wo ein Erfüllungsort besteht. Führen die §§ 29 ZPO und 269 Abs. 1 BGB zu einem Erfüllungsort innerhalb Deutschlands gegen den Käufer, der im außer-europäischen Ausland sitzt (z. B. China, Russland, USA, Brasilien), ist allerdings die Frage noch nicht geklärt, ob eine vor einem deutschen Gericht anhängige Klage dem Käufer im Ausland auch zugestellt

wird und/oder ob im Falle eines Urteils durch ein deutsches Gericht dieses auch im Ausland anerkannt und vollstreckt wird. Ob der Erfüllungsort in dem Ergebnis in derartigen Fällen zu einem praktikablen Ergebnis führt, muss folglich im Einzelfall und mit Blick auf das jeweilige Recht des Staates untersucht werden, in dem der verklagte Käufer sitzt.

Praxishinweis: Treffen Sie mit Vertragspartnern aus dem außer-europäischen Ausland eine Schiedsvereinbarung. Damit erledigen Sie gleichzeitig die Frage nach dem zuständigen (Schieds-) Gericht sowie die Frage, ob ein (Schieds-)Urteil anerkannt und vollstreckt werden kann, denn die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen im außer-europäischen Ausland ist durch das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche nahezu weltweit relativ problemlos möglich. Dies ist bei Gerichtsurteilen nicht ohne Weiteres der Fall.

III. Zusammenfassung

1. Der Erfüllungsort liegt am für die jeweilige Verpflichtung vereinbarten Erfüllungsort.
2. Eine Vereinbarung über den Erfüllungsort ist auch mittels Handelsklauseln möglich.
3. Fehlt eine Erfüllungsvereinbarung, liegt nach Art. 7 Nr. 1 b) EuGVVO und Art. 5 Nr. 1 b) LugÜ der Erfüllungsort dort, wo der Käufer die Ware entgegennimmt oder hätte entgegen nehmen müssen. Meistens, insbesondere bei Lieferung von Ware auf offene Rechnung, ist dies am Sitz des Käufers. Dieser autonom bestimmte Erfüllungsort ist als Erfüllungsort maßgeblich für sämtliche streitigen Verpflichtungen, also gleichermaßen für Klagen des Käufers auf Erfüllung der Lieferung und für Zahlungsklagen des Verkäufers.



Dr. Marius Mann

Rechtsanwalt
M. Jur. (Oxford)

mann@lutzabel.com

GESELLSCHAFTSRECHT

Managerhaftung und D&O-Versicherung: gefährliche Lücken im Versicherungsschutz!

RA Dr. Kilian K. Eßwein | esswein@lutzabel.com

Das OLG Celle hat in einem Beschluss vom 01.04.2016 (Az.: 8 W 20/16) eine umstrittene Frage zur Reichweite des üblichen Versicherungsschutzes von D&O-Versicherungen ohne weitere Begründung dahingehend „beantwortet“, dass – folgt man der Sichtweise des Gerichts – für Manager nunmehr der fast wichtigste Teil dieser Versicherung immense Schutzlücken aufweist. Die Entscheidung des OLG Celle klärt diese Frage nicht abschließend, doch ist die Bedeutung der Entscheidung für die Praxis gleichwohl nicht zu unterschätzen, da sich offenbar bereits erste Versicherer unter Zitierung des Urteils auf Leistungsfreiheit berufen.

1. Einführung

Gemäß § 64 S. 1 GmbHG und § 92 Abs. 2 i.V.m. § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG haftet der Geschäftsführer auch für Zahlungen, die von der Gesellschaft nach Eintritt der Insolvenzreife geleistet werden. Eine Ausnahme sieht § 64 S. 2 GmbHG bzw. § 92 Abs. 2 S. 2 AktG nur dann vor, wenn die Zahlungen auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers vereinbar sind. Dieser Haftungstatbestand ist in der Praxis von außerordentlich großer Bedeutung, wird doch die Insolvenzreife oftmals nicht rechtzeitig erkannt. Verschärft wird dieses Problem dadurch, dass sich der weitverbreitete Irrtum hält, nach Insolvenzreife bestünde eine dreiwöchige Frist zur Anmeldung der Insolvenz. Vielmehr ist es so, dass die Insolvenz ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, anzumelden ist, § 15a Abs. 1 InsO.

In der Praxis geschehen gerade hier oftmals Fehler, da die Feststellung der Insolvenzreife wirtschaftlich, tatsächlich und auch rechtlich äußerst komplex ist und regelmäßig die Hinzuziehung von Experten erfordert. Die Zahlungspflicht des Geschäftsführers be-

steht nach dem Gesetzeswortlaut auch unabhängig davon, ob der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist oder nicht. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Vorschrift nämlich erreichen, dass die den Gläubigern der Gesellschaft zugewiesene Haftungsmasse (das Gesellschaftsvermögen) nicht unnötig geschmälert wird. Aus diesem Grund geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass es sich bei dem Anspruch nicht um einen Schadensersatzanspruch, sondern um einen Ersatzanspruch eigener Art handele, der die „Wiederauffüllung“ des Gesellschaftsvermögens bezwecke. Im Schrifttum ist dies freilich umstritten, hier wird oftmals davon ausgegangen, dass es sich um einen Schadensersatzanspruch handele.

D&O-Policen sehen indes in der Regel vor, dass Deckung für den Fall gewährt wird, dass der Geschäftsführer wegen einer Pflichtverletzung bei seiner Tätigkeit auf Ersatz eines „Vermögensschadens“ in Anspruch genommen wird. Fügt man diese beiden „Puzzlestückchen“ nun zusammen, könnte man auf die Idee kommen, dass der Anspruch nach § 64 GmbHG nicht von den Versicherungsbedingungen der D&O-Policen, die einen solchen Wortlaut aufweisen, erfasst ist.

2. Entscheidung des OLG Celle

So hat es – ohne weitere Begründung – sodann auch das OLG Celle in dem oben zitierten Beschluss getan. Diese Entscheidung hat offenbar zwischenzeitlich auch entsprechende Versicherer dazu veranlasst, den Versicherungsschutz bei verbotenen Zahlungen nach Insolvenzreife abzulehnen.

Die Entscheidung des OLG Celle setzt sich, wie gesagt, nicht detailliert mit dieser im Insolvenzfall möglicherweise alles entscheidenden Frage auseinander, sondern zitiert für die Annahme, dieser Regelungswortlaut erfasse eine Haftung aus § 64 GmbHG

nicht, einen Standardkommentar, in dem zwar die Auffassung vertreten wird, dass § 64 GmbHG als Schadensersatzanspruch eigener Art von dem zitierten Wortlaut nicht erfasst sei – es gebe keinen Vermögensschaden. Der Autor dieses Kommentars weist aber im Weiteren darauf hin, dass sich eine Eintrittspflicht der Versicherung dennoch ergeben könne – darauf ist jedoch das OLG Celle nicht eingegangen: das Gericht musste sich in der konkreten Situation nicht mit der Frage beschäftigen, ob nicht derselbe Sachverhalt auch ein Verhalten darstellte, das einen Schadensersatzanspruch nach § 43 GmbHG begründet. In diesem Falle würde sich die Diskussion um die Rechtsnatur des § 64 GmbHG und damit einhergehend die Eintrittspflicht der D&O-Versicherung erübrigen. Das Gericht musste diese bedeutende Frage nicht verbindlich entscheiden, denn sie tauchte im Rahmen des zu entscheidenden Falles nur noch im Rahmen einer zu überprüfenden Kostenentscheidung auf. Dass das OLG Celle in einem solchen Fall ohne weitere Begründung eine solche Position bezieht, ist unglücklich, zumal Versicherer dies nunmehr offenbar zum Anlass nehmen, unter Berufung auf diese Entscheidung Leistungen zu verweigern. Eine Tendenz ist damit vorgegeben.

Müsste diese Frage also einmal streitentscheidend beantwortet werden, so ist zu hoffen, dass das dann zuständige Gericht den Finger deutlich tiefer in die Wunde legt. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs dürfte in diesem Zusammenhang ebenfalls zu berücksichtigen sein: Der Bundesgerichtshof hatte in seinem Urteil (BGH, Urteil vom 28.09.2011, Az.: IV ZR 294/10) entschieden, dass sich eine Haftpflichtversicherung nicht nur auf Schadensersatzansprüche, sondern auch auf Ansprüche mit „schadensersatzähnlichem Charakter“ erstreckt. Mit dieser Entscheidung setzte sich das OLG Celle nicht auseinander – musste dies auch nicht. Die Aussage des

Gerichts ist nicht nur aufgrund der Reaktion der Versicherer dennoch von großer Brisanz.

3. Fazit

Vor diesem Hintergrund kann derzeit nur dringend empfohlen werden, die bestehenden und – im Falle eines Neuabschlusses einer Versicherung – die angebotenen Policen einer genauen Überprüfung unter Beiziehung anwaltlicher Experten zu unterziehen. Sodann ist zu empfehlen, entsprechende Zusatzvereinbarungen oder Klarstellungen mit dem Versicherer zu vereinbaren. Eine gefestigte Rechtsprechung zu dieser Frage besteht zwar noch nicht, doch ist es in einer – an sich schon außerordentlich belastenden – Situation, in der sich die (ehemalige) Geschäftsführung ohnehin oftmals mit einer genauen Überprüfung ihrer bisherigen Tätigkeiten konfrontiert sieht und – wie im Rahmen einer Insolvenz fast immer – möglicherweise Vorwürfe geschäftlicher Verfehlungen hinzukommen, wichtig, nicht auch noch Unsicherheiten bei der Frage des Versicherungsschutzes zu empfinden. Die Haftungsvolumina im Rahmen des § 64 GmbHG bzw. der §§ 93 Abs. 3 Nr. 6, 92 Abs. 2 AktG können schnell schwindelerregende Höhen erreichen, die bei einer Haftung mit dem Privatvermögen existenzbedrohende Ausmaße annehmen.



Dr. Kilian K. Eßwein

_Rechtsanwalt

esswein@lutzabel.com

Neues aus dem Vereinsrecht: Vereinsklassenabgrenzung und Gemeinnützigkeit – BGH, Beschluss vom 16.05.2017 – II ZB 7/16 (Kindertagesstätten)

RA Dr. Bernd Fluck | fluck@lutzabel.com

1. Einführung: Vereinsklassenabgrenzung und Nebenzweckprivileg

Das BGB unterscheidet zwischen drei verschiedenen Arten von Vereinen: dem nicht wirtschaftlichen Verein (Idealverein) gemäß § 21 BGB, dem wirtschaftlichen Verein gemäß § 22 BGB und dem „nicht rechtsfähigen“ Verein gemäß § 54 BGB, der aufgrund seiner mittlerweile einhellig anerkannten Rechtsfähigkeit besser nicht-eingetragener Verein genannt werden sollte. Im Zentrum der Abgrenzung steht dabei die Differenzierung zwischen wirtschaftlichem Verein und Idealverein. Hintergrund hierfür ist, dass der Idealverein die Regelgestalt des Vereins nach dem BGB (und die Grundform der juristischen Person) darstellt, der sich durch seine ideelle Zwecksetzung auszeichnet und deswegen alleine durch die Eintragung im Vereinsregister zur Entstehung kommt (§ 21 BGB).

Demgegenüber ist ein wirtschaftlicher Verein grundsätzlich nicht vorgesehen und daher nur ausnahmsweise zulässig. Juristische Personen, die auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sind, sollen nach dem Willen des Gesetzgebers nicht in der Rechtsform eines Vereins bestehen, sondern vielmehr in das Rechtsgewand einer Kapitalgesellschaft (Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung) oder einer Genossenschaft eingekleidet werden. Grund hierfür ist, dass diese Rechtsformen umfangreiche Schutzvorschriften zugunsten der Gläubiger, der Mitglieder, aber auch der Gesellschaft, etwa zur Kapitalaufbringung und -erhaltung, zur Rechnungslegung, zur Prüfung des Jahresabschlusses, zu den Anforderungen an die Geschäftsleitung, zur Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht des Vertretungsorgans, zur Teilhabe am Unternehmensgewinn, zur Organisation der Gesellschaft, insbesondere der Existenz eines Überwachungsorgans, und für den Fall der Insolvenz vorsehen. Derartige Vorschriften fehlen für Vereine weitestgehend. Daher ist ein wirtschaftlicher Verein nur ausnahmsweise zulässig, weswegen er erst nach der Erlangung ei-

ner staatlichen Konzession nach § 22 BGB zur Entstehung kommt.

Vor diesem Hintergrund tritt die Problematik auf, was mit Vereinen geschieht, die zwar als Idealvereine im Vereinsregister eingetragen sind, gleichwohl aber gegenwärtig über einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb verfügen, der demjenigen von bedeutenden Kapitalgesellschaften nur unwesentlich nachsteht. Bekannt geworden sind hier in den letzten Jahren etwa der ADAC e.V., die Vereine der ersten und zweiten Fußball-Bundesliga, sowie auch häufig als Vereine betriebene Kindertagesstätten. Gerade die Vereine der Bundesliga können hier als beeindruckende Beispiele herangezogen werden. So hat zwar zwischenzeitlich eine Vielzahl dieser Vereine ihre Profisportabteilung auf Kapitalgesellschaften ausgelagert, jedoch partizipieren die Vereine als Mehrheitsanteilsinhaber, was nach den Statuten des DFB sogar zwingend vorgeschrieben ist, in immensum Umfang an den Gewinnausschüttungen dieser Kapitalgesellschaften. So hat etwa der FC Bayern e.V. zuletzt eine Dividende in Höhe von EUR 12,375 Mio. von der den Profifußball betreibenden FC Bayern München AG erhalten, an der er zu 75 % beteiligt ist. Bemerkenswert ist zudem, dass noch heute Profisportclubs wie etwa der FC Schalke 04 und der 1. FSV Mainz 05 nach wie vor als eingetragene Vereine agieren. Dass dies angesichts der generierten Millionenumsätze der gesetzgeberischen Vorstellung eines Idealvereins widerspricht, liegt auf der Hand.

Die Unterscheidung nach wirtschaftlichem Verein und Idealverein dreht sich in erster Linie um zwei Problemkreise: Der erste Problemkreis betrifft die schwierige Frage, nach welchen konkreten Kriterien eine Abgrenzung des Idealvereins vom wirtschaftlichen Verein durchzuführen ist. Hierzu wurde in der juristischen Literatur bislang nach ganz herrschender Meinung eine durch den bekannten Rechtswissenschaftler Karsten Schmidt entwickelte teleologisch-typologische Betrachtungsweise her-

angezogen, wonach sich die Unterscheidung eines Vereins als wirtschaftlicher oder ideeller Verein vornehmlich danach richtet, ob der Verein in tatsächlicher Hinsicht einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausübt, das heißt planmäßig und dauerhaft nach außen Leistungen gegen Entgelt anbietet. Nachdem dies bei vielen Vereinen häufig der Fall ist, als Beispiel sei nur die durch einen Sportverein betriebene Vereinsgaststätte erwähnt, ist – quasi als Rückausnahme – anerkannt, dass ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb den ideellen Charakter eines Vereins nicht beeinflusst, soweit und solange es sich hierbei um eine dem ideellen Zweck dienende, untergeordnete Tätigkeit handelt (sogenanntes „Nebenzweckprivileg“).

Der zweite Problemkreis betrifft demgegenüber die Frage, wie mit Vereinen umzugehen ist, die zwar als Idealvereine im Vereinsregister eingetragen sind, die materiell-rechtlich aber als wirtschaftliche Vereine zu qualifizieren wären. Diese Vereine sind in der Rechtsform des Idealvereins falsch aufgehoben. Sie sind daher als ideelle Vereine zu löschen und, da eine Konzession als wirtschaftliche Vereine regelmäßig nicht in Betracht kommt, auf die Rechtsform der Kapitalgesellschaft zu verweisen (siehe oben). In prozessualer Hinsicht sieht das Gesetz die Einleitung eines Lösungsverfahrens von Amts wegen vor (§ 395 FamFG). Dies bedeutet, dass das örtlich zuständige Registergericht die Löschung des betreffenden Vereins veranlassen kann, sobald es von Tatsachen Kenntnis erlangt, die die Annahme begründen, der betreffende Verein sei nicht mehr in ausreichend ideeller Weise tätig. Eine solche Amtslöschung hat für den betroffenen Verein und insbesondere seine Mitglieder weitreichende Folgen, da der Verein nach seiner Löschung als nicht-ingetragener Verein gemäß § 59 BGB fortbesteht, was wiederum eine unmittelbare persönliche Haftung der Vereinsmitglieder nach sich zieht.

Die vorstehend aufgezeigten Gesichtspunkte wurden in jüngerer Vergangenheit gerade im Hinblick auf die bereits vorerwähnten, besonders bekannten Vereine ADAC e.V. und FC Bayern München e.V. Gegenstand eines sehr kontrovers geführten politischen und rechtswissenschaftlichen Diskurses: So leitete das Registergericht beim Amtsgericht München im Jahr 2014 von Amts wegen ein Lösungsverfahren gegen den ADAC e.V. ein. Die Führungsebene des ADAC e.V. nahm daraufhin umfangreiche Umstrukturierungsmaßnahmen vor (Zwischenschaltung einer ADAC SE als Konzernspitze), um einer möglichen

Amtslöschung zuvorzukommen. Unter anderem von der Motivation geprägt, endlich Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Hinblick auf die Vereinsklassenabgrenzung gerade vor dem Hintergrund der vielfach bestehenden umfangreichen Beteiligungen zahlreicher Idealvereine an Kapitalgesellschaften (Stichwort: Verein als Konzernspitze) zu erlangen, regte daraufhin ein namhafter Professor der Rechtswissenschaften beim Amtsgericht München an, den FC Bayern München e.V. aufgrund seiner Zweckverfehlung (überwiegender wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb) aus dem Vereinsregister zu löschen. Das Amtsgericht München hat mittlerweile die Löschung sowohl des ADAC e.V. als auch des FC Bayern München e.V. abgelehnt.

Parallel zu den vorgenannten Verfahren initiierte das für Registersachen in Berlin zuständige Amtsgericht Charlottenburg mehrere Amtslöschungsverfahren gegen Vereine, die als ausschließliche Tätigkeit Kindertagesstätten betrieben. Die durch das Amtsgericht Charlottenburg gegen diese „Kitas“ eingeleiteten Amtslöschungsverfahren wurden im Beschwerdeverfahren durch das nächstinstanzlich zuständige Kammergericht Berlin bestätigt. Hiergegen wandte sich einer der betroffenen Kita-Vereine mit der Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist Gegenstand des vorliegenden Beitrags.

2. Sachverhalt

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Az.: II ZB 7/16) vom 16.05.2017 basierte im Wesentlichen auf folgendem Sachverhalt:

Der antragsstellende Verein war seit dem 02.10.1995 im Vereinsregister des Amtsgerichts Charlottenburg eingetragen. Der Verein betrieb entgeltlich neun Kindertagesstätten mit einer Größe von jeweils 16 bis 32 Kindern. Satzungsmäßig war er auf die Erfüllung gemeinnütziger Zwecke im Sinne der Abgabenordnung gerichtet (§§ 51 ff. AO). Entsprechend war er durch das Finanzamt als gemeinnützig anerkannt und von der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer befreit worden.

Das Amtsgericht Charlottenburg leitete – wie erwähnt – ein Amtslöschungsverfahren gegen den betroffenen Verein ein und kündigte die Amtslöschung an. Der betroffene Verein setzte sich hiergegen durch Widerspruch zur Wehr, den das Amtsgericht Charlottenburg zurückwies, wogegen sich der Verein mit

der Beschwerde zum Kammergericht Berlin wandte. Auch das Kammergericht wies den Antrag des betroffenen Vereins zurück, so dass dieser Verein nunmehr sein Ziel, seine Amtslöschung zu verhindern, mit der Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof weiterverfolgte.

3. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof gab der Rechtsbeschwerde statt. Der eine Kindertagesstätte betreibende Verein sei nicht als wirtschaftlicher Verein zu qualifizieren und daher nicht aus dem Vereinsregister zu löschen. Zwar stelle die Kinderbetreuung eine unternehmerische Tätigkeit dar. Diese wirtschaftliche Tätigkeit sei aber dem nicht wirtschaftlichen Hauptzweck des Vereins zu- und untergeordnet. Daher unterfalle sie dem sogenannten Nebenzweckprivileg.

Zudem entfalte die Tatsache, dass der betroffene Verein seitens des Finanzamts als gemeinnützig anerkannt worden sei, eine erhebliche Indizwirkung dafür, dass der Verein auch ideelle Zwecke im Sinne des BGB verfolge. Dies sei insbesondere vor dem Hintergrund des Zwecks der Vereinsklassenabgrenzung nach den §§ 21, 22 BGB der Fall, da insofern eine besondere Schutzbedürftigkeit vor allem der Gläubiger des Vereins nicht bestehe. Insbesondere § 55 AO, wonach gemeinnützige Vereine die durch den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb der Körperschaft erwirtschafteten Mittel nur für die satzungsmäßigen Zwecke verwenden und nicht an die Vereinsmitglieder ausschütten dürfen, erfülle hier eine Gläubigerschutzfunktion.

4. Anmerkung und Fazit

Nach der vorstehend dargestellten Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist für die Frage, ob ein Verein als Idealverein oder als wirtschaftlicher Verein zu qualifizieren ist, in erster Linie danach zu unterscheiden, ob der betreffende Verein durch das Finanzamt als gemeinnützig anerkannt wurde. Jedenfalls misst der Bundesgerichtshof diesem Umstand eine klare „Indizwirkung“ zu. Danach ist es ohne Belang, ob der Verein ausschließlich eine wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet, wenn die aus dieser Tätigkeit erwirtschafteten Mittel einem ideellen Zweck des Vereins (vorliegend: Betrieb von Kindertagesstätten) zufließen.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist bemerkenswert. Zum einen hat das Gericht darin eine grundlegende Abkehr von der in der Literatur bislang

uneingeschränkt anerkannten teleologisch-typologischen Abgrenzung der Vereinsklassen vorgenommen. Nach dieser kam es vornehmlich darauf an, ob sich die tatsächlich durch den Verein ausgeübte Tätigkeit als nicht wirtschaftliche oder als wirtschaftliche darstellte. War letzteres der Fall, war der Verein (vorbehaltlich des Nebenzweckprivilegs) als wirtschaftlicher Verein einzuordnen. Nach der nunmehr durch den BGH dargelegten Auffassung, ist vielmehr auf die ideelle Zwecksetzung des Vereins abzustellen; demgegenüber ist es unerheblich, wenn der Verein ausschließlich eine wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet, solange die dadurch erwirtschafteten Mittel dem ideellen Zweck zugute kommen. Zum anderen nimmt der Bundesgerichtshof eine vollständige Umqualifizierung des Nebenzweckprivilegs vor. Nach diesem Nebenzweckprivileg war eine wirtschaftliche Tätigkeit bislang für den ideellen Verein unschädlich, solange sie eine dem ideellen Zweck dienende, untergeordnete Stellung einnahm. Dafür war jedoch erforderlich, dass der Verein neben dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb auch eine ideelle Tätigkeit unterhielt. Hiervon kehrt der Bundesgerichtshof nunmehr ab, indem er es Idealvereinen gestattet, ausschließlich eine wirtschaftliche Tätigkeit zu verfolgen. Dabei erstaunt es, dass der Bundesgerichtshof im Rahmen seiner Entscheidungsgründe gleichwohl das Nebenzweckprivileg bemüht und im von ihm zu entscheidenden Fall die (ausschließliche) wirtschaftliche Tätigkeit des Vereins diesem Nebenzweckprivileg zuordnet. Von einem Nebenzweckprivileg kann indessen keine Rede mehr sein, wenn es nur einen Hauptzweck und eine Haupttätigkeit gibt.

Die Entscheidung des BGH verdient – über den vorstehend ausgeführten Gesichtspunkt hinaus – Zustimmung und Kritik. Kritik verdient sie deswegen, weil sie die Abgrenzung der Vereinsklassen nunmehr den Steuerbehörden zuweist, obwohl dies nicht zuletzt nach dem Willen des Gesetzgebers (vgl. §§ 21 f. BGB, § 395 FamFG) an sich eine originäre Aufgabe der Registergerichte wäre. Der Bundesgerichtshof vermengt hier steuerrechtliche und zivilrechtliche Fragen. Darüber hinaus bleibt es dabei, dass nach der grundsätzlichen gesetzlichen Anordnung eine wirtschaftliche Tätigkeit in erster Linie durch Kapitalgesellschaften betrieben werden sollte, da bezüglich dieser Gesellschaften nicht zuletzt zum Schutz der Gläubiger, der Gesellschaft und der Mitglieder zahlreiche Vorschriften erlassen wurden, die bei Vereinen schlicht fehlen. Dies zeigt, dass eine umfangreiche wirtschaftliche Tätigkeit von Vereinen gesetzlich nicht vorgesehen ist. Ein vergleichbarer

Schutz wird – entgegen dem BGH – auch nicht dadurch gewährleistet, dass ein gemeinnütziger Verein keine Gewinnausschüttungen vornehmen darf. Denn dies hilft den Vereinsgläubigern insbesondere im Falle der Insolvenz nicht, wenn also der Verein Verluste erwirtschaftet und auf diese Weise das Kapital der Körperschaft aufgebraucht wird. Darüber hinaus verbleibt Rechtsunsicherheit im Hinblick auf solche Vereine, die einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhalten, der in erster Linie einem ideellen Vereinszweck dienlich ist, die jedoch nicht als gemeinnützig im Sinne der Abgabenordnung anerkannt sind.

Die Entscheidung verdient demgegenüber insofern Zustimmung, als sie – jedenfalls hinsichtlich der Vielzahl an als gemeinnützig anerkannten Vereinen – ein greifbares Kriterium aufzeigt, wirtschaftliche von Idealvereinen zu unterscheiden. Dies ist der Rechtssicherheit in erheblichem Maße zuträglich. Vereine, die demnach einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhalten, jedoch als gemeinnützig im Sinne der Abgabenordnung anerkannt sind, brauchen vor dem

Hintergrund dieser Rechtsprechung zunächst nicht zu befürchten, Gegenstand eines registergerichtlichen Amtslöschungsverfahrens zu werden. Der Verein stellt sich insoweit – jedenfalls für den Moment – als rechtssichere Rechtsform dar, um gewerbe- und körperschaftsteuerbefreit einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zu unterhalten, wenn dadurch gemeinnützige Zwecke verfolgt werden, insbesondere die Mitglieder auf Gewinnausschüttungen verzichten.



Dr. Bernd Fluck

_ Rechtsanwalt

fluck@lutzabel.com

MIETRECHT

Unwirksamkeit von Schriftformheilungsklauseln im Gewerberaummietvertrag

RA Sebastian Schreiber, LL.M. | schreiber@lutzabel.com

1. Einleitung

Der 12. Senat des Bundesgerichtshofs (Az.: XII ZR 114/16) hat am 27.09.2017 mit einem Paukenschlag dafür gesorgt, dass im Bereich der An- und Vermietung von Gewerbeimmobilien Mieter und Vermieter künftig mit gesteigener Unsicherheit leben müssen, dass trotz vereinbarter Festlaufzeit vorzeitige Kündigungen möglich sind, wenn der Mietvertrag nicht den Anforderungen an die gesetzliche Schriftform genügt. Sog. Heilungsklauseln sind unwirksam.

2. Hintergrund: Kündigung von befristeten Verträgen wegen Schriftformmangels

§ 550 BGB regelt für Mietverhältnisse über Wohnraum, dass ein befristet abgeschlossener Vertrag – d.h. ein Vertrag mit fester Laufzeit und damit unter Ausschluss der ordentlichen Kündigung –, der länger als für ein Jahr, aber nicht „in schriftlicher Form“ abgeschlossen wird, als unbefristet gilt und – frühestens nach einem Jahr – eben doch ordentlich gekündigt werden kann. Über § 578 Abs. 1 BGB gilt diese Regelung auch im Gewerberaummietrecht – und hat dort praktisch die (aller-)größte Relevanz.

Verstöße gegen die Schriftform führen dazu, dass der Vertrag nach Ablauf des ersten Jahres ordentlich gekündigt werden kann. Die Kündigungsfrist beim Gewerberaummietvertrag beträgt (fast) sechs Monate (§ 580a Abs. 2 BGB: „spätestens am dritten Werktag eines Kalendervierteljahres zum Ablauf des nächsten Kalendervierteljahres“). Die Regelung des § 550 BGB soll vorrangig einen Erwerber des Grundstücks schützen, da dieser kraft Gesetzes in den Mietvertrag als Vermieter eintritt (§ 566 BGB). Der Erwerber soll aus dem Mietvertrag die wirtschaftlichen Bedingungen abschließend erkennen und sich bei abweichenden Vereinbarungen vom Vertrag lösen können.

Ein Schriftformverstoß liegt – nach den eher strengen Vorgaben der Rechtsprechung – immer dann vor, wenn die wesentlichen Vertragsregelungen nicht im Mietvertrag niedergelegt sind. Dies betrifft insbesondere die hinreichend bestimmte Festlegung der Mietvertragsparteien, des Mietgegenstandes, der Mietzeit und des Mietzinses.

Typischer Schriftformmangel beim Ursprungsvertrag ist die nicht hinreichend detaillierte Beschreibung der Mietsache: Es liegt kein Plan bei, aus dem die Mietsache objektiv (!) unmissverständlich identifizierbar ist (Welches Gebäude? Welcher Stock? Welche Räume genau?), Stellplätze sind nicht konkret definiert, es wird Ausstattung vermietet, aber nicht hinreichend klar bezeichnet etc. Daneben besteht in der Praxis nicht selten das Problem, dass der Vertrag nicht von den Parteien selbst bzw. deren Vertretern unterzeichnet wird (etwa bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit Unterzeichnung nur durch einen Gesellschafter).

Noch häufiger entstehen Schriftformmängel aber nach Abschluss eines – zunächst formwirksamen – Mietvertrages, wenn die Parteien den Mietvertrag ändern, ohne dies in einem förmlichen Nachtrag festzulegen. Typische Beispiele sind: Nebenabreden im Zuge der Übergabe; Änderung der Miethöhe; Änderung von Stellplätzen; zusätzliche Räume oder Flächen; Änderungen der Rückgabemstände; Vereinbarung von Mietereinbauten samt Regelung zum Rückbau; Wechsel des Vermieters etc.

Soweit nachträgliche Abreden wesentliche Vertragsbedingungen betreffen (und davon sollte im Zweifel immer ausgegangen werden), müssen diese in einem förmlichen Nachtrag festgehalten werden. Dazu ist es erforderlich, dass der Nachtrag selbst der Schriftform genügt. Hierzu muss er hinreichend konkret

Bezug auf den Mietvertrag und alle bisherigen Nachträge nehmen, die Vertragsänderungen hinreichend bestimmbar wiedergeben und im Übrigen auf die bisherigen Regelungen des Mietvertrages und der Nachträge verweisen sowie korrekt unterzeichnet sein.

Es wird deutlich, dass bereits ein unscheinbar wirkender Mail-Wechsel zwischen Mieter und Vermieter („Kann ich einen weiteren Keller nutzen?“ „Ja“) zum Schriftformverstoß führen kann. Es gilt: Je länger ein Mietverhältnis gelebt wird, desto höher die Wahrscheinlichkeit, dass ein Schriftformverstoß produziert wurde...

In der Praxis ist die Schriftform-Thematik daher regelmäßig ein schöner Hebel für die Partei, die – aus welchen Gründen auch immer – vorzeitig aus dem Vertrag ausscheiden will. Gerade für Vermieter – die mit langfristigen Mietverträgen kalkulieren – ist dies wenig befriedigend.

Die Kautelarpraxis hatte zur Vermeidung dieser Nachteile die sogenannte Schriftformheilungsklausel erfunden: Tenor aller dieser weit verbreiteten Regelungen ist, dass sich beide Parteien verpflichteten, den Mietvertrag nicht aufgrund von Schriftformverstößen zu kündigen.

Mit Urteil vom 30. April 2014 (Az.: XII ZR 146/12) hatte der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass solche Klauseln jedenfalls den Grundstückserwerber nicht binden. Offen war geblieben, ob die Klausel für die Ursprungsparteien Wirksamkeit entfaltet.

3. Entscheidung des Bundesgerichtshof: Heilungsklauseln sind unwirksam

Diese Frage hat der Bundesgerichtshof nunmehr in seinem Urteil vom 27.09.2017 (Az.: XII ZR 114/16) entschieden:

a) Sachverhalt (vereinfacht)

Der beklagte Mieter hatte 1998 vom Vermieter eine Gewerbeinheit angemietet auf Basis eines (schriftformkonformen) Vertrages mit einer festen Laufzeit. Mit einem ersten Nachtrag vereinbarten die Parteien die Aufnahme einer Mietanpassungsklausel bei Veränderungen des Indexes um 10 %. Nach einem Wechsel des Vermieters durch einen Erwerb des Grundstücks einigten sich die Parteien auf einen zweiten Nachtrag, mit dem die Mietzeit bis 2020 fest vereinbart wurde und der ebenfalls eine Schriftformheilungsklausel enthielt.

Im Jahr 2011 schrieb der Vermieter den Mieter an und bat um Anpassung der Indexklausel auf 5 %. Der Beklagte antwortete: „6 % einverstanden“. Im Mai 2011 forderte der Vermieter auf Basis dieser Klausel die angepasste Miete. Der Beklagte zahlte fortan entsprechend.

Im Juni 2014 kündigte der Vermieter zum 31.12.2014. Nachdem der Beklagte die Mietsache nicht räumte, klagte der Vermieter auf Räumung. Landgericht und Oberlandesgericht wiesen die Klage ab.

b) Entscheidung

In seiner Entscheidung stellte der Bundesgerichtshof klar, dass der Mietvertrag und die Nachträge ursprünglich formwirksam waren. Die Einigung auf Anpassung der Mietanpassungsklausel betreffe allerdings die Miethöhe und sei damit wesentlicher Vertragsbestandteil. Der reine schriftliche Austausch hierüber genüge nicht den Anforderungen der Rechtsprechung an die Einhaltung der Schriftform (siehe oben).

Weiter – und insoweit maßgeblich – stellte der BGH zudem klar, dass die vereinbarte Schriftformheilungsklausel auch für die Parteien des Mietverhältnisses – und nicht nur für den Grundstückskäufer – ausnahmslos unwirksam ist. Das Gericht begründet seine Auffassung damit, dass die Regelung des § 550 BGB zwingendes Recht sei, das von den Parteien nicht – weder durch AGB noch Individualvereinbarung – abbedungen werden könne. Dies wäre aber die Folge der Heilungsklauseln. Weiter schütze die Regelung nicht nur den Erwerber (siehe oben), sondern diene ebenfalls dazu, „die Beweisbarkeit langfristiger Abreden auch zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien zu gewährleisten und diese vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu schützen“. Der BGH sah sich insofern an den Willen des Gesetzgebers gebunden, der diese Regelung nicht auf den Erwerber beschränkt und außerdem bei mehreren Reformen unverändert gelassen habe.

Dass die Klage des Vermieters im Ergebnis dennoch abgewiesen wurde, liegt daran, dass der BGH in der Kündigung des Vermieters einen Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) gesehen hat. Hiergegen verstoße eine Partei, die „eine nachträglich getroffene Abrede, die lediglich ihr vorteilhaft ist, allein deshalb, weil sie nicht die schriftliche Form wahrt, zum Anlass nimmt, sich von einem ihr inzwischen lästig gewordenen langfristigen Mietvertrag zu lösen“.

4. Ausschluss (nur) der „Form-Falle“: Treu und Glauben

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass bei einem bestehenden Formfehler sich grundsätzlich künftig jede Partei hierauf berufen kann und den Gewerberaummietvertrag vor Ende der Laufzeit kündigen kann.

Als einziges Hilfsmittel bleibt der anderen Partei nur noch der Einwand auf Treu und Glauben. Es soll ausgeschlossen sein, dass eine Partei schriftformwidrig eine ihr genehme Vertragsänderung zunächst herbeiführt und sodann unter Berufung auf den Schriftformmangel kündigt.

Ebenfalls mit dem Einwand von Treu und Glauben dürfte aber nach dieser Begründung auch der Fall zu bewerten sein, dass eine Partei eine ihr nachteilige Änderung des Vertrages selbst anbietet allein mit dem Ziel, im Anschluss an die schriftformwidrige Vereinbarung zu kündigen.

Die exakten Grenzen wird die Rechtsprechung der nächsten Jahre ausloten müssen.

5. Fazit: Risiken und Chancen in der Praxis

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass ab sofort für Vermieter und Mieter beim befristeten Gewerberaummietvertrag die (ohnein schon immer geltende) Maxime lauten muss: Schriftform! Schriftform! Schriftform! – und zwar sowohl beim Abschluss des Mietvertrages als auch während der Laufzeit des Mietverhältnisses.

Für die Parteien (und deren Anwälte) ist zum einen schon bei der Begründung des Mietverhältnisses peinlichst genau die vollständige Einhaltung der Schriftform sicherzustellen. Wo erforderlich, sollte die jeweilige Partei Rechtsrat einholen, um die strengen Voraussetzungen der Rechtsprechung zu erfüllen.

Noch deutlicher als bisher ist zudem darauf zu achten, alle (!) vom Vertrag abweichenden Regelungen ausschließlich in einem schriftformkonformen Nachtrag festzuhalten. Hierzu sollte im Zweifel ebenfalls entsprechende rechtliche Beratung eingeholt werden. Darüber hinaus müssen die mit dem Vertragsmanagement befassten Mitarbeiter entsprechend

geschult und sensibilisiert werden. Insbesondere dürfen vertragsändernde Nebenabreden nie durch Schriftverkehr oder gar E-Mail bestätigt werden. Es gilt zudem: Der schnelle Griff zum „letzten Muster“ ist bei Gewerberaummietverträgen tabu.

Schwierig ist der Umgang mit bestehenden Mietverträgen: Grundsätzlich lautet die Empfehlung, diese anlässlich der dargestellten Rechtsprechung des BGH auf Formwirksamkeit zu prüfen. Wird aber ein Verstoß gefunden, ist das weitere Vorgehen abzuwägen: Nur wer sich sicher sein kann, dass nicht die Gegenseite nach entsprechendem Hinweis selbst die Kündigung erklärt, oder wer mit diesem Risiko leben kann, sollte hier die Schließung eines Nachtrags vorschlagen. In allen anderen Fällen dürfte es sich eher empfehlen, den Mangel im Hinterkopf zu behalten und erst bei nächster Gelegenheit, nämlich einem ohnehin anstehenden Nachtrag, unauffällig unterzubringen oder als „Exit-Joker“ für schlechte Zeiten in der Hinterhand zu behalten.

Auch wer als Vermieter keine Angst vor vorzeitiger Kündigung eines Mieters hat, sollte die Schriftformthematik dann ernst nehmen, wenn der künftige Verkauf des Objektes nicht ausgeschlossen ist. In der dann anstehenden Due Diligence des Käufers fallen Schriftformverstöße mit großer Wahrscheinlichkeit auf und führen in der Regel zu Abzügen vom Kaufpreis.

Andererseits bietet die Rechtsprechung auch Chancen für solche Vermieter und Mieter, die aus einem langfristigen Mietvertrag lieber heute als morgen aussteigen wollen. Diese sollten sich rechtlichen Rat einholen, ob ggf. eine mangelhafte Schriftform die Möglichkeit zum Exit bietet.



Sebastian Schreiber

– Rechtsanwalt
– LL.M. (Kingston University,
London)

schreiber@lutzabel.com

Fragen, Anmerkungen und Wünsche zu Recht Aktuell?

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

Verantwortlicher Redakteur

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

LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH

München

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

Hamburg

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

Stuttgart

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

Brüssel

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

www.lutzabel.com

