



Liebe Leserinnen und liebe Leser,

wie kamen zwei unserer recht jungen BRANDIs zum Fachgebiet Erbrecht und wie sehen sie die Zukunft, z. B. für den digitalen Nachlass? Wir haben mit ihnen darüber gesprochen.

Gilt es noch, dass ausländische Staatsangehörige durch die Wahl ihres Heimatrechts die Anwendung des deutschen Pflichtteilsrechts vermeiden können? Die Kompetenzgruppe Vermögensplanung, Vermögensnachfolge und Erbrecht geht dem nach. Auch die Fehlvorstellungen bei der Gestaltung gemeinschaftlicher privatschriftlicher Testamente und das Problem des Informationsdefizits bei Pflichtteilsansprüchen werden beleuchtet.

Wichtige Hinweise zu den Grundlagen für Nebenkostenabrechnungen in Gewerberaummietverträgen erhalten Sie von unserer Kompetenzgruppe Mietrecht, Immobilienvermarktung und -verwaltung. Unter anderem werden noch diese Fragen thematisiert:

„Vermietungen vom Reißbrett“ – Was ist bei dem Bedürfnis zu beachten, sich schon vor Vertragsabschluss abzusichern und wie kann man Streitigkeiten über die Mietfläche vorbeugen?

Dass jede einfache Steuerhinterziehung den Geldwäschetatbestand erfüllen kann und wie es rechtlich aussieht, wenn bei Geschäftsleuten bei Tatbegehung die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun, erläutert neben anderen Themen die Kompetenzgruppe Wirtschafts- und Steuerstrafrecht. Außerdem richtet sie einen Blick auf den 17. Dezember 2021, an dem die EU-Richtlinie zum Schutz von Whistleblowern national umgesetzt sein soll.

Wir wünschen Ihnen eine schöne Weihnachtszeit.

Ihr BRANDI Team

NEUES AUS DEM BRANDI TEAM



Farina Franz

studierte an der Georg-August-Universität Göttingen. Sie absolvierte ihr Referendariat im Oberlandesgerichtsbezirk Braunschweig.

Frau Franz ist seit April 2021 für uns im Bereich Arbeitsrecht in Hannover tätig.

studierte Rechtswissenschaft an der Rheinischen-Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Sein Referendariat absolvierte er am Landgericht Detmold.

Maximilian Berger

Herr Berger steht Ihnen seit Oktober 2021 an unserem Standort in Detmold für Mietrecht, Immobilienverwaltung und -vermittlung sowie Privates Baurecht, Immobilienplanung und -errichtung zur Verfügung.



Robert Bähr

studierte Rechtswissenschaft an der Leibniz Universität Hannover mit Schwerpunktstudium im Kapital- und Gesellschaftsrecht. Beim Oberlandesgericht Celle mit Stationen bei uns und bei Eckert Rechtsanwälte in Hannover absolvierte er sein Referendariat.

Seit Juli 2021 ist Herr Bähr an unserem Standort in Hannover in den Bereichen Bank- und Kapitalmarktrecht, Mietrecht, Immobilienverwaltung und -vermittlung, Privates Baurecht, Immobilienplanung und -errichtung, sowie Gesellschaftsrecht/M&A für Sie da.

An unserem Standort in Paderborn sind jetzt mit Frau Wessel fünf Notarinnen und Notare für Sie da.

Victoria Wessel

Mit Herrn Dr. Kurth stehen Ihnen nunmehr 10 Notarinnen und Notare an unserem Standort in Bielefeld zur Verfügung.

Dr. Steffen Kurth, LL.M.



Neues aus dem BRANDI Team	2
Nicht zum alten Eisen gehörend...	4
Vermögensplanung, Vermögensnachfolge und Erbrecht	6
Dr. Steffen Kurth Wenn der Wahl des ausländischen Erbrechts Grenzen gesetzt werden, um nahe Verwandte zu schützen	6
Dr. Jürgen Löbbe Bindungswirkung in Testamenten und Erbverträgen	6
Dr. Daniel Kollmeyer Durchsetzung von Pflichtteilsansprüchen	7
Mietrecht, Immobilienvermarktung und -verwaltung	9
Dr. Jörg König Einzelfragen zur Nebenkostenabrechnung in Gewerberaummietverträgen	9
Timo Stallmann, LL.M. Bindung der zukünftigen Mietvertragsparteien während der Vertragsverhandlungen – Letter of Intent und Vorvertrag	9
Dennis Pielsticker Auf die Größe kommt es nicht (immer) an – Streitpunkt Mietfläche	11
Dr. Simon Schmollmann Was interessiert mich mein Geschwätz von gestern – mündliche Absprachen in der Anbahnungsphase von Mietverträgen	12
Dr. Sebastian Huck, LL.M. (Bristol) Indexmiete – das Basisjahr als notwendiger Inhalt einer wirksamen Vereinbarung	13
Fragen an Dr. Anne-Louise Schümer	14
Wirtschafts- und Steuerstrafrecht	15
Rüdiger Hitz Neues zum Thema Selbstanzeige	15
BGH stellt hohe Anforderungen an das Vorliegen eines Verbotsirrtums bei Geschäftsleuten – Die besondere Erkundigungspflicht umfasst auch die „Pflicht zur Aktualisierung“	15
Michael Weber-Blank, NLP M. Die Whistleblower-Richtlinie der EU – notwendig zur Verbrechensaufklärung oder Anstiftung zum Denunziantentum?	16
Dr. Anne-Louise Schümer Die abfallrechtliche Zuverlässigkeit – straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Aspekte	17
Fragen an Michael Weber-Blank, NLP M.	19

NICHT ZUM ALTEN EISEN GEHÖREND...

...aber alles andere als Anfänger: Die Fachanwältin für Erbrecht Victoria Wessel und der Fachanwalt für Erbrecht Dr. Daniel Kollmeyer im Gespräch

Beide sind Rechtsanwalt bzw. Rechtsanwältin und Notar bzw. Notarin, beide Fachanwalt/Fachanwältin für Erbrecht aber beide noch keine vierzig – was bedeutet das bei der Beratung in einem Rechtsgebiet, das allgemeinhin damit assoziiert wird, dass man es vor allem mit älteren Mandantinnen und Mandanten zu tun hat? Und: stimmt das überhaupt? Wie kamen die beiden zu diesem Gebiet und wie sehen die beiden BRANDIs die Entwicklung Ihres Fachgebietes? Wir haben mit Victoria Wessel und Dr. Daniel Kollmeyer darüber gesprochen.

BRANDI Report: Frau Wessel, „Bestellung zur Notarin 2021“ steht da ganz nüchtern auf der BRANDI-Homepage zu Ihrem Profil. Man darf wohl noch gratulieren – was bedeutet Ihnen persönlich dieser Eintrag bzw. natürlich die dahinterstehende Berufung?

Wessel: Vielen Dank für die Gratulation! Bei mir persönlich hat die Berufung ganz viel ausgelöst: Erleichterung, weil ich die Prüfungen hinter mir habe. Dankbarkeit für die Unterstützung meiner Kollegen. Freude, dass ich nun diesen spannenden Beruf ausüben darf. Aber natürlich auch Respekt vor den Fragen und Aufgaben, die sich stellen werden. Ich bin aber auch zuversichtlich, dass ich das gut schaffen werde, ich bin ja nun schon eine ganze Weile in dem Gebiet schwerpunktmäßig tätig.

BRANDI Report: Herr Dr. Kollmeyer, bei Ihnen ist das schon etwas, aber auch nicht viel länger her. Wie ist das als Erbrechtler unter 40 – verbinden die Leute nicht mit einem Fachanwalt für Erbrecht und Notar einen älteren gesetzten Herrn jenseits der 60 im eichenvertäfelten Besprechungszimmer?

Kollmeyer: Ältere Kollegen genießen sicherlich einen gewissen Vertrauensvorschuss, wie in allen Beratungsberufen. Ich hatte aber das große Glück, auch schon in den letzten Jahren – genau genommen seit meinem Berufseinstieg – viel Praxiserfahrung im Erbrecht sammeln zu können. Entscheidend ist ein verbindliches und ruhiges Auftreten, verbunden mit fundierten Fachkenntnissen. Das Alter spielt dann für die Beteiligten eine untergeordnete Rolle.

BRANDI Report: Sie sind beide Fachanwalt bzw. Fachanwältin für Erbrecht. Wieso haben Sie sich für diesen Bereich des Rechts entschieden?

Kollmeyer: Während des Studiums habe ich mich für das Erbrecht als zivilrechtliches Nebengebiet noch nicht sehr interessiert. Nach meinem Einstieg bei BRANDI hat sich das grundlegend gewandelt. Das Erbrecht hat eine besonders hohe praktische Bedeutung bei der Beratung von Privatpersonen und ist aufgrund der Komplexität der Gestaltungsmöglichkeiten und des Normenbestandes auch wissenschaftlich sehr interessant.

BRANDI Report: Frau Wessel, wie war das bei Ihnen und was entgegnete Sie jemandem der sagt, das Erbrecht habe etwas furchtbar angestaubtes?

Wessel: Die Entscheidung, im Erbrecht tätig zu sein, habe ich auch erst getroffen, als ich bereits als Rechtsanwältin tätig war. Sobald man die Menschen kennen lernt, die hinter den Rechtsfragen stehen und ihre Geschichten hört, merkt man, dass das Erbrecht kein trockenes oder angestaubtes Rechtsgebiet ist, sondern – ganz im Gegenteil – ein sehr lebendiges. Für die Mandanten, die an uns herantreten, geht es oft um viel. Das gilt nicht nur wirtschaftlich, sondern auch emotional.

BRANDI Report: Welche Themen halten Sie in Ihrem Rechtsgebiet für besonders aktuell, welche Rechtsfragen stellen sich gerade in besonderem Maße?

Wessel: Im Hinblick auf die Beratung bei der Nachfolgeplanung habe ich den Eindruck, dass immer mehr Menschen aktiv Vorsorge betreiben. Das meint nicht nur, sich um Themen wie Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung zu kümmern, sondern auch, in Betracht zu ziehen, bereits zu



Dr. Daniel Kollmeyer

Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Gütersloh
Fachanwalt für Erbrecht
daniel.kollmeyer@brandi.net

Lebzeiten Vermögen auf die nächste Generation zu übertragen. Im Bereich des streitigen Erbrechts mehren sich die Fälle, in denen Erben nach Eintritt des Erbfalls die Nutzung von Vorsorgevollmachten kontrollieren und korrigieren wollen. Auch grenzüberschreitende Sachverhalte werden angesichts flexiblerer Lebensmodelle im Erbrecht immer häufiger.

BRANDI Report: Das heißt, die Internationalisierung schreitet auch im Erbrecht voran, eigentlich dem klassischen Gebiet, auf dem sich die einzelnen Rechtsordnungen ja noch zum Teil sehr stark unterscheiden. Wie ist es denn mit Digitalisierung – spielt das im Erbrecht eine Rolle oder zieht immer noch der Geruch von Siegelwachs durch die Geschäftsstellen?

Kollmeyer: Der digitale Nachlass und insbesondere die Vererblichkeit der Rechte und Pflichten aus Nutzungsverträgen ist seit einer grundlegenden Entscheidung des BGH aus 2018 stärker ins Bewusstsein gerückt. Der BGH gewährte den Erben eines Account-Inhabers Anspruch auf Zugang zu dessen vollständigen Facebook-Benutzerkonto. Trotzdem spielt auf absehbare Zeit noch eher das Siegelwachs eine bedeutende Rolle. Testamente und Co. müssen sicherlich noch lange vom Notar in einem Umschlag mit Prägiesiegel bei dem zuständigen Nachlassgericht in Verwahrung gebracht werden. Daher bleibt die Übertragung einer solchen Urschrift in eine der Urschrift gleichstehenden elektronischen Form auch nach Einführung des elektronischen Urkundenarchivs ab 1.1.2022 ausgeschlossen.

Wessel: Genau, eine parallele Verwahrung einer elektronischen Fassung der Urschrift, die der (Papier-)Urschrift gleichsteht, wäre mit dieser Zuständigkeit des Nachlassgerichts nämlich nicht vereinbar. Die virtuelle Beurkundung von erbrechtlichen Gestaltungen ist bislang ebenfalls noch nicht zugelassen. Da in Bezug auf GmbH-Gründungen derzeit jedoch die technischen und rechtlichen Voraussetzungen für eine Online-Beurkundung geschaffen werden, könnte es sich dabei nur um eine Frage der Zeit handeln.

BRANDI Report: Ist es eigentlich nur für „ältere“ Menschen ratsam, sich mit dem Thema Testamentgestaltung und Nachlassregelung auseinanderzusetzen? Hat sich da in den letzten Jahren etwas verändert?

Wessel: Es ist eher die Lebenssituation entscheidend, als das Alter. Sich Gedanken darüber zu machen, was man selbst verfügen möchte, ist wohl immer sinnvoll und hilft den Hinterbliebenen. Auch junge Menschen verunglücken oder erkranken lebensgefährlich und in den seltensten Fällen ist ein unregelmäßiger Nachlass passend. Besonders gilt das für



Victoria Wessel

Rechtsanwältin und Notarin mit Amtssitz in Paderborn
Fachanwältin für Erbrecht
victoria.wessel@brandi.net

Eigentümer von Immobilien, Unternehmer, kinderlose Paare, Patchwork-Familien oder Geschiedene. Das hat sich aber auch gut herumgesprochen. Ich könnte jedenfalls nicht feststellen, dass Menschen erst ab einem gewissen Alter zu uns kommen, um ihre Nachlassregelung anzugehen.

BRANDI Report: Vielen Dank bis hierher. Wagen wir nun einen Blick in die Zukunft. Wie wird sich Ihrer Meinung nach die erbrechtliche Beratung in zehn oder gar zwanzig Jahren von der heute unterscheiden?

Kollmeyer: Materiell-rechtlich gab es im Erbrecht in den letzten Jahrzehnten im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten nur wenige sehr bedeutsame Gesetzesänderungen und diese sind derzeit auch nicht für die Zukunft absehbar. Dennoch gibt es laufend neue Rechtsprechung zu noch immer ungeklärten Rechtsfragen, an die sich die Beratungspraxis anpassen muss. Selbst wenn künftig die Möglichkeit von Online-Beurkundungen auch im Erbrecht geschaffen werden sollte, gehe ich davon aus, dass der unmittelbare persönliche Kontakt zwischen Beratern und Beteiligten im Erbrecht auch in Zukunft eine entscheidende Rolle spielen wird.

Wessel: Genau. Ganz gleich, wie sich die Gesetze und Rahmenbedingungen ändern, wird unsere Beratung stets den Mandanten und seine konkrete Situation in den Mittelpunkt stellen. Das bleibt meiner Meinung nach eine Konstante, auch in fernerer Zukunft und auch dann, wenn wir vielleicht vermehrt über Bildschirme kommunizieren.

Dr. Steffen Kurth

Wenn der Wahl des ausländischen Erbrechts Grenzen gesetzt werden, um nahe Verwandte zu schützen

Gelegentlich haben Personen, die sich mit der Errichtung ihres Testaments beschäftigen, den Wunsch, dass ihre Verwandten sie weder beerben noch einen Pflichtteil erhalten. Um das Ziel zu erreichen, wurde in der Vergangenheit in geeigneten Fällen regelmäßig zur sogenannten Rechtswahl gegriffen. Geeignet haben sich dabei Fälle, in denen die das Testament errichtenden Personen ausländische Staatsangehörige waren, deren Heimatrecht kein Pflichtteilsrecht für Verwandte kennt (wie z. B. das englische Recht). Denn die im Jahr 2015 in Kraft getretene EU-Erbrechtsverordnung erlaubt es Erblässern, das Erbrecht ihrer Staatsangehörigkeit zu wählen. Eine solche Rechtswahl wurde bislang sowohl in Deutschland als auch im europäischen Ausland überwiegend akzeptiert, auch wenn sie dazu diente, Pflichtteilsansprüche von Verwandten zu vermeiden. Die Folge dessen war, dass ausländische Staatsbürger, deren Heimatrecht – anders als das deutsche Erbrecht – kein Pflichtteilsrecht kennt, ihr Heimatrecht wählen konnten und dadurch ihre enterbten Verwandten u. U. keinerlei finanzielle Zuwendungen aus dem Nachlass erhielten.

Dem ist nun das Oberlandesgericht Köln (Urteil vom 22.04.2021 – 24 U 77/20) entgegengetreten. In dem vom Gericht zu entscheidenden Fall ging es um einen in England geborenen Erblasser, der die letzten Jahrzehnte in Deutschland verbracht, seine britische Staatsangehörigkeit aber nie aufgegeben hatte. Der englische Erblasser wählte in seinem Testament englisches Recht und enterbte eines seiner Kinder. Das betroffene Kind hat daraufhin Pflichtteilsansprüche nach deutschem Recht geltend gemacht. Nach der Entscheidung des Kölner Oberlandesgerichts stehen dem Kind trotz der Wahl des englischen Erbrechts Pflichtteilsansprüche nach deutschem Recht zu. Denn der Umstand, dass die gewählte englische Rechtsordnung nahen Verwandten keine Pflichtteils- oder Noterbrechte zugesteht, ist nach Auffassung des Gerichts mit dem deutschem Recht unvereinbar. Die Unvereinbarkeit führt nach Ansicht der Kölner Richter wiederum dazu, dass im konkreten Einzelfall das englische Recht nicht anwendbar ist und das deutsche Pflichtteilsrecht zum Tragen kommt.

Es ist zu erwarten, dass sich demnächst der Bundesgerichtshof und ggf. der Europäische Gerichtshof mit der Frage beschäftigen müssen, ob derartige Rechtswahlen zu billigen sind oder nicht.

Für die bisherige Praxis bedeutet die Entscheidung aus Köln in der Zwischenzeit einen erheblichen Dämpfer. Denn solange eine abschließende höchstrichterliche Klärung noch nicht erfolgt ist, bleibt unklar, ob Erblasser durch die Wahl ihres Heimatrechts die Anwendung des deutschen Pflichtteilsrechts vermeiden können. Jedenfalls in der Zwischenzeit, d. h. bis eine Klärung durch den Bundesgerichtshof bzw. Europäischen Gerichtshof erfolgt ist, werden sich interessierte Erblasser daher vermehrt mit der Frage beschäftigen müssen, ob sie vorsorglich Pflichtteilsverzichtverträge mit ihren Verwandten schließen und/oder schon zu Lebzeiten im Wege der sog. vorweggenommenen Erbfolge Teile ihres Vermögens an die späteren Erben übertragen, um die Pflichtteilsansprüche der Verwandten zu vermeiden bzw. zu reduzieren.



Dr. Steffen Kurth, LL.M.
Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Bielefeld
Fachanwalt für Erbrecht
Fachberater für Unternehmensnachfolge (DStV e.V.)
steffen.kurth@brandi.net

Dr. Jürgen Löbbe

Bindungswirkung in Testamenten und Erbverträgen

Immer wieder gibt es Fehlvorstellungen im Zusammenhang mit der Errichtung letztwilliger Verfügungen. Das gilt insbesondere für die Gestaltung gemeinschaftlicher privatschriftlicher Testamente, auch beispielsweise bei der Errichtung des beliebten sogenannten Berliner Testaments. Hier setzen sich Ehepartner zunächst (im ersten Erbfall) wechselseitig zu Erben ein. Für den zweiten Erbfall (wenn der länger lebende Ehepartner verstirbt) werden regelmäßig die gemeinsamen Kinder zu Erben eingesetzt.

Gern wird dieser Regelungswunsch dann „im privaten Bereich“, ohne rechtliche Beratung umgesetzt. Vermutlich ist ein Grund dafür, dass es nach § 2267 BGB genügt, wenn einer der Ehepartner das Testament handschriftlich errichtet und der andere Ehepartner die gemeinschaftliche Erklärung eigenhändig mit unterzeichnet.

Bisweilen vergehen dann allerdings von der Testamentserrichtung bis zum zweiten Erbfall viele Jahre, manchmal auch Jahrzehnte, in denen sich die Lebensumstände ändern. Eines der Kinder entwickelt sich möglicherweise nicht so, wie sich die Eltern dies vorgestellt haben, es wird aufgrund eines Verkehrsunfalls oder eines Schlaganfalls stark eingeschränkt oder bezieht vielleicht Sozialleistungen. Eines der Kinder wird alkohol- oder drogenabhängig oder es zieht weit weg ins Ausland, während sich ein anderes Kind um die Pflege und Versorgung des verbleibenden Elternteils kümmert. Möglicherweise kann sich auch ein Kind nicht um die Eltern kümmern, weil es selbst erkrankt oder verstorben ist.

Mit anderen Worten: Der länger lebende Ehepartner sieht nach Eintritt des ersten Erbfalls – aus verständlichen Gründen – Änderungsbedarf für die im Testament vorgesehene Erbeinsetzung der Kinder zu gleichen Teilen.

Nun erfährt der länger lebende Ehepartner jedoch, dass er an einer solchen Änderung durch die im Gesetz in § 2270 BGB vorgesehene Vermutung einer Bindungswirkung gehindert ist. Viele Gerichte gehen bei der vorstehenden Gestaltung des gemein-

schaftlichen Testaments davon aus, dass der bereits verstorbene Ehepartner den länger lebenden Ehepartner gerade deshalb unter Enterbung der gemeinsamen Abkömmlinge zum Alleinerben im ersten Erbfall eingesetzt hat, weil beim zweiten Erbfall die gemeinsamen Kinder Schlusserben sind. Der Gesetzgeber nennt dies „Wechselbezüglichkeit“.

Die Folge ist, dass der länger lebende Ehepartner sein Testament nicht mehr wirksam ändern kann. Ein neues Testament wäre wegen des Verstoßes gegen die Bindungswirkung schlicht unwirksam.

In solchen Fällen kann auch mit Unterstützung juristischer Beratung kaum eine sachgerechte Lösung gefunden werden. Manche denken, dass dann durch Schenkungen zu Lebzeiten ein Ausgleich erfolgen kann, übersehen jedoch, dass durch § 2287 BGB grundsätzlich der „Vertragserbe“, also derjenige, der nach dem gemeinsamen Testament beim zweiten Erbfall erbt, die geschenkten Vermögenswerte grundsätzlich vom Beschenkten nach Eintritt des zweiten Erbfalles zurückfordern kann. Eine Schenkung ist daher regelmäßig keine Lösung, unabhängig davon, dass der Erblasser selbst über den verschenkten Gegenstand zu Lebzeiten nicht mehr verfügen kann.

Schlägt der Berater vor, es könne eine Anfechtung des Testaments erfolgen, wenn der Erblasser neu heiratet, weil dann eine pflichtteilsberechtigende Person (der neue Ehepartner) übergegangen würde, ist auch dies regelmäßig keine Lösung, weil ein Lebenspartner, der als neuer Ehepartner in Betracht käme, gar nicht vorhanden ist oder aber – selbst wenn dies der Fall sein sollte – eine Eheschließung nicht gewünscht ist, weil sich dies z. B. nachteilig auf die Einkünfte aus Renten auswirkt.

Wichtig ist es daher, den Umfang der Bindungswirkung für den zweiten Erbfall zu bedenken, wenn das Testament errichtet wird. Der Gesetzgeber hat übrigens weitere Vermutungen normiert, in bester Absicht, um bei Lücken „behilflich“ zu sein, z. B. für den Fall, dass ein im Testament vorgesehener Erbe verstirbt, bevor der Erblasser verstirbt. Wer erbt dann? „Gut gemeint“ ist nicht selten das Gegenteil von „gut gemacht“. Eine sinnvolle Regelung insbesondere dieser Fragen, bei denen das Gesetz Vermutungen aufstellt, ist daher unbedingt zu empfehlen.

Dr. Daniel Kollmeyer

Durchsetzung von Pflichtteilsansprüchen

Die Durchsetzung von Pflichtteilsansprüchen ist neben der Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften eines der zentralen Themen in der anwaltlichen Beratungspraxis, nachdem ein Erbfall eingetreten ist. Abkömmlinge (Kinder, Enkelkinder), Ehegatten des Erblassers und – soweit keine Abkömmlinge vorhanden sind – auch die Eltern des Erblassers können Pflichtteilsansprüche geltend machen, wenn der Erblasser sie durch Verfügung von Todes wegen enterbt hat. Der Pflichtteilsanspruch ist ein sofort fälliger Geldzahlungsanspruch gegen die Erben in Höhe der Hälfte der gesetzlichen Erbquote.

Ist ein Pflichtteilsberechtigter zwar nicht enterbt, sind ihm durch Verfügung von Todes wegen aber Beschwerden auferlegt, hat er zudem ein Wahlrecht, ob er die Erbschaft mit Beschwerden annimmt, oder diese ausschlägt und den Pflichtteil verlangt. Die Entscheidung muss allerdings innerhalb kurzer Zeit nach Eintritt des Erbfalles getroffen werden, da in der Regel eine Frist zur Ausschlagung von nur 6 Wochen nach Kenntnis von Anfall der Erbschaft und von dem Grund der Berufung läuft. Danach gilt die Erbschaft als angenommen. Dabei ist genau zu prüfen, welche Konstellation wirtschaftlich günstiger ist und den Interessen des Mandanten entspricht. Der schuldrechtliche Pflichtteilsanspruch kann zudem „bequemer“ sein, da die Verantwortlichkeit für die Nachlassabwicklung und eine Auseinandersetzung der Erbschaft unter den Miterben entfällt.

Aufgrund der fehlenden unmittelbaren Beteiligung am Nachlass hat der Pflichtteilsberechtigte zunächst ein Informationsdefizit und ist auf Auskünfte des Erben angewiesen um seinen Anspruch zu beziffern. Der Gesetzgeber gewährt daher einen Anspruch auf Auskunft durch Vorlage eines Bestandsverzeichnisses über den Nachlass, welches insbesondere sämtliche Aktiva und Passiva sowie Schenkungen der Erblassers innerhalb von zehn Jahren vor dem Erbfall – in bestimmten Konstellationen auch unabhängig von dieser Frist – enthält. Der Pflichtteilsberechtigte kann zudem verlangen zur Verzeichnung hinzugezogen zu werden und dass das Verzeichnis durch einen Notar aufgenommen wird. Bestehen Anhaltspunkte, dass die Auskunft nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt wurde – etwa weil diese mehrfach berichtigt werden musste –, kann der Pflichtteilsberechtigte vom Erben verlangen eine eidesstattliche Versicherung abzugeben. Für den auskunftsverpflichteten Erben gilt dabei: Informationen, die er nicht selbst hat, muss er sich mit allen zumutbaren Mitteln beschaffen, indem er den gesamten Nachlassbestand sichtet, aber auch Auskunftsansprüche gegen die konto- und depotführenden Banken des Erblassers geltend macht. Schließlich kann der Pflichtteilsberechtigte vom Erben eine Wertermittlung verlangen, was in der Praxis insbesondere für Immobilienvermögen und Unternehmensbeteiligungen relevant ist. Liegen alle relevanten Informationen vor, kann der Zahlungsanspruch beziffert werden.

In der Praxis vergehen bis zur Bezifferung des Anspruchs jedoch häufig Monate oder sogar Jahre. Besonders wichtig für den Pflichtteilsberechtigten ist es daher, dass der Anspruch nach der Rechtsprechung des BGH auch schon unbeziffert zur Zahlung angemahnt werden kann. Infolgedessen tritt Verzug ein und der Erbe hat die Schuld mit 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zu verzinsen.



Dr. Jürgen Löbbe
Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Bielefeld
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Fachanwalt für Erbrecht
juergen.loebbe@brandi.net

Neben dem tatsächlichen Problem, alle relevanten Informationen in Bezug auf den Nachlassbestand zu erlangen, gibt es zahlreiche rechtliche „Stolpersteine“, die sowohl Erben als auch Pflichtteilsberechtigter berücksichtigen müssen. Ein wesentlicher Streitpunkt können Schenkungen des Erblassers zu dessen Lebzeiten sein. Diese sind im sogenannten fiktiven Nachlass zu berücksichtigen und dem Aktivnachlass hinzuzurechnen, wobei der Wert der Schenkung mit jedem Jahr, das seit der Leistung bis zum Erbfall verstrichen ist, mit 10 % weniger zu berücksichtigen ist. Bei Schenkungen an den Ehegatten des Erblassers beginnt diese Frist jedoch nicht vor Auflösung der Ehe. In der sehr praxisrelevanten Konstellation der Übertragung von Immobilien zu Lebzeiten findet zudem das sog. „Niederstwertprinzip“ Anwendung, wonach der Wert zur Zeit des Erbfalls und der Wert zur Zeit der Leistung miteinander verglichen werden müssen.

Besonders problematisch sind zudem unklare Formulierungen in Übertragungsverträgen in Bezug auf die Auswirkungen der Zuwendung auf das Pflichtteilsrecht. In Betracht kommen Anrechnungsbestimmungen, welche die Pflichtteilslast insgesamt schmälern, Ausgleichsbestimmungen unter Abkömmlingen, welche einen Rechenposten bei der Teilung einer Erbengemeinschaft darstellen, aber auch Auswirkungen auf die Höhe der Pflichtteile haben, oder reine Motivangaben des Erblassers ohne Auswirkungen im Pflichtteilsrecht.

Jeder der Ansprüche des Pflichtteilsberechtigten kann im Grundsatz einzeln gerichtlich geltend gemacht werden. Die prozessuale Durchsetzung der Pflichtteilsansprüche erfolgt in der Regel jedoch im Wege einer Stufenklage, bei der über die einzelnen Anträge nacheinander entschieden wird. Der Pflichtteilsberechtigte entscheidet dann jeweils über den Übergang zur nächsten Stufe, wobei auch einzelne Stufen übersprungen

werden können. Wichtig ist, dass damit auch die entscheidende letzte „Zahlungsstufe“ rechtshängig und die Verjährung des Zahlungsanspruchs in voller Höhe gehemmt wird, auch wenn dieser noch nicht beziffert werden kann.

Fazit:

Das größte Problem bei der Geltendmachung und Durchsetzung von Pflichtteilsansprüchen ist zunächst das Informationsdefizit des Pflichtteilsberechtigten. Selbst wenn alle notwendigen Informationen vorliegen, stellen sich jedoch häufig zahlreiche rechtliche Detailfragen, die der Erbe und Pflichtteilsberechtigte mit dem rechtlichen Berater abwägen müssen. Dabei sollte neben der prozessualen Durchsetzung in jedem Stadium des Verfahrens auch die Möglichkeit einer sachgerechten vergleichswisen Lösung der Angelegenheit in Erwägung gezogen werden.



Dr. Daniel Kollmeyer
Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Gütersloh
Fachanwalt für Erbrecht
daniel.kollmeyer@brandi.net



Dr. Jörg König

Einzelfragen zur Nebenkostenabrechnung in Gewerberaummietverträgen

Mit seiner Entscheidung vom 20.01.2021 – XII ZR 40/20 – hat der Bundesgerichtshof (BGH) seine in den letzten Jahren bereits herausgebildete, von ihm selbst als „ständig“ bezeichnete Rechtsprechung fortgesetzt, wonach es praktisch kaum Fälle gebe, in denen eine Nebenkostenabrechnung aus formellen Gründen unwirksam sei. Ziel dieser Rechtsprechung ist es, dass sich die Mietvertragsparteien sogleich über die inhaltliche Richtigkeit der Abrechnung auseinandersetzen und nicht langwierig darüber streiten sollen, ob eine neue Abrechnung zu erteilen ist, um sich dann erst mit deren Inhalt auseinanderzusetzen.

Im entschiedenen Fall war das Land Schleswig-Holstein als klagender Mieter der Auffassung, die Nebenkostenabrechnung sei zum Teil unverständlich, zum Teil unvollständig und führte dazu mehrere Gründe an, weshalb sie seiner Meinung nach formell unwirksam war. Es lehnte die Nachzahlung ab und klagte auf Neuerteilung – ohne Erfolg. Denn zur Erfüllung der Abrechnungspflicht genüge es, so der BGH, wenn der Vermieter eine in formeller Hinsicht ordnungsgemäße Abrechnung erteile. Es komme nicht darauf an, ob die abgerechneten Kosten sowie deren Umlage auf die Mieter auch materiell richtig seien. Die formellen Anforderungen seien gering:

Eine Nebenkostenabrechnung müsse keine nachvollziehbare Darstellung der Flächenermittlung enthalten, schon gar nicht, wenn sich die zur Nachvollziehbarkeit erforderlichen Informationen aus Anlagen ergeben. Es genüge eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben, also – sofern nicht im Mietvertrag anders vereinbart – eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug seiner Vorauszahlungen. Ob die der Abrechnung zugrunde gelegten unterschiedlichen Bezugspunkte für die einzelnen Nebenkosten maßgeblich seien, ob die Flächenangaben richtig seien, sei keine Fragen der Wirksamkeit der Abrechnung, sondern nur ihrer Richtigkeit.

Ausnahmsweise dann, wenn sich ein formeller Fehler durchgängig durch die ganze Abrechnung ziehe, führe er zu einer formellen Unwirksamkeit und zu einem Anspruch auf Neuerteilung. Betreffe der Fehler nur einzelne Kostenpositionen, bleibe die Abrechnung im Übrigen unberührt, wenn die jeweiligen Einzelpositionen unschwer herausgerechnet werden können. Flächen dürften je nach der Art ihrer Nutzung unterschiedlich gewichtet werden, ohne dass dies in der Abrechnung erläutert werden müsse, denn der Mieter habe die Möglichkeit, insoweit nachzufragen. Abkürzungen, seien erlaubt, wenn sie in der Abrechnung oder einem beigefügten Infoblatt erläutert werden.

Selbst bei formeller Ordnungsmäßigkeit der Abrechnung könne eine neue Abrechnung verlangt werden, wenn die erteilte Abrechnung wegen einer schwerwiegenden Unrichtigkeit und an einem vom Mieter mangels Kenntnis der Basisdaten nicht behebbaren Mangel leide. Das sei nur für Ausnahmefälle und dann auch nur bezogen auf die betroffenen Kostenpositionen bejaht worden, konkret für den Fall einer Abweichung vom vertraglich vereinbarten Umlagemaßstab.

Die Entscheidung gibt Anlass, auf folgende Grundlagen hinzuweisen:

Abrechnungen sind ein Rechenwerk, sie enthalten keine Willens-/ Vertragserklärung. Dasselbe gilt für die Auszahlung eines Guthabens bzw. die Nachzahlung des Mieters. Wird vom Mieter unbeanstandet vertragswidrig abgerechnet, ändert das daher nicht den Mietvertrag. Der Vermieter muss über die Vorauszahlungen auch ohne vertragliche Regelung spätestens ein Jahr nach Ablauf des Abrechnungsjahres abrechnen. Anders als im Wohnungsmietrecht sind vorbehaltlich einer abweichenden vertraglichen Regelung auch bei einer verspäteten Abrechnung Nachforderungen möglich. Rechnet der Vermieter nicht innerhalb der Frist ab, darf der Mieter weitere Nebenkostenvorauszahlungen bis zur Höhe des Betrages, über den nicht abgerechnet wurde, zurückbehalten. Endet der Mietvertrag, bevor der Mieter sein Zurückbehaltungsrecht in voller Höhe ausschöpfen konnte, kann er den Restbetrag zurückverlangen. Dem Vermieter bleibt es jederzeit möglich, noch abzurechnen. Der Mieter kann nicht nur Einsicht in die Rechnungen, sondern auch in die dazugehörigen Unterlagen (Lieferscheine, Stundenzettel, Gehaltsabrechnungen) nehmen, bei verbrauchsabhängigen Kosten auch in die Abrechnungen der Mitmieter (z. B. Heizung). Der Mieter kann eine Flächenaufstellung für das Gesamtobjekt fordern und verlangen, dass sämtliche Mietflächen nach demselben technischen Regelwerk aufgemessen sind (z. B. DIN 277 oder gif). Er kann nach Ablauf der Frist unabhängig vom Zurückbehaltungsrecht auf Erteilung der Abrechnung klagen. Dieser Anspruch verjährt innerhalb von drei Jahren. Rechnet ein Vermieter erst sehr viele Jahre später ab, wird ein sich daraus ergebender Anspruch dennoch erst mit Zugang der Abrechnung fällig. Es kommt allerdings in Betracht, dass er den Anspruch wegen Verwirkung (§ 242 BGB) nicht mehr geltend machen kann. Insoweit muss jedes einzelne Abrechnungsjahr separat geprüft werden.



Dr. Jörg König
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht
Wirtschaftsmediator (Universität Bielefeld)
joerg.koenig@brandi.net

Timo Stallmann, LL.M.

Bindung der zukünftigen Mietvertragsparteien während der Vertragsverhandlungen – Letter of Intent und Vorvertrag

Bei komplexen und langwierigen Mietvertragsverhandlungen – insbesondere bei sogenannten Vermietungen vom Reißbrett, bei denen das Mietobjekt noch geplant und errichtet werden muss – entsteht für die Parteien oftmals das Bedürfnis, sich

im Hinblick auf einzelne Rechtspositionen schon vor Abschluss des eigentlichen Vertrages abzusichern. Dem potentiellen Mieter geht es dabei oft darum, sich das Mietobjekt frühzeitig zu „sichern“, der Vermieter möchte – zumindest wenn er die Verhandlungen exklusiv nur mit einem Interessenten führt und ihm das Mietobjekt dementsprechend freihält – für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen eine Kompensation seiner bisherigen Aufwendungen (Planungskosten etc.). Das ohnehin durch die Aufnahme der Verhandlungen entstehende vorvertragliche Schuldverhältnis bietet dabei oft nur unzulänglichen Schutz. Um dem Sicherungsbedürfnis der Parteien Genüge zu tun, bietet sich sowohl der Abschluss eines „Letter of Intent“ (LOI) als auch der Abschluss eines Vorvertrages an. Die Parteien können sich so die notwendige Sicherheit und Zeit verschaffen, die sie für die vollständigen Vertragsverhandlungen benötigen. Dies gilt gerade vor dem Hintergrund, dass gewerbliche Mietverhältnisse oft für Jahrzehnte abgeschlossen werden und dementsprechend beiden Parteien daran gelegen sein sollte, das Vertragswerk gründlich auszuarbeiten und die jeweiligen Interessen einfließen zu lassen.

1. „Letter of Intent“

Der bloße Letter of Intent ist – wie der Name schon sagt – zunächst eine schlichte Absichtserklärung, aus der grundsätzlich weder die eine noch die andere Partei einen Anspruch auf Abschluss des späteren Vertrages ableiten kann. Grundsätzlich bleiben bei Abschluss eines Letter of Intent die Parteien also in ihrer Entscheidungsfreiheit im Hinblick auf den späteren Vertragsschluss uneingeschränkt. Dennoch haben sie so die Möglichkeit ihre Ziele bei den Vertragsverhandlungen schon frühzeitig festzulegen und zum Beispiel Geheimhaltungsvereinbarungen oder Abgeltungsregelungen zu treffen. Auch Sanktionen bzw. Ersatzansprüche für bestimmte Umstände können im Rahmen eines Letter of Intent vereinbart werden. Zu denken ist hier zum Beispiel an eine Verpflichtung des Mietinteressenten dem Vermieter für den Fall des Scheiterns der Vertragsverhandlungen bestimmte Planungskosten zu ersetzen, die diesem im Hinblick auf die konkreten Vertragsverhandlungen entstehen.

Daneben hat der Letter of Intent auch eine Beweisfunktion. So dokumentiert er die Ernsthaftigkeit des Interesses der Verhandlungspartner am späteren Vertragsschluss. Das generell immer mit der Aufnahme der Vertragsverhandlungen entstehende sogenannte vorvertragliche Schuldverhältnis im Sinne von § 311 Abs. 2 BGB i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB, das die Verhandlungsparteien ohnehin zur gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichtet, wird über den Letter of Intent mit Inhalt gefüllt. Ein Abbruch der Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund kann als Verletzung der Pflichten aus diesem vorvertraglichen Schuldverhältnis Schadensersatzansprüche auslösen, wenn eine Partei aufgrund des Fortschritts der Verhandlungen bereits auf den späteren Vertragsschluss vertrauen durfte. Durch den Abschluss eines Letter of Intent wird dieser Vertrauenstatbestand dokumentiert, so dass im Fall der gerichtlichen Auseinandersetzung die sich darauf berufende Partei die ansonsten sehr hohen Hürden des Anspruchs leichter nehmen kann. Dennoch: Ein „triftiger Grund“ für den Abbruch der Vertragsverhandlungen lässt sich in der Regel für die abbrechende Partei relativ einfach konstruieren. Dass die geschädigte Partei also mit dem Anspruch in einer etwaigen gerichtlichen Auseinandersetzung durchdringt, dürfte auch im Fall des Abschlusses eines Letter of Intent eher die Ausnahme als die Regel bleiben. Damit läuft der Letter of Intent in

Mietvertragsverhandlungen – abgesehen von konkret geregelten Pflichten und Ersatzansprüchen – im Hinblick auf seine Schutzwirkung für die Parteien (insbesondere für den potentiellen Mieter) oft leer. Wenn es dem Mietinteressenten darum geht sich das Mietobjekt schon frühzeitig zu „sichern“, wird der Letter of Intent die gewünschte Wirkung zumeist verfehlen.

2. Vorvertrag

Ein Vorvertrag begründet dagegen für die Parteien (oder nur für eine Partei – je nach Ausgestaltung) einen Anspruch auf Abschluss des Mietvertrages. Die Parteien haben damit notfalls sogar die Möglichkeit den Abschluss des Vertrages vor Gericht einzuklagen, wobei dabei dann natürlich alle Parameter des Vertrages, über die der Vorvertrag noch keine Aussage trifft (da sie ja gerade Gegenstand der Verhandlungen sind) vom Gericht auf Basis des Gesetzes und des jeweiligen Verhandlungsstandes ersetzt werden müssen. Solange die Parteien allerdings mit hinreichender Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit zumindest die wesentlichen Vertragsparameter, namentlich das Mietobjekt, die Mietdauer und die Miethöhe sowie in der Regel die Mietzeit im Rahmen des Vorvertrages festgelegt haben, können sich beide Parteien bei einem Abbruch der Vertragsverhandlungen – gleich aus welchem Grund – auf die Verpflichtung der jeweils anderen Vertragspartei auf den Abschluss des Vertrages berufen.

Damit erzeugt der Vorvertrag allerdings im Hinblick auf die eigentlich noch zu führenden Verhandlungen ein offensichtliches Folgeproblem. Sobald die wesentlichen Parameter in ausreichend bestimmter oder bestimmbarer Art und Weise festgelegt wurden und die Parteien den notwendigen Rechtsbindungswillen erkennen lassen, schränkt sich damit zumindest eine Verhandlungsseite in Ihrem Verhandlungsspielraum erheblich ein. Schließlich kann sie, wenn sich abzeichnet, dass man sich über Punkte wie z. B. die Verteilung der Kostenlast bei noch zu errichtenden Mietobjekten, die Verteilung der Erhaltungslast, das Bestehen und die Anzahl von Optionsrechten, etwaige Rückbauverpflichtungen oder den Umfang der zu tragenden Nebenkosten nicht einig wird, nicht mehr wirksam mit einem Abbruch der Verhandlungen drohen. Damit kommen solche Mietvorverträge in aller Regel primär dem Mietinteressenten zugute, da er sich notfalls im Rahmen des Rechtsstreits über den Inhalt des späteren Hauptvertrages, der dann ja im Rahmen des Gerichtsverfahrens aus dem Vorvertrag entwickelt und notfalls durch das Gericht ausgefüllt werden muss, auf die gesetzlichen Regelungen, die in der Regel eher mieterfreundlich sind, zurückziehen kann.

Fazit:

Vereinbarungen im Vorfeld des Vertragsschlusses sind bei komplexen Mietvertragsverhandlungen mit abgestufter Bindungswirkung möglich. Aus Vermietersicht bietet sich dabei eher der Letter of Intent an, mit dem zwar noch keine Verpflichtung zum Abschluss des Vertrages eingegangen wird, durch den man sich aber für bestimmte Risiken und Ausgaben absichern kann. Für den Mieter, dem es in der Regel darum geht sich das Mietobjekt schon zu Beginn der Vertragsverhandlungen zu „sichern“, stellt der Abschluss eines entsprechenden Vorvertrages in Form einer Verpflichtung des Vermieters zum Abschluss des späteren Mietvertrages das Mittel der Wahl dar. Wenn es ihm also auf Grund seiner Verhandlungsmacht möglich ist auf eine entsprechende Vereinbarung hinzuwirken, sollte er dies unbedingt tun. Ob es allerdings wirklich sinnvoll ist in ein gegebenenfalls auf Jahr-

zehnte abgeschlossenes Mietverhältnis mit einem gerichtlich festgestellten Mietvertrag zu starten, steht auf einem anderen Blatt.



Timo Stallmann, LL.M.
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht
timo.stallmann@brandi.net

Dennis Pielsticker

Auf die Größe kommt es nicht (immer) an – Streitpunkt Mietfläche

Für die Parteien eines Mietvertrages ist die Größe eines Mietobjektes von entscheidender Bedeutung. Das hat zum Teil ganz praktische Gründe, etwa in der Gewerberaummiete, wenn es um die zur Verfügung stehende Praxis-, Verkaufs- oder Lagerfläche geht, oder in der Wohnraummiete, wenn es darum geht, eine größere/kleinere neue Wohnung als die jetzige zu finden. Zum anderen – und insbesondere – kommt der flächenmäßigen Größe eines Mietobjektes im Rahmen eines Mietverhältnisses bei verschiedenen Gelegenheiten unter rechtlichen Gesichtspunkten keine kleine Bedeutung zu.

Dies ist etwa dann der Fall, wenn im Gewerberaummietvertrag – wie es üblich ist – vorgesehen ist, dass die Umlage der Betriebskosten anteilig nach der in der Immobilie insgesamt zur Verfügung stehenden Fläche erfolgt. Im Wohnraummietrecht stellt sich dies als gesetzlicher Regelfall dar, § 556a Abs. 1 BGB. Oder: Ist die tatsächlich vermietete Fläche kleiner als die vertraglich vorgesehene, besteht ein Ungleichgewicht zwischen der von den Parteien des Vertrages als für die Raumüberlassung (meist) angemessen empfundenen Gegenleistung, der vereinbarten Miete, und der dafür tatsächlich zur Verfügung gestellten Fläche. Solche „Störungen“ von Leistung und Gegenleistung führen grundsätzlich von Gesetzes wegen zu einer Minderung der Miete, sodass das bei Vertragsschluss von beiden Parteien des Vertrages als angemessen empfundene Verhältnis von Leistung und Gegenleistung auf Basis der tatsächlichen Flächengröße wieder ausbalanciert wird. Oder: Soll die für die Überlassung von Wohnraum vereinbarte Miete auf die ortsübliche Vergleichsmiete angehoben werden, ist es zunächst erforderlich, die Miete pro Quadratmeter zu ermitteln, um eine (ansatzweise) Vergleichbarkeit herzustellen.

Unterschiedliche Ansichten über die tatsächliche, die geschuldete und die im Einzelfall maßgebliche Fläche zur Bestimmung der Größe eines Mietobjektes sorgen daher immer wieder für Streit zwischen Vermieter und Mieter.

Für den Fall einer Abweichung der tatsächlichen Fläche von der vertraglich vereinbarten Fläche – gleich ob in der Gewerbe- oder Wohnraummiete – hat der BGH bereits vor einiger Zeit entschieden, dass ein zur Minderung führender Mangel erst dann anzunehmen ist, wenn die Differenz mehr als 10 % beträgt. Dazu muss jedoch zunächst die vertraglich geschuldete und die tatsächliche Fläche ermittelt werden. Bei der Ermittlung der tatsächlichen Fläche stellt sich sodann das nächste streitanfällige Problem, nämlich dass es nur im preisgebundenen Wohnungsbau (öffentlich geförderter Wohnungsbau) eine verbindliche Regelung zur Berechnung von Flächen gibt. Die für den Vertrag relevante Mietfläche ist daher durch Auslegung des Vertrags zu ermitteln.

Wie dies zu erfolgen hat, war jüngst Gegenstand eines Falles vor dem BGH, bei dem gleich zwei der vorstehend beschriebenen Gelegenheiten, in denen die Größe des Mietobjektes rechtliche Relevanz hat, zusammentrafen.

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt mieteten die Beklagten Räume im „Erd-, Unter- und Zwischengeschoss“ an, deren Größe im Mietvertrag mit „ca. 180 qm“ angegeben wurde. Der im Formular enthaltene Zusatz über die hälftige Anrechnung der Fläche von Balkon, Loggia und Terrasse wurde gestrichen. Der Vermieter verlangte ausgehend von einer Mietfläche von 177 qm die Zustimmung zur Erhöhung der Miete auf die ortsübliche Vergleichsmiete. Die Beklagten begehrten im Wege einer im Gegenzug selbst erhobenen Klage gegen den Vermieter die Rückzahlung erbrachter Mietzahlungen mit der Begründung, dass die tatsächliche Mietfläche nach seiner Ansicht nach ordnungsgemäßer Berechnung (lediglich anteilige Anrechnung der im Untergeschoss gelegenen Fläche, die als Wohnraum nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht nutzbar sei) lediglich 144,50 qm betrage und die Miete aufgrund des in dieser erheblichen Abweichung (ca. 20 %) liegenden Mangels gemindert sei.

Die Vorinstanzen, d. h. das Amts- und das Landgericht Bonn, hatten die Klage des Vermieters – auf die Gründe kommt es hier nicht an – und die Widerklage bereits abgewiesen. Vor dem BGH haben die Beklagten ihre Widerklage, vor dem Hintergrund der vorstehend skizzierten 10 %-Rechtsprechung zur Minderung der Miete auf den ersten Blick verständlich, weiter verfolgt – erfolglos. Der Vermieter habe einen Anspruch auf die Mietzahlungen gehabt. Der geltend gemachte Mangel einer zu geringen Mietfläche bestünde nicht.

Zur Begründung führte der BGH aus, dass die Angabe einer Fläche im Mietvertrag grundsätzlich keine unverbindliche Beschreibung, sondern die Vereinbarung einer konkreten, verbindlichen Beschaffenheit bedeutet, die bei einer Abweichung von mehr als 10 % zu einer Minderung führt. Das gelte grundsätzlich auch dann, wenn die Angabe der Mietfläche mit dem Zusatz „ca.“ versehen wird. Die geschuldete Mietfläche sei aber unter Einbeziehung sämtlicher Umstände zu ermitteln. Der im Vertrag verwendete Begriff der Mietfläche habe nämlich keinen allgemein feststehenden Inhalt. Berechnungsvorschriften (z. B. die DIN 277) könnten grundsätzlich zu dessen Ausfüllung herangezogen werden. Bei der Art der Bestimmung der maßgeblichen Fläche komme nach Ansicht des BGH aber der Vereinbarung der Parteien, welche Flächen im Einzelfall einzubeziehen seien, Vorrang zu. Im konkreten Fall war gerade vereinbart worden, dass die Räume im Erd-, Zwischen- und Untergeschoss als maßgeblich angesehen werden sollen. Dass die Nutzung der im Untergeschoss gelegenen

Räume für den Vertragszweck (hier Wohnen) nur eingeschränkt möglich war, sei insofern ohne Bedeutung.

Anders liege der Fall indes bei einer Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete im Wohnraummietrecht und der Betriebskostenabrechnung: hier seien Vereinbarungen über die anzurechnende Fläche und die maßgebliche Berechnung nicht zulässig.

Für die Praxis bedeutet die neue Entscheidung eine genauere Prüfung der nach den Vorstellungen der Mietvertragsparteien für maßgeblich erachteten Berechnungsart der Mietfläche, wenn es um die Frage einer Minderung der Miete geht. Bei der Vertragserstellung ist darauf zu achten, das maßgebliche Berechnungswerk möglichst eindeutig zu vereinbaren, um Streitigkeiten über die Mietfläche vorzubeugen.

Dennis Pielsticker unterstützt Vermieter bei der Erstellung von Mietverträgen und berät Mieter wie Vermieter zu allen Fragen im Mietrecht. Er ist ständiger Autor in der Neuen Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht, Lehrbeauftragter an der Universität Bielefeld und promoviert im Mietrecht zum Thema Miethöhe.



Dennis Pielsticker
Rechtsanwalt
dennis.pielsticker@brandi.net

Dr. Simon Schmolmann

Was interessiert mich mein Geschwätz von gestern – mündliche Absprachen in der Anbahnungsphase von Mietverträgen

Mietverhältnisse sind komplexe Austauschverhältnisse. Dies gilt insbesondere für gewerbliche Mietverhältnisse, z. B. für den Einzelhandel. Bereits in der Vertragsanbahnungsphase verhandeln die Parteien oft langwierig über die einzelnen Rechte und Pflichten der Parteien. Im Vordergrund stehen dabei häufig auch bestimmte bauliche Voraussetzungen, die von der einen oder anderen Partei vor oder auch nach dem Beginn des Mietverhältnisses noch zu erfüllen sind. Das kann die Renovierung der Räume betreffen oder die Schaffung bestimmter brandschutztechnischer Anforderungen. Oft werden sich die Parteien in der Vertragsanbahnungsphase über diese Fragen einig und schließen dann den gewünschten Mietvertrag. Genauso oft werden die genauen Inhalte nicht im Einzelnen in dem Mietvertrag festgehalten – entweder die Parteien verweisen auf unvollständige oder dem Mietvertrag nicht beigefügte Anlagen oder es wird auf das „Besprochene“ Bezug genommen.

Das führt zu der Frage, ob die Parteien sich bei dem Abschluss des schriftlichen Mietvertrages noch an das „Besprochene“ binden wollten oder ob hiervon einvernehmlich Abstand genommen wurde. Um hier für klare Verhältnisse zu sorgen, raten rechtliche Berater oft dazu, sogenannte Vollständigkeitsklauseln in den Mietvertrag aufzunehmen, z. B. „Mündliche Nebenabreden bestehen nicht“, „Mündliche Nebenabreden wurden nicht getroffen“, „Mündliche Nebenabreden existieren nicht“. Damit wird häufig die Erwartung oder das Verständnis verbunden, dass zuvor getroffene Vereinbarungen oder einseitige Zusagen keine rechtliche Bedeutung (mehr) haben. Diese Erwartung ist überzogen, wie der BGH in seiner unlängst getroffenen Entscheidung vom 03.03.2021 (Az. XII ZR 92/19) klargestellt hat.

In diesem Fall stand in Streit, ob der Vermieter in der Vertragsanbahnungsphase dem Mieter bestimmte Zusagen gemacht hatte und ob diese – falls tatsächlich erfolgt – auch nach dem Abschluss des schriftlichen Mietvertrages (noch) Bestand haben sollten. Da die streitigen Zusagen nicht eingehalten worden waren, machte der Mieter Mängelrechte geltend. Das OLG Dresden gab dem Vermieter Recht und lehnte Mängelrechte des Mieters unter Bezugnahme auf die Vollständigkeitsklausel ab. Zur Begründung führte das OLG aus, dass etwaige mündliche Vereinbarungen aufgrund der Vollständigkeitsklausel nicht Vertragsbestandteil hätten werden sollen. Falsch, meint der BGH. Die Wirkung von Vollständigkeitsklauseln beschränke sich darauf, die ohnehin bestehende Vermutung der „Vollständigkeit und Richtigkeit“ der schriftlichen Urkunde zu deklarieren. Wer sich auf abweichende weitergehende Vereinbarungen beruft, dem stehe die Möglichkeit offen, diesen Beweis zu führen. Nur im Einzelfall könne die Auslegung ergeben, dass die Parteien sich von den zuvor getroffenen mündlichen Absprachen distanzieren wollten. Das sei allerdings eine Einzelfallfrage. In dem zugrundeliegenden Fall hatte das OLG Dresden zudem übersehen, dass die im Streit stehende Renovierungsklausel den Zusatz „wie abgesprochen“ enthielt und damit gerade eine Anknüpfung an mündliche Absprachen im Vorfeld des Mietvertragsabschlusses ausdrücklich zuließ. Ob die Absprachen getroffen worden sind hat das OLG Dresden nun im Rahmen der Zurückverweisung durch Befragung des angebotenen Zeugen zu klären.

Fazit

Die Aufnahme von Vollständigkeitsklauseln ist nicht falsch – die Parteien sollten allerdings wissen, dass etwaige mündliche Vereinbarungen aus der Anbahnungsphase dadurch nicht ihre Gültigkeit verlieren.

Die Parteien eines Mietvertrages sollten daher alle getroffenen Vereinbarungen, die auch nach dem Abschluss des Mietvertrages Bestand haben sollten, in dem Mietvertrag schriftlich dokumentieren. Die vollständige schriftliche Dokumentation aller Abreden ist allein schon deswegen dringend anzuraten, weil andernfalls das latente Risiko besteht, dass der Mietvertrag nicht die Anforderungen an die gesetzliche Schriftform erfüllt. Bei Verstößen gegen die gesetzliche Schriftform – also insbesondere bei wichtigen mündlichen Absprachen – ordnet das BGB an, dass das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen gilt – die mühsam ausgehandelte feste Laufzeit ist dann unwirksam und der Mietvertrag jederzeit von Mieter und Vermieter mit gesetzlicher Frist kündbar. Denn auch vor diesem – in der Gewerberaummieta immer noch größten – Risiko für Mietverhältnisse schützen die Vollständigkeitsklauseln nicht.

Auch mündliche Vereinbarungen zwischen den Parteien aus der Vertragsanbahnungsphase, an die sich die Parteien nicht mehr gebunden fühlen und diese deswegen nicht in den Mietvertrag aufnehmen, sollten bei der Gestaltung des Mietvertrages bedacht werden. Hier gilt es zu entscheiden, ob andernfalls das Risiko entsteht, dass eine Partei sich auf diese (verworfenen) Abreden erfolgreich beruft. Die Aufnahme von einfachen Vollständigkeitsklauseln schließt dieses Risiko jedenfalls nicht aus. Im Falle von baulichen Zuständen könnte dies in dem Mietvertrag mittels einer ausdrücklichen Vereinbarung zu der (negativen) Beschaffenheit des Mietgegenstandes gelingen. Damit wird festgelegt, dass ein bestimmter – gegebenenfalls nachteiliger – Zustand des Mietgegenstands vertraglich geschuldet wird; die zuvor getroffenen abweichenden mündlichen Vereinbarungen sind dann gegenstandslos.



Dr. Simon Schmollmann
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht
simon.schmollmann@brandi.net

Dr. Sebastian Huck, LL.M. (Bristol)

Indexmiete – das Basisjahr als notwendiger Inhalt einer wirksamen Vereinbarung

Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 26.05.2021, Az. VIII ZR 42/20

Der Bundesgerichtshof ("BGH") hatte über den folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Die Vertragsparteien schlossen im Jahr 2007 einen Wohnungsmietvertrag und vereinbarten eine Indexierung der Miete mit folgender Indexklausel:

„Ändert der sich vom statistischen Bundesamt ermittelte Verbraucherpreisindex um mindestens 3 %, kann jeder Vertragspartner durch schriftliche Erklärungen und unter Angabe der eingetretenen Indexänderung eine Anpassung der Miete um den entsprechenden Prozentsatz verlangen, sofern der Mietzins jeweils mindestens ein Jahr unverändert bestand.“

Auf Basis der vorstehend zitierten Klausel machte der Vermieter (=Kläger) erstmals 2017 eine Erhöhung der Miete geltend und legte dem Erhöhungsschreiben einen entsprechenden Nachweis über den Landes-Verbraucherpreisindex bei. Da der Mieter die erhöhte Miete nicht zahlte, verklagte der Vermieter den Mieter auf den Erhöhungsbetrag, während der Mieter widerklagend die Feststellung der Unwirksamkeit der vorstehend zitierten Klausel begehrte, da diese keine Angabe zum Basisjahr enthalte.

Der BGH gibt der Klage statt und weist die Widerklage ab. Zur Begründung führt er aus, dass die Parteien nach

§ 557 b Abs. 1 BGB eine wirksame Indexmiete vereinbart haben. Die Klausel verstoße trotz der fehlenden Angabe über das Basisjahr nicht gegen das sogenannte Transparentgebot aus § 307 Abs. 1 S. 2 BGB und sei daher nicht unangemessen benachteiligend. Zwar könne sich eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB auch daraus ergeben, dass eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ("AGB") nicht klar und verständlich sei. Insbesondere sei der Verwender der AGB verpflichtet, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen sowie wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen zu lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden könne. Die vorstehend zitierte Klausel, die kein Basisjahr angibt, werde diesen Anforderungen aber gerecht. Es bedürfe insoweit nach Ansicht des BGH keiner Angabe eines Basisjahres, weil wegen der steten Veränderung des Verbraucherpreisindex ohnehin ständig eine neue Berechnung vorgenommen werden müsse: Der auf einem neuen Basisjahr beruhende Verbraucherpreisindex setze sich im Ergebnis anders zusammen als der Verbraucherpreisindex auf Grundlage des vorherigen Basisjahres, so dass ein unmittelbarer Vergleich der Indizes, die auf unterschiedlichen Basisjahren beruhen, ohnehin nicht möglich sei. Darüber hinaus verlange auch der Wortlaut des § 557 b Abs. 1 BGB keine Festlegung eines Basisjahres. Zudem sei nach Ansicht des BGH auch von Bedeutung, dass bei der zwischen den Parteien vereinbarten Prozentklausel die Festlegung eines Basisjahres für die spätere Berechnung der Mietänderung unerheblich sei, weil die Vereinbarung nicht den Verbraucherpreisindex nach einem fixen Basisjahr in Bezug nehme, sondern – ungeachtet einer Festlegung im Mietvertrag – den Index nach dem jeweils gültigen Basisjahr. In diesem Zuge hat der BGH auch klargestellt, dass dem Transparentgebot nicht entgegenstehe, dass in der Indexklausel nicht angegeben sei, ob sich die Bruttomiete oder die Nettokaltmiete prozentual zum Verbraucherpreisindex ändere. Aus der gebotenen Auslegung ergebe sich, dass nur die Nettokaltmiete von der Indexierung erfasst sei.

Die Entscheidung des BGH zum Wohnungsmietrecht ist zu begrüßen. Die Angabe eines Basisjahres hat bei einer Änderung des Basisjahres wegen der ohnehin vorzunehmenden Neuberechnungen keine Bedeutung. Die Klarstellung, dass nur die Nettokaltmiete der Indexierung unterliegt, nicht jedoch die Betriebskostenvorauszahlung, ist ebenfalls zu begrüßen, weil das Bürgerliche Gesetzbuch für die Anpassung der Betriebskostenvorauszahlungen eigenständige Regelungen vorsieht. Die Entscheidung des BGH dürfte wohl auf das Gewerbemietrecht zu übertragen sein, weil die Grundsätze des § 557b BGB auch dort Anwendung finden.



Dr. Sebastian Huck, LL.M. (Bristol)
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
sebastian.huck@brandi.net

FRAGEN AN DR. ANNE-LOUISE SCHÜMER

WARUM BRANDI?

Diese Frage wurde mir seit meinem Wechsel aus einer Kölner Kanzlei zu BRANDI im September 2019 unzählige Male gestellt. „Wie kann man nur von Köln nach Paderborn ziehen?“ Meine Antwort: „Das geht prima!“ Ich bin sehr gut aufgenommen worden, mir gefällt die Art und Weise des kollegialen Umgangs und der überörtlichen Zusammenarbeit. Außerdem mag ich die täglichen Herausforderungen mit ganz unterschiedlichen Aufgabenstellungen, die meine Arbeit bei BRANDI mit sich bringt.

WAS TREIBT MICH AN?

Als Fachanwältin für Strafrecht treibt mich an, dafür Sorge zu tragen, dass die Rechte meiner Mandanten in jedem Verfahrensstadium beachtet werden. Ich mag es, wenn in konstruktiver Zusammenarbeit mit den Mandanten ein gutes Ergebnis erzielt werden kann. Zudem bietet das Strafrecht ganz unterschiedliche Betätigungsfelder, angefangen von der anwaltlichen Begleitung bei Durchsuchungen, der Verteidigung in Hauptverhandlungen über die Funktion als anwaltlicher Zeugenbeistand (auch in parlamentarischen Untersuchungsausschüssen).

AUSSER DEM JOB GIBT ES NOCH?

Die Herausforderung in meinem (fortgeschrittenen) Alter nochmal ganz neu in einer fremden Stadt anzufangen und damit verbunden, einen großen Freundeskreis außerhalb von Paderborn zu pflegen. Außerdem gehe ich gerne in Museen oder ins Kino und lese – sofern es die Zeit zulässt – mit Vergnügen.

HIGHLIGHTS AUS MEINER HEIMAT?

Meine Heimat ist der Landkreis Grafschaft Bentheim, der ebenso wie Ostwestfalen, landschaftlich und kulturell viel zu bieten hat, wie z. B. die Burg Bad Bentheim, viele Seen und natürlich eine dortige Spezialität, nämlich Schümers Korn.



Dr. Anne-Louise Schümer
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Strafrecht
anne-louise.schuemer@brandi.net

Rüdiger Hitz

Neues zum Thema Selbstanzeige

Zwei Gesetzesänderungen mit Wirkung ab 2021 im Bereich des strafrechtlichen Einziehungsrechtes von Taterträgen und der Geldwäsche haben erhebliche Relevanz bei zukünftig zu erstattenden steuerrechtlichen Selbstanzeigen. Die Auswirkungen sollen hier kurz angerissen werden.

Selbstanzeige und Einziehung

Die strafrechtliche Einziehung von Taterträgen – also auch von Steuern – ist ausgeschlossen, soweit der Anspruch des durch die Tat Verletzten (z. B. der Fiskus) erloschen ist. Dies galt nach dem Beschluss des BGH vom 24.10.2019 (1 StR 173/19) auch für verjährte Steueransprüche. Für eine steuerrechtliche Selbstanzeige, welche zu allen Steuerstraftaten einer Steuerart innerhalb der letzten zehn Kalenderjahre erfolgte, führte das strafrechtliche Einziehungsrecht zu keinen beachtenswerten Konsequenzen.

Mit dem Jahressteuergesetz 2020 fand eine weitere Ergänzung des § 73e Abs.1 StGB um einen Satz 2 statt. Danach bleibt ein durch Verjährung erloschener (Steuer-)Anspruch weiterhin strafrechtlich einziehungsfähig! Sollten also auch noch vor dem für die Selbstanzeige maßgeblichen Berichtigungszeitraum Steuerstraftaten begangen worden sein, können die hieraus resultierenden Steuerschulden trotz steuerrechtlich eingetretener Verjährung strafrechtlich geltend gemacht werden. Im Ergebnis „verjähren“ damit Steueransprüche aus Steuerstraftaten, die der strafrechtlichen Einziehung unterliegen, nun nicht mehr nach 10 sondern erst nach 30 Jahren. Dies gilt es bei der Liquiditätsplanung im Zusammenhang mit einer Selbstanzeige unbedingt zu berücksichtigen.

Selbstanzeige und Geldwäsche

Wer zukünftig die Abgabe einer steuerrechtlichen Selbstanzeige plant, kommt ohne einen Blick in den Geldwäschetatbestand nicht mehr aus. Auf Grund des All-Crime-Ansatzes kann jede einfache Steuerhinterziehung den Geldwäschetatbestand erfüllen.

Durch eine Steuerhinterziehung ersparte Aufwendungen sind nun kein taugliches Tatobjekt nach § 261 Absatz 1 StGB idF des Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 9.3.2021 mehr (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 26. Mai 2021 – 4 Ws 53/21). Deshalb kommt eine Geldwäsche im Zusammenhang mit einer Steuerhinterziehung daher nur bei der Erschleichung von Erstattungen und Vergütungen in Betracht. Wenn durch den Vortäter der aus der Geldwäsche erlangte Gegenstand (Steuererstattung oder -vergütung) in den Verkehr gebracht und dabei dessen rechtswidrige Herkunft verschleiert wird, löst diese Handlung die Geldwäschestrafbarkeit aus.

Im Rahmen der Erstattung einer steuerlichen Selbstanzeige ist daher für Fälle der Steuerhinterziehung durch Erschleichung einer Steuererstattung bzw. -vergütung auch die Erforderlichkeit einer Geldwäscheselbstanzeige zu bedenken. Danach wird nicht wegen Geldwäsche bestraft, wer die Tat freiwillig bei der zuständigen Behörde anzeigt oder freiwillig eine solche Anzeige veranlasst, wenn nicht die Tat zu diesem Zeitpunkt bereits ganz oder zum Teil entdeckt war und der Täter dies wusste oder bei verständiger Würdigung der Sachlage damit rechnen musste.

Rüdiger Hitz

BGH stellt hohe Anforderungen an das Vorliegen eines Verbotsirrtums bei Geschäftsleuten – Die besondere Erkundigungspflicht umfasst auch die „Pflicht zur Aktualisierung“

Der BGH hat mit seinem Urteil vom 18. November 2020 (2 StR 246/20) die Voraussetzungen konkretisiert, welche für das Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums bei Geschäftsleuten und damit deren Straflosigkeit notwendig sind. Nach § 17 S. 1 StGB handelt ohne Schuld, wem bei Tatbegehung die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun, soweit er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte.

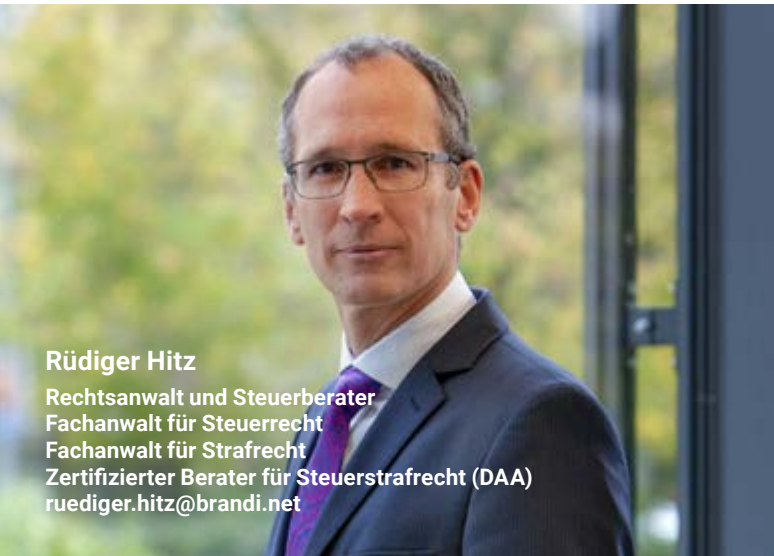
Ein Verbotsirrtum kommt nur in Betracht, wenn dem Täter die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun. Die Strafbarkeit seines Vorgehens braucht der Täter nicht zu kennen; es genügt, dass er wusste oder hätte erkennen können, Unrecht zu tun. Ein Verbotsirrtum ist unvermeidbar, wenn der Täter trotz der ihm nach den Umständen des Falles, seiner Persönlichkeit sowie seines Lebens- und Berufskreises zuzumutenden Anspannung des Gewissens und unter Einsatz aller seiner Erkenntniskräfte und sittlichen Wertvorstellungen die Einsicht in das Unrechtmäßige nicht zu gewinnen vermochte. Verbleiben Zweifel, ob das Verhalten verboten ist, besteht eine Erkundigungspflicht. Dabei müssen sowohl die Auskunftsperson als auch die Auskunft aus Sicht des Täters verlässlich sein; die Auskunft selbst muss zudem einen unrechtsverneinenden Inhalt haben. Eine Auskunft ist in diesem Sinne nur dann verlässlich, wenn sie objektiv, sorgfältig, verantwortungsbewusst und insbesondere nach pflichtgemäßer Prüfung der Sach- und Rechtslage erteilt worden ist. Bei Auskunftspersonen ist dies der Fall, wenn sie die Gewähr für eine diesen Anforderungen entsprechende Auskunftserteilung bieten.

Der Rat eines Rechtsanwalts ist dabei nicht per se aufgrund seiner beruflichen Stellung vertrauenswürdig, urteilte der BGH bereits am 17.12.2019 (1 StR 364/18). Maßgebend ist vielmehr, ob der Rechtsrat – aus der Sicht des Anfragenden – nach eingehender sorgfältiger Prüfung erfolgt und von der notwendigen Sachkenntnis getragen ist. Auskünfte, die erkennbar vordergründig und mangelhaft sind, können den Täter nicht entlasten. Vielmehr muss der Beratende eine vollständige Kenntnis von allen tatsächlich gegebenen, relevanten Umständen haben. Insbesondere bei komplexen Sachverhalten und erkennbar schwierigen Rechtsfragen ist regelmäßig ein detailliertes, schriftliches Gutachten erforderlich, um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen.

Dabei darf der Täter nicht vorschnell auf die Richtigkeit eines ihm günstigen Standpunkts vertrauen und seine Augen nicht vor gegenteiligen Ansichten und Entscheidungen verschließen. Bei geschäftlich Tätigen gelten besondere Erkundigungspflichten.

Im unternehmerischen Umfeld gilt, dass sich geschäftlich Tätige vor Beginn der Tätigkeit über die in ihrem spezifischen Geschäftsfeld geltenden einschlägigen Rechtsvorschriften zu informieren und auch wegen zwischenzeitlicher Änderungen der Rechtslage stets auf dem Laufenden zu halten haben. Diese Erkundigungspflichten umfasst auch eine zukünftige – also fortlaufende – „Pflicht zur Aktualisierung“ im Hinblick auf strafrechtlich relevante Rechtsänderungen.

Um fortlaufend „compliant“ zu sein, bedürfen – neben aktuell begutachteten Rechtsfragen – somit auch bereits erteilte (gutachterliche) Rechtsauskünfte der permanenten Kontrolle und Anpassung an die sich fortentwickelnde Rechtslandschaft.



Rüdiger Hitz

Rechtsanwalt und Steuerberater
 Fachanwalt für Steuerrecht
 Fachanwalt für Strafrecht
 Zertifizierter Berater für Steuerstrafrecht (DAA)
 ruediger.hitz@brandi.net

Michael Weber-Blank, NLP M.

Die Whistleblower-Richtlinie der EU – notwendig zur Verbrechensaufklärung oder Anstiftung zum Denunziantentum?

Bei dem Begriff Whistleblower (auf Deutsch Hinweisgeber) scheiden sich die Geister. Was die Strafverfolger in den letzten Jahren immer weiter entwickelt haben, wird von einem Großteil der Unternehmen aber auch der Bürger als Förderung des Denunziantentums begriffen. Die EU hat sich bereits 2019 entschieden, Whistleblower zu schützen. Wenn es nach dem Willen der EU geht, soll es am 17. Dezember 2021 losgehen.

Die EU hat eine Richtlinie verabschiedet, die Deutschland bis Ende 2021 zum Handeln zwingt

Etwas sperrig ist der Titel schon: EU-Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (EU-Richtlinie 2019/1937 vom 23.10.2019, kurz EU-Hinweisgeberrichtlinie oder Whistleblower-Richtlinie). Es geht der EU also um den Schutz von Whistleblowern. Ob Meldungen von Whistleblowern wünschenswert sind, Erfolge bei der Verbrechensbekämpfung zeigen oder gar überhaupt mit den europäischen Verfassungen der einzelnen Länder zu vereinbaren sind, wird erst gar nicht in der Richtlinie erörtert. Das scheint die EU einfach vorauszusetzen. Schließlich hat man die Aufdeckung von Steuerbetrug, Geldwäsche, Delikte im Zusammenhang mit öffentlichen Aufträgen, Produkt- und Verkehrssicherheit, Umweltschutz, öffentlicher Gesundheit sowie Verbraucher- und Datenschutz im Auge. Der Whistleblower ist schützenswert, Punkt.

Nur noch wenig Zeit bis zur nationalen Umsetzung

Alle EU Staaten sind verpflichtet, die Richtlinie bis spätestens 17. Dezember 2021 umzusetzen. Der Großteil der 27 Länder in der EU hat wohl schon begonnen, die Richtlinie umzusetzen. Deutschland hat seit Dezember 2020 immerhin schon einen Referentenentwurf mit dem Titel: „Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umset-

zung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“ (Hinweisgeberschutzgesetz). So richtig voran geht es aber nicht. Das Gesetz ist bisher über den Referentenentwurfstatus noch nicht hinausgekommen. Zu kompliziert sind die zu lösenden Kollisionen mit Geheimhaltungsvorschriften etwa der DSGVO oder auch von Berufsgeheimnisträgern wie Ärzten, Rechtsanwälten, Steuerberatern. Was passiert, wenn der Whistleblower etwa geheime Daten mitteilt oder sensible Daten von Patienten? Steht der vermeintliche staatliche Strafanspruch über dem Schutz der Privatsphäre? Schwierige Interessenkollisionen sind zu beurteilen. Man muss keine Glaskugel haben, um vorhersagen zu können, dass die Richtlinie bis zum 17. Dezember 2021 wohl nicht in deutsches Recht umgesetzt wird.

Was will die EU mit der Richtlinie erreichen?

Das Ziel der Richtlinie lässt sich etwas plakativ auf vier Hauptziele eingrenzen:

1. Zunächst soll die Aufdeckung von Gesetzesverstößen gefördert, aber auch erneute Verstöße sollen zukünftig verhindert werden.
2. Die Aufdeckung von Verstößen soll dadurch verbessert werden, dass vor allem vertrauliche und sichere Meldekanäle eingerichtet werden.
3. Die Hinweisgeber sollen wirksam vor Repressalien etwa ihrer Arbeitgeber aber auch vor Dritten, deren Rechte tangiert sind, geschützt werden.
4. Die Hinweisgeber sollen weder zivil-, straf- oder verwaltungsrechtlich haften, noch sollen ihnen Nachteile am Arbeitsplatz entstehen.

Spätestens beim vierten Punkt ahnt man, dass hier eine unendliche Anzahl rechtlicher Probleme lauern und Interessenkollisionen mit Rechten Dritter aber auch dem Gesetzgeber vorprogrammiert sind.

Die Verpflichtungen der Richtlinie treffen alle Branchen

Wenn der Entwurf umgesetzt werden sollte – und daran gibt es dem Grunde nach keine vernünftigen Zweifel – wird das Gesetz im Kern folgende Regelungen enthalten:

Unternehmen, im Gesetz als Beschäftigungsgeber benannt, egal ob öffentliche Verwaltung, Gericht oder Gemeinden, sog. Dienststellen, werden künftig ab 50 Mitarbeitern zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems verpflichtet. Das gilt auch für Unternehmen mit einem jährlichen Umsatz ab 10 Millionen Euro. Unternehmen, für die das WPHG, BörsG, KWG, und VAG gelten, müssen sogar generell ein solches System einführen.

Umfasst sind Hinweisgeber im privaten und im öffentlichen Sektor. Dies bedeutet für den öffentlichen Sektor, dass Beamten und sonstigen Bediensteten im öffentlichen Dienst die Möglichkeit eröffnet werden muss, Meldungen abzugeben. Im privaten Sektor gilt dies entsprechend.

Die EU-Richtlinie spricht nur von Verstößen gegen EU-Normen, hat aber die nationalen Gesetzgeber ermutigt, den

Anwendungsbereich zu erweitern. Der Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes aktuell umfasst nicht nur Verstöße gegen EU-Recht, sondern auch alle straf- oder bußgeldbewehrten Verstöße nach deutschem Recht. Der vorliegende Referentenentwurf hat das nationale Recht also einbezogen.

Bzgl. des Umgangs mit gemeldeten Fällen gibt die EU klare Vorgaben zu Rückmeldungs- und Dokumentationspflichten, die national umzusetzen sind.

Der Hinweisgeber wird dadurch geschützt, dass eine Beweislastumkehr zu Lasten der so genannten Beschäftigungsgeber und Dienststellen eingeführt wird. Wird also ein Hinweisgeber vom Arbeitgeber nach Abgabe seiner Meldung versetzt oder gekündigt, muss der Arbeitgeber beweisen, dass die Meldung des Arbeitnehmers nicht die Ursache dafür war.

Der Whistleblower hat zahlreiche Möglichkeiten, seine Informationen zu verbreiten

Die EU hat auch Vorschläge, wie denn Meldungen möglich sein müssen. Dabei wurde kein Medium ausgespart:

- Whistleblower Software oder
- einen Briefkasten oder
- über den Postweg abgeben oder
- telefonisch per Whistleblower-Hotline oder
- über ein Anrufbeantwortersystem oder
- sogar in einem Treffen mit einer Vertrauensperson

Im deutschen Gesetzentwurf geht es wohl nicht ganz so weit. Der Gesetzentwurf sieht vor, dass zwei Meldewege für Hinweisgeber eingerichtet werden, die gleichwertig nebeneinander stehen. Die hinweisgebenden Personen sollen dann frei wählen können. Es soll einen internen Meldekanal innerhalb des Unternehmens oder der Behörde geben. Der zweite Kanal soll ein externer Meldekanal sein, der bei einer unabhängigen Stelle eingerichtet werden muss. Diese Stelle soll dann wohl beim Datenschutzbeauftragten angesiedelt werden.

Neu ist das Ganze tatsächlich nicht

Wer glaubt, der Gesetzgeber würde damit in Deutschland Neuland betreten, der irrt. Jedenfalls in Bezug auf die Möglichkeit, auch jetzt schon bei staatlichen Stellen seine Hinweise loszuwerden. In verschiedenen Bundesländern gibt es schon länger die Möglichkeit, Straftaten auch anonym zu melden so etwa in Berlin, Brandenburg, Baden-Württemberg und Niedersachsen jeweils beim Landeskriminalamt angesiedelt. Tatsächlich hat Niedersachsen schon 2003 als erstes Bundesland ein Internet-Portal eingerichtet, in dem zunächst vornehmlich für die Bereiche der Korruptionsstrafen eine Anlaufstelle geschaffen wurde. Dort heißt es ganz einladend:

„Durch die Bereitstellung der internetbasierten Kommunikationsplattform BKMS® Incident Reporting bietet das Landeskriminalamt Niedersachsen Ihnen die Möglichkeit, sich durch Anonymität zu schützen und gleichzeitig aktiv an der Aufklärung von Wirtschaftskriminalität mitzuwirken.“

Na, dann fröhliches Aufklären! Es bleibt zu hoffen, dass die (angeblich) niedrige Zahl von Falschanzeigen so bleibt wie sie ist. Demnächst haben wir dann wohl mehr Fälle, die man auf diese Frage hin empirisch untersuchen kann.



Dr. Anne-Louise Schümer

Die abfallrechtliche Zuverlässigkeit – straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Aspekte

Die Folgen eines Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahrens können die abfallrechtliche Zuverlässigkeit nach § 3 Abs. 2 AbfAEV und § 8 Abs. 2 EfbV in Frage stellen, mit der Folge des Verlustes der Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb, der Versagung der Anzeigenbestätigung oder der Erlaubnis für die Tätigkeiten des Sammelns, Beförderns, Handelns oder Makelns mit Abfällen und damit erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen für das Unternehmen haben.

§ 3 Abs. 2 AbfAEV und § 8 Abs. 2 EfbV weisen einen identischen Regelungsgehalt auf. Nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 AbfAEV und § 8 Abs. 2 Nr. 1 EfbV ist die erforderliche Zuverlässigkeit in der Regel nicht gegeben, wenn die betroffene Person innerhalb der letzten fünf Jahre entweder mit einer Geldbuße in Höhe von mehr als 2.500 € belegt oder zu einer Strafe verurteilt worden ist. Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Maßstab für die Beurteilung, ob eine berücksichtigungsfähige Geldbuße vorliegt, die einzelne isolierte Geldbuße ist; eine Addition von mehreren Geldbußen ist unzulässig. Das bedeutet, dass beispielsweise zwei Geldbußen von jeweils 2.400 € nicht zu einer Bejahung des Regelbeispiels führen können. Diese Geldbußen können dann allerdings eine Unzuverlässigkeit nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 AbfAEV oder § 8 Abs. 2 Nr. 2 EfbV begründen, nach der ein wiederholter und grob pflichtwidriger Verstoß gegen die genannten Vorschriften gleichfalls eine Unzuverlässigkeit zu begründen vermag. Der aus dem Straßenverkehrsrecht bekannte Bußgeldkatalog findet sich auch im Umweltrecht, denn die Bundesländer haben fast ausnahmslos für Ordnungswidrigkeiten in diesem Bereich eigene Bußgeldkataloge erlassen, die gleichermaßen für die einzelnen Verstöße sogenannte Regelsätze aufweisen, von denen nur im Ausnahmefall und mit einer überzeugenden Begründung abgewichen werden kann.

Für die Überprüfung der Höhe einer Geldbuße bieten sie daher eine gute Orientierung. Die bestandskräftige Bußgeldentscheidung muss innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem Zeitpunkt der

Entscheidung über die Zuverlässigkeit erfolgt sein. Das Bundesamt für Justiz führt ein Gewerbezentralregister, in das Geldbußen über 200 € gem. § 149 Abs. 2 Nr. 3 GewO Eintragung finden.

Im Hinblick auf diese Eintragung ist allerdings zu betonen, dass eine Eintragung nur dann erfolgt, wenn die Ordnungswidrigkeit einen betrieblichen Bezug aufweist und von einer Leitungsperson begangen wurde. Ordnungswidrigkeiten, die dem rein privaten Bereich zuzurechnen sind – wie z. B. eine Geschwindigkeitsüberschreitung ohne beruflichen Bezug – finden daher keine Eintragung. Das gleiche gilt, wenn die Ordnungswidrigkeit von keiner Leitungsperson begangen worden ist. Die Ordnungswidrigkeit des Führers eines betriebseigenen Lastkraftwagens (z. B. Überladungen) findet daher gleichermaßen keine Eintragung, da dieser Fahrzeugführer in der Regel nicht als Leitungsperson des Betriebes einzustufen ist.

Geldbußen von nicht mehr als 300 Euro werden gem. § 153 Abs. 1 Nr. 1 GewO innerhalb von drei Jahren getilgt, ansonsten gem. § 153 Abs. 1 Nr. 2 GewO innerhalb von fünf Jahren. Insofern gibt es einen zeitlichen Gleichklang zwischen den Vorgaben des Gewerberechts und des zu berücksichtigenden Zeitraums nach AbfAEV und EfbV. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut von § 149 Abs. 2 Nr. 3 GewO werden nur rechtskräftige Bußgeldentscheidungen in das Gewerbezentralregister eingetragen. Solche Bußgeldentscheidungen können grundsätzlich gegen die einzelne natürliche Person ergehen, aber auch in Form einer sogenannten Verbandsgeldbuße gem. § 30 OWiG. Eine Verbandsgeldbuße ist eine Geldbuße, die gegen die juristische Person verhängt wird. Das Ordnungswidrigkeitenrecht kennt als Folge einer Ordnungswidrigkeit aber gleichermaßen das Institut der Einziehungsanordnung nach § 29 a OWiG, mit der der durch die Tat erlangte geldwerte Vermögensvorteil abgeschöpft werden kann, der dann der Staatskasse zufließt. Dementsprechend ist von dieser Möglichkeit in der Vergangenheit von den Behörden zunehmend Gebrauch gemacht worden.

Die Einziehungsanordnung ist in rechtlicher Hinsicht lediglich Nebenfolge einer Ordnungswidrigkeit und daher keine rechtskräftige Bußgeldentscheidung i.S.v. § 149 Abs. 2 Nr. 3 GewO. Sie findet daher keine Eintragung in das Gewerbezentralregister. Eine Unzuverlässigkeit ist nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 AbfAEV und nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 EfbV gleichfalls anzunehmen, bei einer rechtskräftigen Verurteilung wegen einer Straftat. Im Gegensatz zu der erforderlichen Höhe einer Geldbuße von 2.500 € ist die Höhe der Geld- oder Freiheitsstrafe nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut unbeachtlich, entscheidend ist allein der Umstand der Verhängung einer Strafe. Ein Strafverfahren kann grundsätzlich auf drei verschiedene Arten beendet werden: Freispruch, Urteil oder einer Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO mangels hinreichenden Tatverdachts respektive Einstellungen nach §§ 153, 153a StPO. Eine Einstellung nach § 153 StPO kann bei geringfügigen Straftaten erfolgen. Bei einer Einstellung gem. § 153 a StPO kompensiert die Auflage – in der Regel eine Geldauflage – die nicht schwere Schuld des Täters.

In beiden Fällen der Einstellung gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht allerdings die Unschuldsvermutung fort. Damit liegt gerade keine rechtskräftige Verurteilung vor, so dass das Regelbeispiel aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 AbfAEV und § 8 Abs. 2 Nr. 1 EfbV nicht erfüllt und somit keine abfallrechtliche Unzuverlässigkeit angenommen werden kann. Nach der Recht-

sprechung sollen die Behörden allerdings bei Einstellungen nach §§ 153, 153a StPO nicht an die strafgerichtlichen oder staatsanwaltschaftlichen Feststellungen gebunden sein, insofern als sie auch Erkenntnisse aus dem Strafverfahren für die Beurteilung der Zuverlässigkeit heranziehen dürfen. Aufgrund der Unschuldsvermutung kann allerdings nicht allein aus der Tatsache, dass gegen eine Person ermittelt wurde, geschlossen werden, dass die Vorwürfe berechtigt gewesen sein müssten. Vielmehr muss die Behörde, wenn sie den Sachverhalt eines eingestellten Strafverfahrens berücksichtigen will, diesen durch eigene Ermittlungen aufklären und bewerten.

Diese eigenen behördlichen Ermittlungen dürften aber in der Praxis in den wenigsten Fällen zu einer anderen Einschätzung als die des Strafgerichtes oder der Staatsanwaltschaft führen; zumindest bedarf es einer überzeugenden Begründung für eine abweichende Behördenmeinung. Das Bundesamt für Justiz führt ein Bundeszentralregister, in das nach § 3 Nr. 1 BZRG alle strafrechtlichen Verurteilungen – unabhängig von der Höhe der Strafe – Eintragung finden. Das sogenannte Führungszeugnis hingegen ist nach § 30 Abs. 1 BZRG nur ein Auszug aus dem Bundeszentralregister. Nach § 32 Abs. 2 Nr. 5 BZRG werden Geldstrafen von unter neunzig Tagessätzen und Freiheitsstrafen von unter drei Monaten nicht in das Führungszeugnis eingetragen. In Anbetracht des Umstandes, dass nach § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 AbfAEV und § 8 Abs. 3 Nr. 1 lit. a) EfbV als Nachweis der Zuverlässigkeit nur dieses Führungszeugnis vorgelegt werden muss, sind diese Geld- oder Freiheitsstrafen daher für die abfallrechtliche Zuverlässigkeit unbeachtlich.

Praxishinweis:

Unter Berücksichtigung der Auswirkungen eines Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahrens auf die abfallrechtliche Zuverlässigkeit sollten gerade Unternehmen auch Ordnungswidrigkeitenverfahren zumindest im Blick behalten, denn auch eine Vielzahl von geringfügigen Ordnungswidrigkeiten kann im Sinne einer Gesamtbetrachtung zu einer Unzuverlässigkeit führen. Zudem kann unter Hinweis auf die wirtschaftlichen Auswirkungen für das Unternehmen versucht werden, statt einer Geldbuße eine Einziehungsanordnung zu erwirken, die keine Eintragung in das Gewerbezentralregister findet und dementsprechend für die rechtlichen Beurteilungen der abfallrechtlichen Zuverlässigkeit außer Betracht zu bleiben hat.

Die Kenntnis und Nutzung der rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten in diesem Bereich können also durchaus negative wirtschaftliche Auswirkungen beschränken.



Dr. Anne-Louise Schümer
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Strafrecht
anne-louise.schuemer@brandi.net

FRAGEN AN MICHAEL WEBER-BLANK, NLP M.

WARUM BRANDI?

Nach anfänglicher 5-jähriger Tätigkeit in der Finanzverwaltung habe ich fast 10 Jahre in einer weltweit tätigen Prüfungsgesellschaft und deren Rechtsanwaltsgesellschaft verbracht. Ich hatte genug von der Verwaltung und auch von Großkonzernen. Ich wollte endlich wieder direkten Kontakt zu meinen Mandanten und diese auch umfassender und unmittelbarer betreuen, als mir das bis dahin möglich war. Genau das habe ich bei BRANDI in Hannover mit meinen Partnern durch die Gründung des neuen Standortes erreicht.

WAS TREIBT MICH AN?

Ich wollte wieder selbständig sein, meine Entscheidungen selber treffen und auch verantworten. Vor allem wollte ich Einfluss auf Fortkommen und Entwicklung meiner eigenen Gesellschaft nehmen. Das ist mir bei BRANDI gelungen.

AUSSER DEM JOB GIBT ES NOCH?

Zwei Leidenschaften, die sich gut miteinander verbinden lassen: Das Reisen und das Kochen! Meine Frau und ich waren in den letzten 20 Jahren vor allem in Asien, den USA und Mittelamerika in den letzten Jahren auf unzähligen spannenden Reisen. Unser Lieblingsland in Asien ist ohne Zweifel Thailand, auch wenn wir Vietnam, Indonesien und Singapur auch spannend finden. Vor allem die thailändische Küche, aber auch die aus Seoul, hat es mir angetan. In den USA mag ich die Westküste lieber, meine Frau dagegen liebt eher Miami und die Ostküste. Kulinarisch sind wir uns da aber einig: Es geht nichts über original amerikanische Spareribs, fall of the bone!

HIGHLIGHTS AUS MEINER HEIMAT?

Neben meinen Hobbys bin ich auch gerne mal handwerklich tätig. Schweißen wollte ich immer schon lernen. Also habe ich kurzerhand mit meinem besten Kumpel einen Smoker geschweißt. Das war wirklich cool und funktioniert hat er auch!



Michael Weber-Blank, NLP M.
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Fachanwalt für Strafrecht
Zertifizierter Compliance Officer
Wirtschaftsmediator (DAA)
michael.weber-blank@brandi.net

Bielefeld

Adenauerplatz 1
33602 Bielefeld
T +49 521 96535 - 0
F +49 521 96535 - 99
E bielefeld@brandi.net

Detmold

Lindenweg 2
32756 Detmold
T +49 5231 9857 - 0
F +49 5231 9857 - 50
E detmold@brandi.net

Gütersloh

Thesings Allee 3
33332 Gütersloh
T +49 5241 5358 - 0
F +49 5241 5358 - 40
E guetersloh@brandi.net

Paderborn

Rathenaustraße 96
33102 Paderborn
T +49 5251 7735 - 0
F +49 5251 7735 - 99
E paderborn@brandi.net

Minden

Königswall 47-49
32423 Minden
T +49 571 83706 - 0
F +49 571 83706 - 66
E minden@brandi.net

Hannover

Adenauerallee 12
30175 Hannover
T +49 511 899379 - 0
F +49 511 899379 - 77
E hannover@brandi.net

Paris

44, Avenue des Champs Elyées
F-75008 PARIS
T +33 1 44 95 20 00
F +33 1 49 53 03 97
E info@kleinwenner.eu

Beijing

Grandall Law Firm
9th Floor Taikang Financial Tower
No. 38 North Road East Third Ring
Choayang
Beijing (Peking) 100026
T +86 10 65 89 06 99
F +86 10 58 13 77 88
E peking@brandi.net

Die in unseren Beiträgen allgemein erteilten Hinweise und Empfehlungen können und sollen eine anwaltliche Beratung nicht ersetzen. Für Anregungen und Rückfragen stehen Ihnen die jeweiligen Autoren der Beiträge oder die Redaktion (patrizia.ferrara@brandi.net) gern zur Verfügung.