

Dr. Fabian Breckheimer, RA, und Tobias Karrenbrock, LL.M., RA

Wirtschaftssanktionen und politische Krisen – Auswirkungen im grenzüberschreitenden Geschäft und Möglichkeiten der vertraglichen Risikobegrenzung

Das Jahr 2014 war und ist ein Jahr der weltpolitischen Unruhe. Der Beitrag zeigt beispielhaft auf, wie sich Krisen auf deutsche Unternehmen und deren grenzüberschreitendes Geschäft auswirken können, und wie mit dieser Situation – rechtlich und praktisch – umgegangen werden kann.

I. Einleitung

Kriegerische Auseinandersetzungen im Gazastreifen, im Irak und in Syrien und die dramatische Verschlechterung der Beziehungen zwischen Russland und dem Westen als Folge der sogenannten Ukraine-Krise stellen nicht nur die Politik, sondern zunehmend auch die Wirtschaft vor Herausforderungen. Deutsche Unternehmen beobachten mit Sorge, wie sich die wachsenden Spannungen auf ihr Tagesgeschäft auswirken. Erstmals sprechen die führenden Wirtschaftsforschungsinstitute von einem möglichen Abschwung der deutschen Wirtschaft als Folge u. a. der gegenseitigen Sanktionen zwischen den USA und der EU einerseits und Russland andererseits.

Deutsche Unternehmen stehen somit vor der schwierigen Frage, ob und wie sich derartige Krisen und die daraus resultierenden Risiken im Vorfeld vertraglich abbilden und gegebenenfalls minimieren lassen. Weder das internationale noch das nationale Recht halten einen Leitfaden für das „richtige“ Verhalten von Unternehmen in Zeiten wie diesen bereit.

II. Vertragsrechtliche Überlegungen

1. Typische Ausgangssituation: Unmöglichkeit oder Erschwerung der Lieferung

Von großer praktischer Relevanz ist die Verpflichtung des deutschen Exporteurs gegenüber seinem ausländischen Vertragspartner, Ware zu einem bestimmten Zeitpunkt an einen bestimmten Ort zu liefern. Kann er diese vertraglich übernommene Pflicht nicht oder nicht wie geschuldet (also etwa verspätet) erfüllen, drohen Schadensersatzforderungen und gegebenenfalls die Erklärung des Rücktritts oder der Vertragsaufhebung durch den Käufer.

Gerade bei Lieferverträgen über Investitionsgüter kann der regelmäßig vertraglich vorgesehene pauschalierte Schadensersatz den Exporteur in ernste wirtschaftliche Bedrängnis bringen. Dies gilt umso mehr, wenn der Vertragsentwurf – kraft besserer Verhandlungsposition des Käufers – zu Lasten des Exporteurs ausgestaltet ist. Häufig sind im Vertrag dann Regelungen enthalten, die einen Anspruch auf pauschalierten Schadensersatz bereits ab dem ersten Tag der Verspätung vorsehen und des Weiteren auf jeden angebrochenen Tag der Verspätung und auf den Vertragswert insgesamt abstellen. So errechnen sich bereits nach kürzester Zeit

beträchtliche Forderungen gegen den Exporteur. Je nach Vertragsgestaltung und anwendbarem Recht kommen noch weitere Schadensersatzforderungen hinzu. Vor allem im Anlagenbau wirkt sich jede Verzögerung einer Teillieferung unweigerlich auf den Zeitplan des Gesamtprojekts aus und kann damit zu immensen, im Extremfall existenzbedrohenden Ersatzforderungen gegen den Exporteur führen.

Man stelle sich zunächst den Beispielsfall vor, dass der deutsche Exporteur die vertraglich geschuldete Ware fristgerecht hergestellt hat und grundsätzlich in der Lage ist, diese auszuliefern. Nun haben sich jedoch seit Vertragsschluss die politischen und tatsächlichen Rahmenbedingungen dergestalt geändert, dass dem Exporteur eine Lieferung am Sitz des Käufers wesentlich erschwert oder gar unmöglich wird. Möglicherweise ist in der Zwischenzeit ein Embargo in Kraft getreten, welches ihm die Ein- oder Ausfuhr verbietet. Oder es bestehen tatsächliche Hindernisse: Ist beispielsweise der Vertrag mit einem ukrainischen Käufer mit Sitz in Sewastopol geschlossen und Lieferung am Sitz des Käufers vereinbart, sieht sich der deutsche Exporteur nunmehr mit einem Territorium mit unklarem rechtlichem Status konfrontiert und zudem mit bürgerkriegsähnlichen Zuständen in der Ostukraine. Beharrt der Käufer auf Vertragserfüllung „wie geschuldet“, droht der deutsche Exporteur bei verspäteter Lieferung oder Nichtlieferung vertragsbrüchig zu werden. Der Einfachheit halber wird im Folgenden davon ausgegangen, dass unvereinheitlichtes deutsches Recht¹ auf den Beispielsfall Anwendung findet.

a) Unmöglichkeit

Jedenfalls im allgemeinen Sprachgebrauch käme man in dem Fall, dass sich der Exporteur mit einem nach Vertragsschluss wirksam verhängten Ein- oder Ausfuhrverbot konfrontiert sieht, rasch zu dem Begriff der Unmöglichkeit: Der Exporteur wird einwenden, ihm sei die Erfüllung seiner Lieferpflicht „unmöglich“ geworden. Juristisch ist das Rechtsinstitut der Unmöglichkeit jedoch an enge Voraussetzungen geknüpft.²

Da sich der eigentlich zur Leistung verpflichtete Vertragspartner im Falle von Unmöglichkeit einseitig von seiner Verpflichtung lösen könnte, sind deren Voraussetzungen kritisch zu prüfen: Handelt es sich um echte Unmöglichkeit oder bloß um eine Erschwerung der Leistung, liegt ein dauerhaftes oder ein vorübergehendes Hindernis vor, geht es um subjektive oder objektive Unmöglichkeit, und ist rechtliche Unmöglichkeit (z. B. als Folge eines Embargos) gleichbedeutend mit tatsächlicher Unmöglichkeit?

¹ D. h. unter Ausschluss des UN-Kaufrechts.

² Einführend *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 275 Rn. 33 ff.

Zu letzterer Frage hat der BGH schon vor geraumer Zeit entschieden,³ dass die Rechtsordnung von einem rechtmäßigen Verhalten der am Handelsverkehr beteiligten Personen ausgehen müsse. Man könne daher nicht argumentieren, der zur Lieferung verpflichtete Vertragspartner könne die geschuldete Ware doch unter Umgehung eines wirksamen Einfuhrverbots ins Land schmuggeln, weshalb jedenfalls keine *tatsächliche* Unmöglichkeit vorläge. Die Sichtweise des BGH leuchtet unmittelbar ein. Von der leistungsverpflichteten Vertragspartei darf nicht verlangt werden, ihre Leistungspflicht „um jeden Preis“, unter Umständen also durch rechtswidriges Verhalten zu erfüllen. Es bleibt die Frage, ob es sich bei einem Ein- oder Ausfuhrverbot wirklich um einen Fall der Unmöglichkeit im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches handelt, oder ob nur ein Leistungerschweris vorliegt. Denn nicht jede, u. U. sogar nur vorübergehende Erschwerung darf mit einer Unmöglichkeit gleich gesetzt werden – oder salopper formuliert: „Teurer“ für den Exporteur ist keinesfalls gleichbedeutend mit „unmöglich“ für den Exporteur. Und so wird der Exporteur häufig unter Inkaufnahme finanzieller Nachteile eine alternative Lieferroute wählen oder aber die Zahlung der wegen Lieferverzugs verwirkten Vertragsstrafe akzeptieren müssen. Die Grenze wird von der sogenannten wirtschaftlichen Unmöglichkeit markiert. Denn unmöglich ist nach dem BGH nicht nur eine denkgesetzlich unausführbare oder infolge rechtlicher Hindernisse auf keine Weise zu erbringende Leistung, sondern auch eine solche, deren Erfüllung erhebliche praktische Schwierigkeiten entgegenstehen, so dass jeder vernünftige Mensch von einem Erfüllungsversuch Abstand nehmen würde. Diesen praktischen Schwierigkeiten, so der BGH, stehen jedenfalls diejenigen gleich, die auf inländischen oder ausländischen rechtlichen Verboten beruhen.

Zur Annahme von Unmöglichkeit ist darüber hinaus aber auch notwendig, dass es sich um eine nicht nur vorübergehende Unausführbarkeit handelt, die zudem nicht nur den konkreten Schuldner, sondern jeden Dritten trifft.⁴ Nimmt man also den beispielhaften Fall, dass nach Vertragsschluss staatlicherseits ein allgemeines Ein- oder Ausfuhrverbot von einiger Dauer verhängt wird, so kann sich der zur Lieferung verpflichtete Exporteur bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen auf die Unmöglichkeit der Leistungserbringung berufen und wird im Ergebnis von seiner Pflicht zur Leistung frei.⁵

In der Praxis darf jedoch nicht verkannt werden, dass die Gerichte einen strengen Maßstab bei der Prüfung anlegen, ob die Voraussetzungen der Unmöglichkeit gegeben sind. So ließe sich etwa überlegen, ob die zwischen Russland und der EU gegenwärtig geltenden Handelsbeschränkungen „dauerhaft“ im Sinne des Gesetzes und der Rechtsprechung sind oder ob man vernünftigerweise davon ausgehen muss, dass es sich um eine lediglich vorübergehende Eskalation handelt.⁶

b) Wegfall der Geschäftsgrundlage

Auch an den sogenannten Wegfall der Geschäftsgrundlage ließe sich im Beispielfall denken. Dessen Voraussetzungen sind jedoch gesetzlich normiert und die Rechtsprechung wendet dieses Instrument eher restriktiv an. So setzt ein Wegfall der Geschäftsgrundlage voraus, dass sich die Umstände, die zur Geschäftsgrundlage geworden sind, schwerwiegend verändert haben, die Parteien den Vertrag bei Vorliegen dieser Veränderung nicht oder nur mit anderem Inhalt geschlossen hätten, und dass einem Vertragsteil unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.⁷ Zentraler Beurteilungsmaßstab ist die vertragliche

oder gesetzliche Risikoverteilung. Es ist in jedem Einzelfall zu ermitteln, in wessen Sphäre das eingetretene Risiko nach der vertraglichen oder gesetzlichen Regelung fallen soll.⁸ Dabei besteht Einigkeit, dass der bloße Umstand der Leistungerschwerung typischerweise in den Risikobereich des Schuldners fällt.⁹ Bis zur Grenze der sogenannten wirtschaftlichen Unmöglichkeit (teilweise wird auch von Opfergrenze gesprochen) muss somit der zur Lieferung verpflichtete Exporteur das Risiko einer bei Vertragsschluss noch nicht vorhersehbaren Leistungerschwerung tragen. Diese Opfergrenze liegt hoch.

Zieht man noch einmal obigen Beispielfall heran, dass also nach Vertragsschluss eine dauerhafte wesentliche Veränderung der Umstände eintritt und etwa aufgrund eines Embargos eine Aus- bzw. Einfuhr der vertraglich geschuldeten Ware auf längere Sicht rechtlich nicht erlaubt ist, so wird man eine solche Änderung der Rechtslage, bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen, durchaus als Wegfall der objektiven Geschäftsgrundlage ansehen können.¹⁰ Als Rechtsfolge kann die betroffene Partei sodann eine Vertragsanpassung – etwa im Hinblick auf Lieferort oder -zeit – verlangen.

2. Vertragliche Vorkehrungen:

a) *Force Majeure*- bzw. *Hardship*-Klauseln

Die oben angestellten Überlegungen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage und dessen Rechtsfolgen stellen bereits die praktisch bedeutsamste Konsequenz einer Krise heraus: die Anpassung des Vertrages im Wege von Verhandlungen. Denn selbstverständlich ist der Exporteur nicht primär an einer Aufhebung und gegebenenfalls Rückabwicklung des Vertrages interessiert, vielmehr möchte er die bestellte Ware liefern. Nur dann kann er auch die vertragliche Gegenleistung, den Kaufpreis, verlangen. Nicht selten wurde die vertragsgegenständliche Ware auch nach den Spezifikationen des ausländischen Kunden angefertigt oder es handelt sich um Saisonware mit der Folge, dass sie für den Exporteur nur begrenzt weiterveräußert ist. In Situationen wie den oben skizzierten geht es somit vorrangig darum, das Verwirken der vertraglich vorgesehenen Vertragsstrafe (pauschalierter Schadenersatz) und weitere Schadenersatzforderungen des Vertragspartners zu vermeiden.

Bereits der Gesetzeswortlaut macht deutlich, dass bei Eintritt unvorhergesehener Ereignisse in erster Linie die vertragliche Risikoverteilung ausschlaggebend sein soll: In wessen Verantwortungsbereich fällt hier nach dem Ereignis, wem wird dieses Risiko nach dem Vertrag zugeordnet? Die Vertragsparteien und insbesondere der Exporteur sind daher gut beraten, bereits im Vertrag mit dem ausländischen Partner Vorkehrungen zu treffen, etwa indem konkrete Vertragsanpassungsklauseln oder Rücktrittsrechte für derartige Fälle vereinbart werden. Auch und gerade die Regelungen zum Verzug in Krisensituationen müssen kritisch überprüft und zu Gunsten des Exporteurs angepasst werden.

3 BGH, 8.6.1983 – VIII ZR 77/82, NJW 1983, 2873.

4 BGH, 8.6.1983 – VIII ZR 77/82; *Stadler*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2014, § 275 Rn. 12.

5 Der Käufer hat in diesem Fall aber zumindest theoretisch Anspruch auf Schadenersatz.

6 So nahm der BGH, 8.6.1983 – VIII ZR 77/82, NJW 1983, 2873, an, die Erschöpfung des Einfuhrkontingents aus Korea im laufenden Jahr sei nicht mit dauernder Unmöglichkeit gleichzusetzen, da im nächsten Jahr wieder eine Einfuhrgenehmigung hätte erlangt werden können. Zur dauernden Unmöglichkeit jüngst BGH, 8.5.2014 – VII ZR 203/11, NZM 2014, 645.

7 KG, 5.11.2012 – 8 U 171/11, NJW 2013, 478; *Stadler*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2014, § 313 Rn. 15.

8 *Finkenauer*, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, § 313 Rn. 59 ff.

9 KG, 5.11.2012 – 8 U 171/11, NJW 2013, 478, 479; *Finkenauer*, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, § 313 Rn. 69.

10 BGH, 8.6.1983 – VIII ZR 77/82, NJW 1983, 2873; *Stadler*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2014, § 313 Rn. 17.

In grenzüberschreitenden Lieferverträgen finden sich standardmäßig sogenannte *Force Majeure*-Klauseln (auch *Hardship*-Klauseln genannt), mit deren Hilfe Fälle höherer Gewalt im Vorfeld geregelt werden sollen. Angesichts der gegenwärtigen Unwägbarkeiten im internationalen Geschäft sind derartige Regelungen mehr als bloßes Beiwerk. Sie dienen vielmehr dazu, im Vorfeld prophylaktische Regelungen zu treffen, um den Verzugseintritt und dessen Folgen im Krisenfall aufzuschieben bzw. zu verhindern.¹¹ Zwei Dinge müssen allerdings hervorgehoben werden: Bei der Beurteilung, ob tatsächlich „höhere“ Gewalt vorliegt, ist ein strenger Maßstab anzulegen.¹² Zudem hat der Eintritt eines – als höhere Gewalt qualifizierten – Leistungshindernisses keine automatische Vertragsbeendigung zur Folge, sondern bewirkt lediglich ein Ruhen der Leistungspflichten für die Dauer des Ereignisses. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage ist in derartigen Fällen gerade nicht gegeben, es kommt also nicht „automatisch“ zu einer Anpassung der vertraglichen Pflichten an die veränderten Umstände. Die Leistungspflichten werden lediglich für einen bestimmten Zeitraum ausgesetzt. Bei der Formulierung von *Force Majeure*-Klauseln sollte daher nicht nur auf die klare Regelung der Voraussetzungen Wert gelegt, sondern stets auch die zeitliche Komponente bedacht werden: Die Aussetzung der vertraglichen Pflichten gilt in aller Regel nur für einen vorab klar definierten Zeitraum. Was soll gelten, wenn dieser Zeitraum überschritten wird?

b) INCOTERMS®

Nur sehr kurz sollen an dieser Stelle auch die üblicherweise in internationalen Lieferverträgen eingesetzten Klauseln der sogenannten INCOTERMS® angesprochen werden. Mit deren Hilfe wird bekanntlich der Pflichtenkatalog des Verkäufers und des Käufers konkretisiert. Bei der Wahl der richtigen INCOTERMS®-Klausel ist nach oben Gesagtem noch stärker als bisher einerseits darauf zu achten, wo der Lieferort liegt – wo der Exporteur folglich seine Lieferpflicht erfüllt – und andererseits welche Vertragspartei die erforderliche Freimachung zur Ausfuhr bzw. Einfuhr zu besorgen hat.¹³

c) MAC-Klauseln

Nicht nur beim grenzüberschreitenden Warenaustausch sieht sich der Exporteur angesichts der politischen Großwetterlage mit Risiken konfrontiert. Es besteht auch Regelungsbedarf, wenn die Vertragsbeziehung gesellschaftsrechtlicher Natur ist, sei es bei einer Zusammenarbeit mit einem ausländischen Partner, etwa in einem Joint Venture, oder bei einer (Teil-)Übernahme einer ausländischen Gesellschaft bzw. Betriebs. Strategische gesellschaftsrechtliche Kooperationen bzw. Unternehmenskäufe verfolgen langfristige Ziele. Im Falle des eine Auslandsbeteiligung erwerbenden Exporteurs soll z.B. ein neuer Markt für die eigenen Produkte erschlossen werden oder aber noch effektiver bearbeitet werden, etwa durch eigene Produktionskapazitäten vor Ort. Etwas anders gelagert sind die Interessen von Investoren etwa aus dem *Private Equity* Bereich: Hier ist vor allem eine Wertsteigerung der Beteiligung mit Blick auf eine in absehbarer Zukunft geplante Veräußerung wichtig. Es liegt auf der Hand, dass in beiden Fällen die Erwartungen der Vertragsparteien an die Entwicklung der politischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen sowohl im Zielland als auch weltweit für die Investitionsentscheidung eine wichtige Rolle spielen. Gerade bei grenzüberschreitenden Unternehmenskäufen, also z.B. dem Erwerb einer Beteiligung im Ausland, ist es üblich, dass die Parteien im Kaufvertrag ein möglichst umfassendes und abschließendes Regelungsgefüge vereinbaren. Die auf einen Unternehmenskauf je-

weils anwendbaren gesetzlichen Regelungen werden regelmäßig zugunsten eigener, „maßgeschneiderter“ Klauselwerke soweit gesetzlich möglich ausgeschlossen. So tritt z.B. anstelle der gesetzlichen Gewährleistung ein Katalog selbständiger, verschuldensunabhängiger Garantieverprechen, und auch die Rechtsfolgen bei Unrichtigkeit einer Garantie werden abschließend geregelt. Gesetzliche Rücktrittsrechte und etwaige in der jeweiligen Rechtsordnung existierende Instrumente zur Vertragsanpassung werden angesichts der damit stets verbundenen Unsicherheiten regelmäßig ausgeschlossen.

Unwägbarkeiten hinsichtlich der für die Beteiligung relevanten externen, d.h. dem Einfluss der Parteien entzogenen wirtschaftlichen und politischen Entwicklung lassen sich dabei an unterschiedlichen Stellen berücksichtigen. So liegt der Berechnung eines vereinbarten Kaufpreises meist eine Prognose des Käufers zugrunde, in die er abzusehende Entwicklungen sinnvollerweise bereits einstellt. Ggf. kann eine Kaufpreisanpassung vereinbart werden, die z.B. dem Verkäufer bei Ausbleiben befürchteter, temporärer Sanktionen und einer damit über der Prognose liegenden Entwicklung des Unternehmens nach einem gewissen Zeitraum das Recht auf eine „Nachzahlung“ einräumt.

Charakteristisch für viele Unternehmenskäufe ist ein „Schwebezustand“ zwischen dem Vertragsschluss (*Signing*) und dem eigentlichen Vollzug (*Closing*), wobei die Parteien nur begrenzt Einfluss auf die Dauer dieser Phase haben.¹⁴

Denkbar und praktisch häufig sind Konstellationen, in denen sich der Vollzug aufgrund externer Faktoren (und ggf. damit verbundener Maßnahmen der Parteien) verzögert.¹⁵

Ein solcher Schwebezustand birgt für beide Parteien das Risiko, dass ein zwischenzeitlich eintretendes externes Ereignis (wie z.B. die Krise auf der Krim) die Transaktion wirtschaftlich unattraktiv oder gar sinnlos erscheinen lässt. Ein Rückgriff auf die jeweilige Rechtsordnung (also Gesetzesrecht oder einschlägige Gerichtsentscheidungen), um die dort ggf. vorgesehenen Instrumente zur Vertragsanpassung im Falle einer Änderung oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zur Anwendung zu bringen, bedeutet in der Praxis Zeitverlust und Rechtsunsicherheit. Zumindest eine der Parteien wird in der besagten Rechtsordnung nicht „zu Hause sein“, woraus sich die Notwendigkeit zur Prüfung und Anlass für Diskussionen mit dem Vertragspartner ergeben können. Daher wird in der Praxis das entsprechende anwendbare Recht in aller Regel durch eigene vertragliche Regelungen ersetzt: Häufig vereinbaren die Parteien eine sog. „MAC-Klausel“ (*material adverse change*), um den Umgang mit externen Faktoren im Vorfeld vertraglich festzulegen.¹⁶

11 Zur Vertragsanpassung in Zeiten der Finanzkrise vgl. *Feißel/Gorn*, BB 2009, 1138.

12 BGH, 7.5.1997 – VIII ZR 253/96, BB 1997, 1383, NJW 1997, 3164; höhere Gewalt bedeutet unabwehrbaren Zufall, der außerhalb des Einflussbereichs der Parteien liegt und dessen Vermeidung oder Überwindung von den Parteien vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte. Der in Englischen auch verwendete Begriff „*Act of God*“ mag diese Schwelle illustrieren.

13 *Graf von Bernstorff*, RIW 2010, 672.

14 Häufig stellen die Parteien z.B. den Übergang von Geschäftsanteilen unter die aufschiebende Bedingung der Kaufpreiszahlung. Im einfachsten Fall hat es der Käufer dabei selbst in der Hand, den Schwebezustand durch Zahlung zu beenden. Berücksichtigt werden muss zudem häufig das fusionskartellrechtliche Vollzugsverbot: Erfüllen die beteiligten Parteien die Voraussetzungen des jeweils einschlägigen Fusionskartellrechts, ist die Transaktion bei den zuständigen Behörden anzumelden und ggf. die Genehmigung (oder der Ablauf einer Frist, in der die Behörde tätig werden kann) abzuwarten. In einfach gelagerten Fällen ist die Entscheidung der Behörden und damit auch die Dauer der „Hängepartie“ dabei für die Beteiligten vorhersehbar.

15 Bei einer ganz oder teilweise fremdfinanzierten Transaktion kann z.B. der Vollzug vom Zustandekommen der Fremdfinanzierung abhängen. Diese wiederum kann von einer noch durchzuführenden *confirmatory due diligence* abhängen und ggf. weiteren Verhandlungen mit dem Käufer. In anderer Konstellation mögen die Kartellbehörden ihre Zustimmung von der Abstoßung anderer Beteiligungen durch den Käufer abhängig machen, was naturgemäß ebenfalls den Vollzug hinausschiebt.

16 Einführend nur *Thiessen*, in: MünchKommHGB, 3. Aufl. 2010, Anhang zu § 25, Rn 37.

Eine MAC-Klausel bietet die Möglichkeit, ein individuell auf die jeweilige Transaktion zugeschnittenes Instrument zum Umgang mit externen Störfaktoren zu schaffen. Anders als das allgemeine Instrument des Wegfalls der Geschäftsgrundlage kann eine MAC-Klausel bei verständiger Ausgestaltung für alle Beteiligten Rechtssicherheit herstellen: Zum einen können die tatbestandlichen Voraussetzungen für ihr Eingreifen klar definiert werden, zum anderen die Rechtsfolgen und der Anwendungszeitraum unmissverständlich festgelegt werden.

Dreh- und Angelpunkt einer MAC-Klausel ist zunächst die Definition des *material adverse change*, also der wesentlich nachteiligen Veränderung. Dabei finden sich häufig sehr allgemeine Formulierungen, nach der etwa jegliche Veränderungen, die sich auf das Zielunternehmen und/oder das wirtschaftliche Umfeld nachteilig auswirken oder auch nur abstrakt geeignet sind, nachteilige Auswirkungen nach sich zu ziehen, z. B. zu einem Rücktrittsrecht des Käufers führen sollen.

Die Problematik einer solchen Klausel liegt auf der Hand: Für beide Parteien besteht weiterhin Unsicherheit, welche Änderungen der äußeren Rahmenbedingungen eine „Veränderung“ im Sinne dieser Formulierung darstellt.¹⁷

Zuspitzen lässt sich dies mit der Frage, ob bei Vertragsschluss eine negative Entwicklung unter Umständen bereits angelegt, absehbar oder zumindest zu befürchten war. Als aktuelles Beispiel mag auch hier die Situation in der Ukraine gelten: Falls die dortige Auseinandersetzung zu einer Verknappung des Erdgases für die EU und damit möglicherweise zu gesamtwirtschaftlichen Konsequenzen führt – handelt es sich um eine „Veränderung“ der Situation? Hatte sich eine solche Gasknappheit nicht schon angekündigt, war der Eintritt dieser Krise nicht bereits von Experten bzw. in der Presse vorhergesagt worden? Hat die Erwartung dieser Krise nicht bereits das wirtschaftliche Klima evtl. bereits vor ihrem Eintritt eingetrübt?

Die Parteien werden – je nach Interessenslage – diese Fragen höchst unterschiedlich beantworten. Rechtsklarheit über die Auslegung einer solch abstrakt-vertraglichen Regelung erlangen die Parteien möglicherweise erst durch die Entscheidung eines Gerichts. Das dürfte für beide Vertragsparteien aber *Ultima Ratio* sein. Auch die Alternative, sämtliche vorstellbaren Krisen und Eventualitäten im Vorfeld zu Papier zu bringen und an ihren Eintritt Rechtsfolgen zu knüpfen, scheint letztlich nicht praktikabel.

Eine interessengerechte Lösung liegt häufig zwischen diesen beiden Extremen: So kann eine eher allgemein formulierte Klausel gewählt und diese dann mit Blick auf aktuelle – oder absehbare – Krisen konkretisiert werden. Es ist zu empfehlen, bestimmte Sachverhalte, die im Zusammenhang mit der Transaktion von Bedeutung scheinen, mittels sog. *Carve outs* aus dem Anwendungsbereich der Klausel herauszunehmen oder sie – anders herum – gerade als Beispiel für eine negative Veränderung zu benennen. Konkret kann z. B. die Verhängung von Wirtschaftssanktionen gegen einen transaktionsrelevanten Staat ausdrücklich als *material adverse change* definiert werden. Ebenso können die Parteien aber das Gegenteil dokumentieren und Wirtschaftssanktionen aus dem Anwendungsbereich der MAC-Klausel explizit herausnehmen, etwa weil eine solche Entwicklung als kaufmännisches Risiko bereits in der dem Vertrag zugrunde liegenden wirtschaftlichen Einigung Berücksichtigung gefunden hat.

d) Sonderproblem: Währungs- und Inflationsrisiken

Bildet man den obigen Beispielsfall des deutschen Exporteurs fort und geht in einem zweiten Schritt davon aus, dass der deutsche Ex-

porteur seine vertraglichen Pflichten vollständig erfüllt hat und demzufolge Zahlung des Kaufpreises verlangen kann, stellt sich die weitere Frage, wie sich der Exporteur in seiner Rolle als Gläubiger gegen mögliche Risiken im Zusammenhang mit der Kaufpreiszahlung absichern kann. Denn trotz der zunehmenden diesbezüglichen Unsicherheiten stellt es, soweit ersichtlich, noch immer eine Ausnahme dar, dass der Exporteur Vorauszahlung wenn nicht der gesamten, dann doch einer erheblichen Summe des Kaufpreises verlangt. Weitaus verbreiteter ist das Dokumentenakkreditiv, das dem Exporteur bei sorgfältiger Formulierung der erforderlichen Dokumente in der Regel gute Sicherheit bietet. Doch auch das Akkreditiv sichert nur den Zahlungsanspruch an sich und trifft keine Vorkehrungen etwa für Inflationsrisiken.

Zurückkommend auf obigen Beispielsfall kontrahierte der deutsche Exporteur dort mit einem Käufer mit Sitz in Sewastopol. Die ukrainische Währung Griwna ist schwach und nicht frei konvertierbar und so wurde der russische Rubel zur Vertragswährung bestimmt. Seit Beginn der Ukraine-Krise hat der Rubel jedoch gegenüber dem Euro und dem US-Dollar deutlich an Wert verloren, Experten befürchten einen weiteren Kursverfall.

Liegt zwischen Vertragsschluss und Fälligkeit der Kaufpreiszahlung ein nennenswerter Zeitraum, können sogenannte Preisanpassungsklauseln dem Gläubiger einer Kaufpreisforderung helfen, das Inflationsrisiko zu begrenzen. Hierbei wird der Preis einer vertraglich geschuldeten Zahlung von externen Faktoren abhängig gemacht, wie zum Beispiel der Entwicklung des vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Verbraucherpreisindex. Die grundsätzliche Wirksamkeit solcher Klauseln ist von den Gerichten seit langem anerkannt, sie unterliegen jedoch – bei unterstellter Anwendbarkeit deutschen Rechts – einer strengen spezialgesetzlichen Regulierung.¹⁸ Zudem müssen solche Klauseln den Anforderungen des AGB-Rechts genügen, müssen also mindestens transparent sein und dürfen den Vertragspartner nicht unangemessen benachteiligen¹⁹. Sogenannte Spannungsklauseln²⁰ als Unterfall der Preisanpassungsklauseln stellen eine verhältnismäßig sichere Alternative dar, um eine effektive Preisanpassung über die Vertragslaufzeit sicherzustellen. Doch auch hier muss AGB-rechtlichen Anforderungen genügt werden.

Können sich die Vertragsparteien somit nicht auf für den deutschen Exporteur günstige Zahlungsbedingungen und/oder eine verhältnismäßig stabile Vertragswährung einigen, sollte der Exporteur in seinem eigenen Interesse mindestens vertragliche Vorkehrungen zur Absicherung möglicher Währungs- und Inflationsrisiken treffen.

III. Ausgewählte praktische Probleme des Auslandsgeschäfts in Krisenzeiten

Angesichts der zahlreichen globalen Krisenherde sind grenzüberschreitend aktive Unternehmen zudem gehalten, mögliche Schwierigkeiten in der praktischen Abwicklung ihrer Auslandsaktivitäten vorherzusehen und im Vorfeld Maßnahmen zu deren Berechnung zu ergreifen.

17 Ausführlich zur Auslegung typischer MAC-Klauseln Kuntz, DStR 2009, 377.

18 Etwa durch das Preisklauselgesetz.

19 BGH, 17.12.2008 – VIII ZR 274/06, BB 2009, 634 m. BB-Komm. von Bodungen/Hesse, WM 2009, 322; näher hierzu auch Breckheimer/Zeidler, BB 2012, 2902, 2903.

20 BGH, 8.6.2006 – VII ZR 13/05, NJW 2006, 2979; Graf von Westphalen, in: Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 35. Erg.-Lfg. 2014, Rn. 46.

1. Closing einer Unternehmenstransaktion

So ist z. B. das *Closing*-Prozedere einer Unternehmenstransaktion eine sorgfältig orchestrierte Abfolge verschiedener Handlungen der Parteien. Es gilt, Dokumente zu überreichen, Erklärungen abzugeben, und Zahlungen vorzunehmen. Entsprechende Zahlungseingänge sind ggf. durch die mit der Abwicklung betrauten Banken zu bestätigen. An dieser Stelle kann es aktuell mehr denn je haken: Die Bank, deren Bestätigung erwartet wird, kann aufgrund eines Streiks lahmgelegt sein (so zuletzt etwa bei der Blockade des *Convention-Center* im insoweit bisher unverdächtigen Hongkong). Zu allem Überflus kann dann der Online-Zugriff auf Bankkonten infolge eines technischen Defekts oder eines Hackerangriffs gestört (so z. B. zuletzt bei der Fidor Bank). Telekommunikationsanbieter können ihre Dienstleistungen infolge eines solchen Angriffs vorübergehend nicht mehr erbringen (so etwa der VOIP-Anbieter Sipgate). Unternehmen und Berater sind angesichts dieser realen Risiken mehr denn je gefordert, derlei Unwägbarkeiten bei der Vertragsgestaltung und der praktischen Abwicklung einzuplanen. Es gilt, frühzeitig an alternative Gestaltungsmöglichkeiten zu denken und für den Ernstfall – soweit möglich – Handlungsalternativen und ausreichende zeitliche Reserven vorzusehen.

2. Führung ausländischer Tochtergesellschaften

Vor praktischen Herausforderungen stehen aber auch Unternehmen mit Tochtergesellschaften im Ausland: Typischerweise überwiegt gerade bei der Erschließung neuer Märkte die Vorsicht, das Vertrauen in lokale Partner bzw. Mitarbeiter vor Ort ist zunächst eher gering. Mit dem Ziel größtmöglicher Kontrolle über eine Tochtergesellschaft werden also wichtige Positionen im lokalen Management z. B. mit leitenden Angestellten der deutschen Muttergesellschaft besetzt. Zu berücksichtigen gilt es aber, dass diese leitenden Angestellten nicht ständig vor Ort sein werden. Gerade im Falle unvorhergesehener Ereignisse kann es jedoch erforderlich sein, vor Ort Unterschriften (z. B. in notarieller Form) zu leisten oder bei einer Behörde vorzusprechen. Ggf. ist in einer *Joint-Venture*-Gesellschaft die Teilnahme und Stimmabgabe in einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung notwendig. Kann eine solche persönliche Handlung nicht zeitnah erbracht werden, drohen empfindliche Nachteile. Im *worst-case* ist es nicht möglich, vor Ort zu sein bzw. dort kurzfristig zu erscheinen. In der Zwischenzeit in Kraft getretene Reisebeschränkungen²¹, eine kurzfristig geänderte Ausstellungspraxis für Visa oder aber die aktuelle Ebola-Epidemie in mehreren afrikanischen Staaten können die dringende erforderliche Präsenz vor Ort faktisch unmöglich machen. So oder so: Die enge Führung einer Gesellschaft durch Einsetzung vertrauter (deutscher) Mitarbeiter kann sich jedenfalls dann als kontraproduktiv herausstellen, wenn sie aufgrund von rechtlichen oder tatsächlichen Reisebeschränkungen im Ernstfall nicht ausgeübt werden kann. Es empfiehlt sich daher, bei „eng geführten“ Auslandsbeteiligungen vor Ort mit Bevollmächtigungen zu arbeiten. Die am persönlichen Erscheinen gehinderten Personen können so ihre Anweisungen fernmündlich äußern und durch eine natürliche Person umsetzen lassen. Angesichts des Einsatzzweckes – Vertretung der eigentlich relevanten Personen infolge der unvorhergesehenen Verhinderung – empfiehlt es sich, eine weit formulierte Vollmacht zu erteilen, die den Vollmachtnehmer zur Vornahme einer möglichst großen Bandbreite von Geschäften ermächtigt. Das mit der Erteilung einer solch weiten Vollmacht verbundene abstrakte Risiko des Vollmachtmissbrauchs relativiert sich häufig durch die Auswahl der Person des Bevollmächtigten:

Angehörige der rechts- und steuerberatenden Berufe sind es zum einen gewohnt, im Außenverhältnis mit weiter Vollmacht zu agieren, im Innenverhältnis aber strikt auf Anweisung zu handeln. Zum anderen ist ein Vollmachtmissbrauch durch einen solchen Bevollmächtigten mit Blick auf berufs- und strafrechtliche Sanktionen sehr unwahrscheinlich. Ggf. können solche Vollmachten auch mehrere Personen zur gemeinsamen Vertretung bevollmächtigen und so eine wechselseitige Kontrolle bzw. ein Vier-Augen-Prinzip begründen.

3. Im Ausland zu verwendende Dokumente

In diesem Zusammenhang sei ein weiterer potentieller Stolperstein im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr nicht unerwähnt. Dokumente, die im Ausland eingesetzt werden – sei es die soeben angesprochene Notfallvollmacht oder gesellschaftsrechtliche Dokumente, mit deren Hilfe im Ausland eine Umfirmierung oder Rechtsnachfolge nachgewiesen werden soll – bedürfen regelmäßig einer bestimmten Form, um ihren Zweck vor Ort erfüllen zu können. Bei geplanter Verwendung in Staaten, die dem Haager Apostillen-Übereinkommen²² nicht beigetreten sind, ist regelmäßig die Legalisation von Dokumenten erforderlich. Ähnlich wie bei der Vergabe von Visa kann es vorkommen, dass sich die Praxis bei der Legalisation von Dokumenten unerwartet ändert oder sich die Bearbeitung verzögert. Unternehmen und Berater sollten entsprechende Unwägbarkeiten daher stets im Blick haben und ggf. bei der zeitlichen Planung berücksichtigen, wenn die Verwendung deutscher Dokumente im Ausland absehbar ist.

IV. Fazit

Unternehmer, deren Berater und andere Wirtschaftsakteure, die sich täglich mit Vertragsbeziehungen zu ausländischen Partnern befassen, werden anhand obiger Ausführungen erkennen, dass es letztlich keine neuen Instrumentarien gibt, mithilfe derer man auf die gegenwärtigen Krisen in der Welt reagieren könnte. Vielmehr müssen diese Krisen mit den vorhandenen rechtlichen und tatsächlichen Mitteln gelöst werden. Mehr denn je sind eine sorgfältige und realistische Risikoabwägung im Vorfeld, die Einpreisung der erkannten Risiken und eine umsichtige Vertragsgestaltung unerlässliche Voraussetzungen für den wirtschaftlichen Erfolg.

Dr. Fabian Breckheimer, RA, ist Partner der Sozietät tradeo LLP Rechtsanwälte in Düsseldorf. Er ist spezialisiert auf das nationale und internationale Handels- und Vertriebsrecht und berät mittelständische Unternehmen ebenso wie Konzerne und Verbände zur rechtssicheren Gestaltung des Einkaufs oder Vertriebs von Waren und Dienstleistungen.



Tobias Karrenbrock, LL.M., RA, ist Partner der Sozietät tradeo LLP Rechtsanwälte in Düsseldorf. Er ist spezialisiert auf gesellschaftsrechtliche Fragestellungen insbesondere mit grenzüberschreitenden Bezügen.



²¹ Teils rein faktischer Natur, Russland „sperrte“ deutsche Mitarbeiter von in Russland tätigen Unternehmen im Sommer 2014 zeitweilig „aus“.

²² „Haager Übereinkommen vom 5.10.1961 zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation“