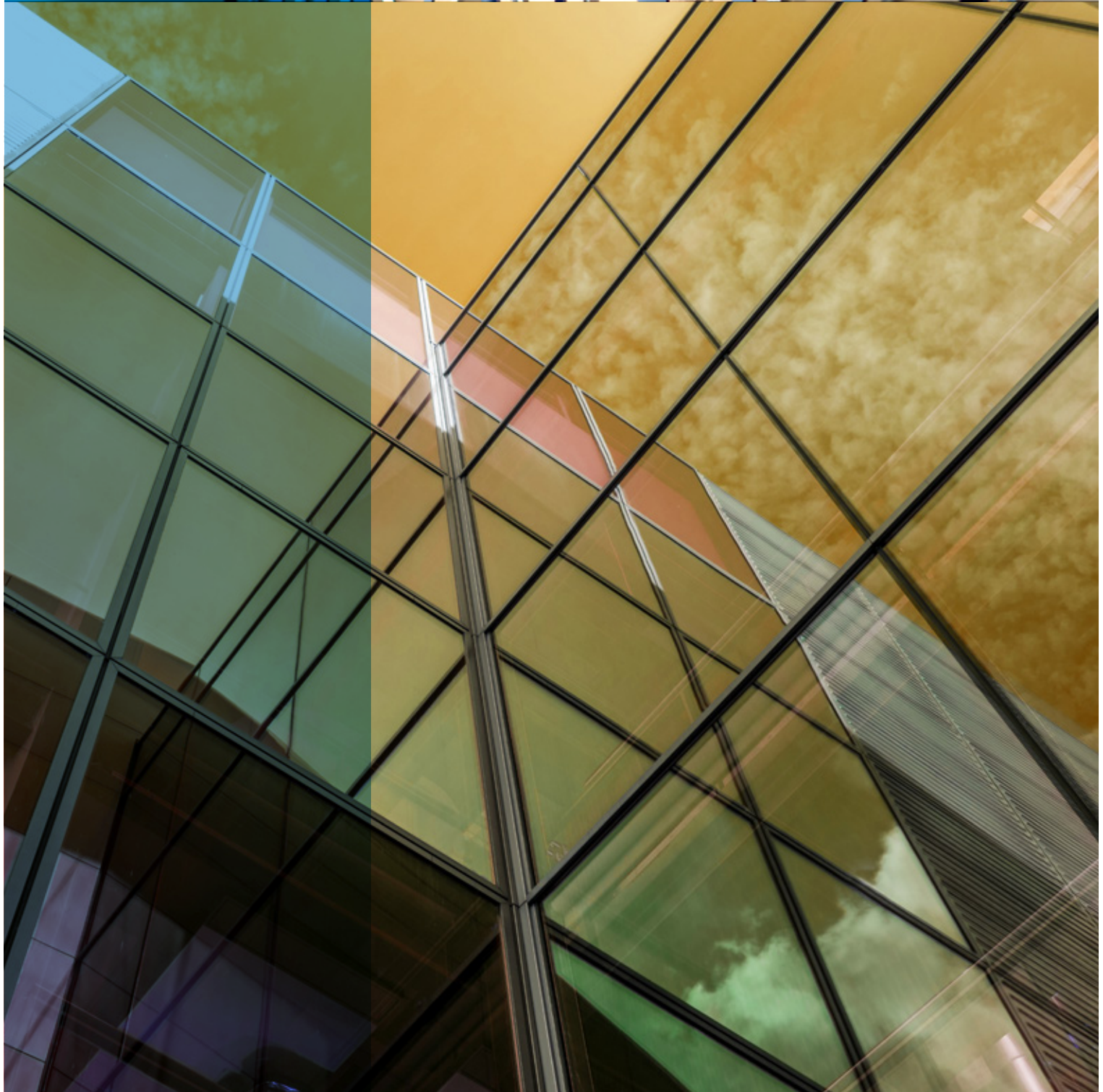


BRANDI

RECHTSANWÄLTE

Oktober 2019



Liebe Leserinnen und liebe Leser,

wir freuen uns sehr, dass mit drei neuen Kolleginnen und einem neuen Kollegen an Bord das BRANDI Team nun auch in den Fachbereichen erweitert wurde.

Dr. Anne-Louise Schümer wechselte aus einer renommierten Kölner Kanzlei zu uns und steht Ihnen zu Fragen des Umweltstraf- und Ordnungswidrigkeitenrechts als Fachanwältin in Paderborn zur Verfügung. Julia Schütte, Annalena Eberhardt und Hendrik Uthmann sind u. a. für Fragen des Allgemeinen Zivilrechts, Arbeitsrechts und Unternehmensrechts zuständig.

Wenn dem normativen Wahnsinn noch die Krone aufgesetzt wird, hat der Gesetzgeber „den besonders schweren Fall einer Ordnungswidrigkeit“ in dem Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch geregelt. Was mit sogenannten „Schreiberfällen“ gemeint ist und in welcher Höhe Bußgelder

verhängt werden, erläutern die Kollegen aus der Kompetenzgruppe Compliance. Ebenso wird dargestellt, wie zu handeln ist, wenn man erkennt, dass eine bereits abgegebene Steuerklärung unrichtig ist. Weiterhin gibt es wichtige Informationen, wie ein Kartellrechtsverstoß vermieden wird.

Aus der Kompetenzgruppe Mietrecht, Immobilienvermarktung und -verwaltung schauen die Kollegen auf allgemeine Geschäftsbedingungen in Mietverträgen, wie eine Überleitung von Mietverträgen gelingen kann und was zu tun ist bei drohender Insolvenz des Mieters.

Freuen Sie sich weiterhin auf interessante Neuigkeiten aus dem Bereich Vergaberecht. In diesem Sinne wünschen wir Ihnen viel Vergnügen bei der Lektüre.

Herzlichst
Ihr BRANDI Team

Neues aus dem BRANDI Team



Julia Schütte verstärkt seit Juli 2019 das BRANDI Team in Minden im Bereich Arbeitsrecht und Allgemeines Vertrags- und Zivilrecht.

Ihr Studium mit Schwerpunkt im Arbeits- und Unternehmensrecht absolvierte sie an der Leibniz-Universität Hannover, ihr Referendariat im Bezirk des OLG Oldenburg.

Dr. Anne-Louise Schümer verstärkt seit September 2019 unser BRANDI Team in Paderborn.

Sie ist eine langjährig erfahrene Anwältin, die aus einer renommierten Kölner Kanzlei zu uns gekommen ist. Frau Dr. Schümer ist spezialisiert auf das Umweltstraf- und Ordnungswidrigkeitenrecht und Fachanwältin für Strafrecht.



Hendrik Uthmann unterstützt das BRANDI Team in Hannover seit September 2019 und ist als Rechtsanwalt im Bereich Prozessführung und Allgemeines Zivilrecht tätig.

Er hat an der Universität in Göttingen studiert und sein Referendariat beim Oberlandesgericht Celle absolviert.

Annalena Eberhardt unterstützt seit Oktober 2019 das BRANDI Team in Detmold und ist als Rechtsanwältin in den Bereichen Allgemeines Zivilrecht sowie Handels- und Gesellschaftsrecht tätig.

Sie studierte Rechtswissenschaften an der Universität Osnabrück und der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster mit dem Schwerpunkt Vertragsrecht und absolvierte ihr Referendariat im Bezirk des OLG Düsseldorf. Frau Eberhardt war von 2013 bis 2019 bei der Aderhold Rechtsanwalts-gesellschaft mbH in Dortmund tätig.



Inhalt	Seite
Neues aus dem BRANDI Team	2
Compliance	4
Dr. Mario Bergmann, LL.M. Schwarzarbeit – Jetzt auch fahrlässig!	4
Dr. Christopher Jones Tax Compliance Klassiker: Die Nachmeldung gem. § 153 AO	5
Dr. Sörren Kiene Auch Vertragsfreiheit kennt Grenzen – Gebietsschutz und Wettbewerbsverbote bei Vertragshändlern	7
Dr. Christoph Rempe Vorsicht Kartell! Richtiges Verhalten beim Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern	7
Mietrecht, Immobilienvermarktung und -verwaltung	9
Simon Schmollmann Allgemeine Geschäftsbedingungen in Mietverträgen – der Regelfall	9
Dr. Jörg König Überleitung des Mietvertrags auf neuen Vermieter – Wirksamkeit, Form	10
Timo Stallmann Vermieterrisiken bei (drohender) Insolvenz des Mieters	10
Dr. Sebastian Huck Ordentliche Kündigung des Mietvertrages trotz Kündigungsausschluss	12
Vergaberecht	13
Dr. Christoph Jahn Rahmenvereinbarungen – EuGH bremst kreative Vertragsgestaltungen ein	13
Dr. Annette Mussinghoff-Siemens HOAI-Urteil des EuGH – Folgerungen für Vergabeverfahren	14
Aktuelles	16
Dr. Sebastian Huck Auswirkungen des Urteils des EuGHs vom 04.07.2019 zur Vereinbarkeit der HOAI mit Europäischem Recht	16
Die Autoren	18

Compliance

Dr. Mario Bergmann, LL.M.

Schwarzarbeit – Jetzt auch fahrlässig!

Bundesfinanzminister Olaf Scholz „drückte auf die Tube“ und setzte sein Ende vergangenen Jahres angekündigtes Gesetz zur intensiveren Bekämpfung der Schwarzarbeit in Deutschland in Rekordzeit um. Am 18. Juli 2019 trat das Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch nach einer nur 5-monatigen Beratungszeit in Kraft. Den zukünftig davon betroffenen Unternehmen stehen schwere Zeiten bevor. Dabei strotzt das Gesetz nur so von handwerklichen Fehlern – wie so oft bei solchen gesetzgeberischen „Schnellschüssen“.

Hohe Bußgelder bei Fahrlässigkeit

Bislang musste die Staatsanwaltschaft den Unternehmen bzw. deren Verantwortlichen nachweisen, dass diese vorsätzlich Scheinselbständige beschäftigt hatten, d. h. die erforderlichen Sozialversicherungsbeiträge nicht abgeführt hatten. Auch wenn es dafür ausreicht, dass die Tat „billigend“ in Kauf genommen wird, standen die deutschen Strafverfolger häufig vor dem Problem, dass die Abgrenzung zwischen einer selbständigen und einer scheinselbständigen Tätigkeit anhand einer Vielzahl von Kriterien zu erfolgen hat, die zwar im Nachhinein ermittelt werden können, aber der Geschäftsführung völlig unbekannt gewesen sein können. Damit ist jetzt Schluss. Von nun an wird auch derjenige verfolgt, der Scheinselbständige fahrlässig beauftragt. Der Gesetzgeber konnte sich noch dazu durchringen, eine erhöhte Form der Fahrlässigkeit zu fordern, die sog. „Leichtfertigkeit“, d. h. der Unternehmensführung muss eine grobe Missachtung der sozialversicherungsrechtlichen Regeln vorzuwerfen sein, der Verstoß muss sich förmlich aufgedrängt haben. Zudem verwirklicht der Verstoß keine Straftat sondern eine Ordnungswidrigkeit. Aufatmen ist dadurch aber nicht angezeigt. Denn die Verantwortlichen müssen sich auf deutlich höhere Bußgelder einstellen, die viel eher in den Bereich der Existenzgefährdung münden werden. Wird bei einer vorsätzlichen Begehung über mehrere Monate hinweg letztendlich eine Gesamt(geld)strafe gebildet, lässt das Bußgeldrecht eine Gesamtgeldbuße nicht zu. Vielmehr kann jede einzelne Tat mit einer Geldbuße bis zu 50.000 € geahndet werden und die Einzelgeldbußen werden dann schlicht addiert.

Schreiberfälle

Zudem wollte der Gesetzgeber das Phänomen sog. „Schreiber“ bekämpfen, d. h. Firmen, die nur auf dem Papier ohne tatsächliche Leistungserbringung zwischengeschaltet sind, um eine weitere (zweite, dritte oder vierte) unternehmerische Ebene vorzutauschen und um die Ermittlung der eigentlichen Verhältnisse zu erschweren. Das Gesetz ist an dieser Stelle völlig aus dem Ruder gelaufen. Erforderlich ist lediglich, dass ein Beleg über Dienst- oder Werkleistungen erstellt oder verwendet wird, der inhaltlich unrichtig ist und Scheinselbständigkeit ermöglicht. Damit erfasst der Text zwar die sog. „Schreiber“, aber auch jeden (normalen) Fall einer Fehleinschätzung über das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit und zusätzlich bei sämtlichen Beteiligten. Denn dass die bei Scheinselbständigkeit jeweils vom Auftragnehmer gestellte Rechnung falsch ist, weil er kein Unternehmer ist und er diese selbst bzw. der Auftragnehmer durch buchhalterische Verarbeitung/Weiterleitung an den Steuerberater/Vorlage im Rahmen der Betriebsprüfung (Hauptzollamt, Finanzamt, Deutsche Rentenversicherung) in den Verkehr gebracht hat, versteht sich von selbst. Dabei nimmt das Gesetz keine Unterscheidung

mehr dahin vor, wer die Rechnung erstellt oder in den Verkehr gebracht hat. Betraf die Frage der Scheinselbständigkeit bislang insbesondere die Geschäftsführung, weil dort die persönliche Pflicht zur Abführung der Sozialversicherungsbeträge lag, stellt das Gesetz nun auch auf das Erstellen bzw. Inverkehrbringen an sich ab. Leichtfertigkeit wird auch nicht gefordert, sondern es genügt bereits einfachste Fahrlässigkeit. Und das alles bei einer – im Vergleich zur leichtfertigen Scheinselbständigkeit – dann noch erhöhten Geldbußenandrohung von jeweils bis zu 100.000 € je Tat, d. h. je erstellter oder in den Verkehr gebrachter Rechnung sowie (weil addiert) neben jeder wegen etwaiger leichtfertig begangener Scheinselbständigkeit zu verhängender Geldbuße.

Und um diesem normativen Wahnsinn dann noch die Krone aufzusetzen, entwickelte der Gesetzgeber – ohne weitere Begründung – den bislang dem Bußgeldrecht systemfremden Fall eines „besonders schweren Falls“ einer Ordnungswidrigkeit. Danach soll die missachtete Rechnungserstellung als Teil einer Bande (ab 3 Personen) oder aus grobem Eigennutz mit einer Geldbuße von jeweils bis zu 500.000 € verfolgt werden können. Dabei griff der Gesetzgeber offensichtlich auf die Regeln bei der Steuerhinterziehung zurück. Dumm nur, dass die dabei als Vorlage verwendete Gesetzesfassung offensichtlich schon etwas veraltet war. Denn gerade weil die Strafgerichte das rein subjektive Merkmal des „groben Eigennutzes“, also einem über das normale Maß hinausgehende Streben nach einem eigenen Vorteil, bei der Steuerhinterziehung so gut wie nie feststellen konnten, strich der Gesetzgeber schon Ende 2007 ganz bewusst diese Formulierung. Eine Begründung für die Aufnahme dieses Merkmals bei der Schwarzarbeit bleibt der Gesetzgeber schuldig.

Hauptzollämter werden Staatsanwaltschaften

Zuletzt musste in der Praxis der Verteidigung festgestellt werden, dass die Staatsanwaltschaften regelmäßig – bedingt durch Überlastung oder fehlendes Fachwissen – mehr oder weniger ungeprüft die Feststellungen der Hauptzollämter übernahmen, verbunden mit allen Nachteilen, die mit einer solchen unkontrollierten Übernahme der oft einseitig erscheinenden Ermittlungen der Hauptzollämter durch die eigentliche „Herren des Vorverfahrens“ verbunden waren. Entsprechender Kritik werden sich die Staatsanwaltschaften künftig entziehen. Denn die Hauptzollämter führen nun in Verfahren der Scheinselbständigkeit diese grundsätzlich eigenständig, d. h. sie nehmen nach Abgabe durch die Staatsanwaltschaft deren Rolle ein und können z. B. direkt beim Richter den Erlass eines Strafbefehls oder auch Durchsuchungsbeschlüsse beantragen. Vorlage war offensichtlich die spezielle Zuständigkeitsverteilung in Steuerstrafverfahren (Steuerfahndung als ermittelnde Behörde; Bußgeld- und Strafsachenstelle als Staatsanwaltschaft). Dass die Abgabe von der Staatsanwaltschaft an die Hauptzollämter durch die enorme personelle Aufstockung derselben gesetzgeberisch gewollt und praktisch durch die Staatsanwaltschaften zur eigenen Entlastung zukünftig der Regelfall sein wird, ist nicht schwer zu erraten.

Dr. Christopher Jones

Tax Compliance Klassiker: Die Nachmeldung gem. § 153 AO

Was ist zu tun, wenn nachträglich erkannt wird, dass eine bereits abgegebene Steuererklärung unrichtig war?

Einleitung

In Unternehmen kann es vorkommen, dass ohne böse Absicht falsche Steuererklärungen oder Steueranmeldungen abgegeben werden. Die steuerlichen Pflichten sind vielfältig und komplex und es liegt in der Natur der Sache, dass es hier zu Fehleinschätzungen kommen kann. Ursachen für falsche Erklärungen sind häufig fehlende oder nicht korrekte Sachverhaltskenntnis, Fehlverhalten von einzelnen Mitarbeitern oder eine falsche rechtliche Würdigung bezüglich der Steuerbarkeit von Sachverhalten. Strafrechtliche Relevanz weisen solche falschen Erklärungen oder Steueranmeldungen regelmäßig nicht auf, weil es auf Seiten der für das Unternehmen verantwortlich handelnden Personen an einem vorsätzlichen Verhalten fehlt. Dennoch trifft jedes Unternehmen selbstverständlich die Pflicht, Steuererklärungen und Steueranmeldungen nach bestem Wissen und Gewissen abzugeben. Darüber hinaus besteht nach § 153 AO die Pflicht Erklärungen und Anmeldungen unverzüglich zu berichtigen, wenn nachträglich und vor Ablauf der Festsetzungsverjährung die Unrichtigkeit der Erklärung bekannt wird.

Nachmeldung ist steuerliche Pflicht

Die Tatsache, dass falsche Erklärungen zu berichtigen sind, ist den verantwortlich Handelnden regelmäßig bekannt. Art und Umfang der Berichtigung kann jedoch im Einzelfall problematisch sein. Hierbei ist es zunächst wichtig zu wissen, dass § 153 AO eine eigene Steuererklärungs- bzw. Berichtigungspflicht konstituiert. Erkennt ein Geschäftsführer also die Unrichtigkeit einer steuerlichen Erklärung und wird diese nicht umgehend berichtet, so begeht er selbst eine Steuerhinterziehung und zwar auch dann, wenn er für die ursprünglich falsche Erklärung nicht verantwortlich war.

Nachmeldung muss unverzüglich erfolgen

Die Berichtigung nach § 153 AO muss unverzüglich, das heißt ohne schuldhaftes Zögern, gegenüber der sachlich und rechtlich zuständigen Finanzbehörde erfolgen.

Nachmeldung besteht aus Anzeige und Berichtigung

Zu berücksichtigen ist, dass § 153 AO sowohl eine Anzeige- als auch eine Berichtigungspflicht enthält. Im Zweifel ist daher eine unrichtige Erklärung schnellstmöglich anzuzeigen. Die Berichtigung kann gegebenenfalls nachfolgen, wobei durch die Finanzbehörde eine angemessene Frist zu gewähren ist. Dies ist insbesondere in Fällen von Bedeutung, bei denen zunächst die unternehmensinternen Prozesse aufgeklärt werden müssen, um die Berichtigung vollständig und fehlerfrei vornehmen zu können. Der Berichtigungspflicht unterliegen nur eigene Fehler. Fehler der Finanzverwaltung müssen nicht korrigiert werden. Die Unrichtigkeit der Erklärung oder Anmeldung muss ferner tatsächlich erkannt werden. Ein Erkennen-Können reicht noch nicht aus. Die verantwortlich handelnden Personen trifft aber eine Sorgfaltspflicht. Wird ein Fehler erkannt, müssen die steuerlichen Auswirkungen überprüft werden.

Nachmeldepflicht auch bei leichtfertiger Steuerverkürzung

Die Anzeige- und Berichtigungspflicht wird durch die Rechtsprechung sehr weit ausgelegt. Sogar der Nemo-tenetur-Grundsatz, also der Grundsatz, dass niemand verpflichtet werden kann, sich selbst einer Straftat zu bezichtigen, wird teilweise außer Kraft gesetzt. Dies ist der Fall, wenn die ursprünglich falsche Erklärung eine leichtfertige Steuerverkürzung gem. § 378 AO darstellt. Eine leichtfertige Steuerverkürzung liegt beispielsweise vor, wenn sich den verantwortlich handelnden Personen hätte aufräumen müssen, dass die Erklärung möglicherweise falsch ist. Sofern dann keine weiteren Kontrollen stattfinden, wird regelmäßig von einem leichtfertigen Handeln auszugehen sein.

Wird den verantwortlich handelnden Personen zu einem späteren Zeitpunkt klar, dass die Erklärung tatsächlich falsch war, dann sind sie durch § 153 AO verpflichtet, die Erklärung unverzüglich richtigzustellen. In diesem Fall ist die Berichtigung gleichzeitig eine Selbstanzeige gem. § 378 Abs. 3 AO. Die Voraussetzungen in der Vorschrift sind also zu beachten. Das heißt, die Selbstanzeige muss vollständig sein und die verkürzten Steuern müssen innerhalb einer von der Finanzverwaltung bestimmten angemessenen Frist vollständig entrichtet werden. Kann die Steuer also nicht bezahlt werden, führt dies zu einer Unwirksamkeit der Selbstanzeige und folglich zum Entfallen der Straffreiheit. Dies führt zu der Frage, ob die Pflicht zur Berichtigung nach § 153 AO bestehen bleibt, wenn der Steuerpflichtige weiß, dass er die verkürzten Steuern nicht bezahlen kann. Nach § 153 AO wäre er verpflichtet, sich selbst einer Ordnungswidrigkeit zu bezichtigen und wegen fehlender finanzieller Mittel ist es ihm nicht möglich, Straffreiheit zu erlangen. Nach der Rechtsprechung des BGH hat der Steuerpflichtige erst einmal Pech gehabt. Im maßgeblichen Beschluss vom 17. März 2009, Aktenzeichen: 1 StR 479/08 heißt es:

„Ist eine wirksame Selbstanzeige aber lediglich deshalb nicht möglich, weil der Steuerpflichtige nicht in der Lage ist, die hinterzogenen Steuern innerhalb einer angemessenen Frist nachzuentrichten, kommt eine derartige Suspendierung der Strafbewährung der steuerlichen Berichtigungspflicht jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn der Steuerpflichtige bei pflichtgemäßer und rechtzeitiger Erfüllung seiner steuerlichen Pflichten zur Zahlung noch in der Lage gewesen wäre. Denn der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit gebietet nicht, den Steuerhinterzieher gegenüber anderen Steuerpflichtigen besser zu stellen, nur weil er auch Steuerstraftäter ist.“

Mit diesen harschen Worten verabschiedet sich der BGH weitgehend vom Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit. Die Selbstanzeigepflicht nach § 153 AO bleibt also vollumfänglich bestehen. Wird dieser Pflicht nicht nachgekommen, so ist dies eine eigene Steuerstraftat, nämlich Steuerhinterziehung durch Unterlassen. Die ordnungsgemäße Nachmeldung ist daher regelmäßig das kleinere Übel.

Nachmeldepflicht sogar bei Steuerhinterziehung mit bedingtem Vorsatz

Tatsächlich geht der BGH sogar noch weiter. Selbst in Fällen einer Steuerhinterziehung mit sogenanntem bedingtem Vorsatz soll die Berichtigungspflicht des § 153 AO bestehen bleiben. Betroffen sind Fälle, in denen der Steuerpflichtige eine falsche Erklärung abgibt, wobei er billigend in Kauf nimmt, dass die Erklärung zu seinen Gunsten falsch ist und dass dadurch Steuern verkürzt werden. Eine genaue Kenntnis über das Ob und insbesondere

über das Ausmaß der Steuerverkürzung besitzt er jedoch nicht. Wird das Vorliegen einer falschen Steuererklärung jedoch durch nachträgliche Ereignisse zur Gewissheit (im Fall des BGH war dies eine Umsatzsteuernachschau, die gravierende Mängel in der Buchhaltung aufgedeckt hatte), muss der Steuerpflichtige nach § 153 AO eine Berichtigung vornehmen. Andernfalls macht er sich wegen Steuerhinterziehung durch Unterlassen erneut strafbar. Dies führt dazu, dass die Berichtigungserklärung gleichzeitig eine Selbstanzeige nach § 371 AO darstellt. Die Voraussetzungen einer Selbstanzeige wurden in den vergangenen Jahren immer wieder verschärft. Verkürzt ausgedrückt ist diese nur wirksam, wenn kein Sperrgrund nach § 371 Abs. 2 AO vorliegt, wenn die Selbstanzeige alle nicht verjährten Steuerstraftaten einer Steuerart (mindestens der letzten 10 Jahre) vollständig erfasst, wenn die hinterzogenen Steuern zuzüglich Zinsen und Hinterziehungszinsen innerhalb einer angemessenen Frist vollständig entrichtet werden sowie wenn in schwereren Fällen der sogenannte Strafzuschlag gem. § 398a AO geleistet wird.

Das heißt, wenn sich der Steuerpflichtige nicht erneut strafbar machen möchte, ist er zu einer Nachmeldung verpflichtet, obwohl das Erlangen von Straffreiheit nicht sicher oder sogar ausgeschlossen ist, weil er die strengen Voraussetzungen der Selbstanzeige nicht erfüllen kann. Der BFH hat sich bemüht, diese drastischen Konsequenzen etwas abzumildern, indem er den Betroffenen ein Beweismittelverwendungsverbot in Aussicht gestellt hat. Demnach dürften die Informationen aus der unwirksamen Selbstanzeige nicht im Strafverfahren gegen den Steuerpflichtigen verwendet werden. In der Praxis ist das Beweismittelverwendungsverbot aber ein dünnes Eis, das nur in Ausnahmefällen erfolgreich beschränkt werden kann.

Festsetzungsfristen beachten

Beachtlich ist auch, dass in diesen Fällen andere Festsetzungsfristen gelten. Die Festsetzungsfrist bei leichtfertiger Steuerhinterziehung beträgt fünf Jahre, bei Steuerhinterziehung 10 Jahre. Das heißt, wenn innerhalb dieser Zeit der Fehler bekannt wird, besteht die Pflicht zur Anzeige und Berichtigung. Wird die Verpflichtung nicht erfüllt, so ist dies eine eigene Steuerhinterziehung, für die wiederum eine neue Festsetzungsfrist von 10 Jahren zu laufen beginnt. Das heißt, dass im ungünstigsten Fall bei versäumter Berichtigung nach § 153 AO Sachverhalte von der Finanzverwaltung aufgegriffen werden können, die bereits 20 Jahre zurückliegen.

Empfehlung für die Praxis

Zusammenfassend kann man sagen, dass Nachmeldungen nach § 153 AO schmerzhaft sein können, weil zurückliegende Besteuerungszeiträume wieder eröffnet und mitunter erhebliche Steuernachzahlungen geleistet werden müssen. Bei der Entscheidung über das „Ob“ und das „Wie“ der Nachmeldung sind jedoch zwingend die strafrechtlichen Risiken zu berücksichtigen. In vielen Fällen stellt sich die Nachmeldung dann als alternativlos dar. Zu beachten ist ferner, ob die ursprüngliche falsche Erklärung von Seiten der Finanzverwaltung als Steuerordnungswidrigkeit oder sogar als Steuerstraftat gewertet werden kann. Dies spielt sowohl für den Umfang der Nachmeldung als auch für die Festsetzungsverjährung eine erhebliche Rolle. Obwohl das Recht der Nachmeldung ausgesprochen streng ist, ergeben sich in der Praxis häufig Möglichkeiten, die Verfahren einvernehmlich und ohne Weiterungen zu lösen. Letztlich ist die Finanzverwaltung zur Durchsetzung der Besteuerung auf die Informationen aus den Unternehmen angewiesen und es besteht bei einer professionellen Nachmeldung häufig nur ein geringes Interesse an einer Strafverfolgung.

Innerbetriebliches Kontrollsystem kann vor Strafverfolgung schützen

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass das Bundesministerium der Finanzen in seinem Anwendungserrlass zu § 153 AO vom 23. Mai 2016 Unternehmen mit einem innerbetrieblichen Kontrollsystem bis zu einem gewissen Grad privilegiert hat. Nach Auffassung des Ministeriums spricht das Vorliegen eines solchen Kontrollsystems regelmäßig gegen das Vorliegen eines Vorsatzes oder einer Leichtfertigkeit bei der Abgabe einer falschen Steuererklärung. Selbstverständlich kann dies im Einzelfall anders aussehen und die verantwortlich handelnde Personen sind keinesfalls von ihrer Sorgfaltspflicht entbunden. Wenn jedoch Indizien vorliegen, die gegen eine Steuerstraftat oder eine Ordnungswidrigkeit sprechen, obliegt es der Finanzverwaltung bzw. der Steuerfahndung, diese Indizien zu entkräften, sodass ein innerbetriebliches Kontrollsystem oder auch Tax Compliance System durchaus einen wirksamen Schutz vor strafrechtlicher Verfolgung darstellen kann.



Dr. Sörren Kiene

Auch Vertragsfreiheit kennt Grenzen – Gebietsschutz und Wettbewerbsverbote bei Vertragshändlern

Viele Unternehmen vertreiben ihre Produkte nicht direkt an Endkunden, sondern über Vertragshändler. Der Vertragshändler zeichnet sich dadurch aus, dass er Waren im eigenen Namen auf eigenes Risiko kauft und diese dann im eigenen Namen auf eigenes Risiko weiterverkauft. Es gibt also aus kaufrechtlicher Perspektive einen ersten Kaufvertrag zwischen dem Prinzipal und dem Vertragshändler und einen zweiten Kaufvertrag zwischen dem Vertragshändler und seinem Kunden. Zusätzlich obliegen dem Vertragshändler gewisse Vertriebspflichten wie etwa Messebesuche, die Pflicht zur Werbung etc.

Vertragshändler werden in der Regel für ein gewisses Vertragsgebiet eingesetzt. Da viele Unternehmer für verschiedene Länder unterschiedliche Vertragshändler haben, herrscht häufig die Idealvorstellung, dass jeder Vertragshändler nur in seinem Gebiet tätig werden soll. Gleichsam soll er die Waren nicht außerhalb des Vertragsgebietes verkaufen, was wiederum dem Schutz der anderen Vertragshändler dient. Hierfür vereinbaren die Parteien vielfach sogenannte „Gebietsschutzklauseln“.

Der Vertragshändler wiederum wird die mit dem Vertrieb der Produkte verbundenen Investitionen nur dann aufbringen wollen, wenn ihm Exklusivität gewährt wird. Dazu ist der Prinzipal auch nicht selten bereit, wenn sich der Vertragshändler quasi als „Gegenstück“ zur vereinbarten Exklusivität verpflichtet, keine Wettbewerbsprodukte herzustellen oder zu vertreiben. Dies wird über Wettbewerbsverbote erreicht.

Sowohl Gebietsschutzklauseln als auch Wettbewerbsverbote unterliegen jedoch sehr engen kartellrechtlichen Grenzen, wenn der Vertragshändler im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) oder der Schweiz tätig ist. Denn der europäische Gesetzgeber untersagt zum Schutze des Binnenmarkts im Grundsatz wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und lässt diese nur unter engen Voraussetzungen zu. Ähnliche Regelungen gelten in der Schweiz, die eigentlich geltende Vertragsfreiheit gilt also nicht grenzenlos. Damit sich Unternehmen hier compliant verhalten, sollten die folgenden Eckpunkte im Blick behalten werden:

- **Gebietsschutzklauseln:** Wichtig ist, dass zwischen aktiven und passiven Verkäufen unterschieden wird. Dem Vertragshändler dürfen passive Verkäufe an Kunden, die ihren Sitz außerhalb des vertraglich zugewiesenen Vertragsgebiets aber im EWR oder der Schweiz haben, nicht verboten werden. Zu beachten ist, dass Verkäufe über das Internet als passive Verkäufe angesehen werden. Diese darf man also nicht untersagen. Aktive Verkäufe an Kunden, die ihren Sitz außerhalb des Vertragsgebiets aber innerhalb des EWR oder der Schweiz haben, können nur unter engen Grenzen eingeschränkt werden. Einzelheiten regelt die Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung. Eine wichtige notwendige Voraussetzung ist dabei, dass die Vereinbarung nicht länger als 5 Jahre laufen darf. Gefährlich sind hier Verträge, die für einen (kurzen) Anfangszeitraum gelten und sich dann stillschweigend verlängern. Sie werden betrachtet als Verträge, die länger als 5 Jahre laufen. Rechtsfolge ist dann in der Regel, dass die Klausel kartellrechtswidrig ist.
- **Wettbewerbsverbote:** Auch die Verpflichtung, keinerlei Wettbewerbsprodukte herzustellen oder zu vertreiben, darf nach der

Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung nicht für eine längere Zeit als 5 Jahre vereinbart werden. Auch hier ist bei Verträgen mit automatischer Verlängerung große Vorsicht geboten. Unter allen Umständen zu vermeiden sind auch nachvertragliche Wettbewerbsprodukte.

Fazit

Bei der Gestaltung von Vertragshändlerverträgen sollte genau auf die Details geachtet werden, möchten die Unternehmen sich nicht dem Vorwurf ausgesetzt sehen, kartellrechtswidrige Vereinbarungen getroffen zu haben. Eine kartellrechtswidrige Vereinbarung ist nämlich nicht nur unwirksam im Verhältnis zwischen den Parteien. Es drohen auch – teils erhebliche – Strafen. Die Möglichkeiten und Grenzen der Vertragsfreiheit lassen sich ganz überwiegend aus der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung entnehmen, die in ihrem Anwendungsbereich eine Art „safe harbour“ darstellt. Diesen sollten die Unternehmen nutzen.

Dr. Christoph Remppe

Vorsicht Kartell! Richtiges Verhalten beim Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern

Wissen ist Macht. Dieser Sinnspruch gilt auch im Wettbewerb zwischen Unternehmen auf demselben Markt. Wenn ein Unternehmen weiß, wie sich sein Mitbewerber am Markt verhalten wird, so kann er sein eigenes Verhalten entsprechend anpassen. Besonders interessant sind dabei natürlich sensible Informationen etwa zur Preisgestaltung, Absatzwegen und Kundengruppen. Die Versuchung, solche Informationen entgegen zu nehmen, ist daher enorm. Die Gefahren für den freien Wettbewerb liegen auf der Hand.

Daher steht der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern immer wieder im Fokus der Kartellbehörden. Aktuell musste der Bundesgerichtshof (BGH) sich mit dem Süßwarenkartell befassen. Im Vorfeld hatte das OLG Düsseldorf vom Bundeskartellamt verhängte Bußgelder deutlich erhöht. Das Urteil des OLG Düsseldorf hat der BGH nun zwar aufgrund von Fehlern in der Beweiswürdigung aufgehoben, grundsätzlich aber keinen Zweifel, dass Informationsaustausch kartellrechtswidrig sein kann (Urteil vom 21.06.2019 – KRB 10/18).

Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts waren die Beteiligten, allesamt Süßwarenhersteller, in den Jahren 2003 bis 2008 in einen Informationsaustausch auf dem Süßgebäck- und auf dem Bonbonmarkt in Deutschland eingebunden. Der Informationsaustausch fand in gemeinsamen Sitzungen des Vorstands und des Verkaufsleiterausschusses einer „Konditionenvereinigung“ drei- bis viermal im Jahr statt. Absprachegemäß sollten sich die Unternehmensvertreter gegenseitig über den Stand ihrer Konditionsverhandlungen mit bedeutenden Handelspartnern des Vollsortimenterbereichs aus dem Lebensmitteleinzelhandel informieren. Hiervon umfasst waren der Stand der alljährlich für das neue Geschäftsjahr stattfindenden Verhandlungen (Jahresgespräche) und hierbei verlangte besondere Konditionen sowie unterjährig erhobene Sonderforderungen dieser Handelskunden. Die gegenseitige Unterrichtung beinhaltete die Reaktion eines betroffenen Herstellers auf gestellte Forderungen, mögliche verhandelbare Gegenleistungen oder seitens des Handelskunden drohende Sanktionen. Die Grundübereinkunft erstreckte sich zudem auf den Informationsaustausch über geplante Preiserhöhungen und die Reaktionen der großen Handelsunternehmen auf dieses Ansinnen.

Der Austausch solcher Geschäftsgeheimnisse führt oft zu abgestimmten Verhaltensweisen und somit einem Kartell. Es drohen daher Bußgelder, Schadensersatzforderungen und – nicht zu verachten – ein erheblicher Reputationsverlust durch die öffentliche Berichterstattung.

Was gilt es nun zu beachten, um einen Kartellrechtsverstoß zu vermeiden?

Das Unternehmen sollte keine Wettbewerber über sensible Informationen und Geschäftsgeheimnisse, vor allem zu Preisen, Einstandskosten, Abnehmern und künftigem Marktverhalten informieren. Ebenso wenig sollte ein Unternehmen sensible Informationen entgegennehmen. Denn für einen Kartellverstoß kann es schon ausreichen, dass man entsprechende Informationen widerspruchslos entgegennimmt. Um dies zu vermeiden, sollte in einem solchen Fall umgehend geantwortet werden, dass man diese Information nicht wünscht. Sofern Informationen gegenüber einem Wettbewerber offenbart werden sollen, sollte sich das Unternehmen stets fragen, ob und inwieweit dies im Rahmen einer Vertragsabwicklung überhaupt erforderlich ist. Generell sollte stets genau dokumentiert werden, woher eine sensible Information eines Wettbewerbers stammt.

Besonders vorsichtig sollte man bei Branchentreffen, aber auch beim privaten Austausch mit Mitarbeitern eines Wettbewerbers sein. Der Austausch über allgemeine Entwicklungen kann zwar unbedenklich sein. Aber wie ein Unternehmen auf solche Entwicklungen reagieren wird, ist keine Information, die für einen Wettbewerber bestimmt wäre.

Vorsicht ist auch bei der Vorbereitung von Unternehmenskäufen geboten, wenn ein Unternehmen einen Wettbewerber erwerben möchte. Im Rahmen der Due Diligence kann es leicht zu einem verbotenen Informationsaustausch kommen, weil typischer Weise auch sensible Informationen eingesehen werden. Nur mit geeigneten Maßnahmen lässt sich dieses Risiko minimieren.



Mietrecht, Immobilienvermarktung und -verwaltung

Simon Schmollmann

Allgemeine Geschäftsbedingungen in Mietverträgen – der Regelfall

Jeder Wirtschaftsteilnehmer kennt Allgemeine Geschäftsbedingungen (kurz auch „AGB“) aus dem Alltag. Häufig handelt es sich um das buchstäblich „Kleingedruckte“ auf Geschäftspapieren, üblicherweise umseitig aufgedruckt. Es dürfte auch noch zum verbreiteten Wissen gehören, dass gesetzliche Regelungen existieren, die sich konkret mit den Grenzen der inhaltlichen Gestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen befassen (Inhaltskontrolle) und bestimmten (unangemessenen) Vertragsbedingungen die Geltung versagen. Das führt dann in den weitaus meisten Fällen dazu, dass sich das Vertragsverhältnis der Vertragspartner – oft zum Leidwesen eines der Vertragspartner – nach den gesetzlichen Regelungen richtet.

In der mietrechtlichen Beratungspraxis stößt man allerdings immer wieder auf ungläubiges Staunen, wenn man darauf hinweist, dass diese oder jene vertragliche Regelung des abgeschlossenen Mietvertrages ebenfalls eine Allgemeine Geschäftsbedingung darstellt und – ebenso wie das umseitig „Kleingedruckte“ – den strengen Anforderungen der Inhaltskontrolle unterliegt. Zum Leidwesen des Rechtsanwalts ist dieser Hinweis oft verbunden mit dem Befund, dass die betreffende Vertragsbedingung der Inhaltskontrolle nicht standhält und unwirksam ist.

Die gesetzliche Grundlage...

Nach § 305 Absatz 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle Vertragsbedingungen, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind und die ein Vertragspartner (der Verwender) dem anderen Vertragspartner stellt. Im Gegensatz dazu ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung gemäß § 305 Absatz 1 Satz 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht anzunehmen, wenn die Vertragsbedingung im Einzelnen ausgehandelt wurde.

...und was die gerichtliche Praxis daraus macht

Was in der gesetzlichen Terminologie so abstrakt und wenig greifbar daherkommt, wurde durch Rechtsprechung und Literatur praxistauglich und griffig ausgeformt. Nach einem Urteil des OLG Frankfurt vom 08.03.2018 (Az. 2 U 25/17) sei davon auszugehen, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen nämlich immer dann vorlägen, wenn sich das „aus dem äußeren Anschein, einem formelhaften und für eine Vielzahl von gleichartigen Verträgen geeigneten sowie die Verwenderseite einseitig begünstigenden Inhalt ergibt“ – mit anderen Worten: Was wie Allgemeine Geschäftsbedingungen aussieht, werden auch Allgemeine Geschäftsbedingungen sein.

Die Tragweite dieser Formel ist kaum zu überschätzen. Denn diese Voraussetzungen treffen auf 90% der (miet-)vertraglichen Regelungen ohne Weiteres zu, sei es bezüglich der Beschränkung der Mängelrechte des Mieters, der Ausgestaltung von Wertsicherungsklauseln, Haftungsbeschränkungen bzw. -erweiterungen oder auch nur der Regelung über Zutrittsrechte zum Mietgegenstand. In der Praxis erfüllen die weitaus meisten mietvertraglichen Regelungen die Voraussetzungen der Rechtsprechung, erst recht, wenn diese von einem Rechtsanwalt gestaltet wurden.

Diese von der Rechtsprechung aufgestellte Vermutung ist von dem Verwender der Vertragsbedingungen, also in der Regel dem Vertragspartner, der den Vertragsentwurf erstmals vorgelegt hat, zu widerlegen. Das gelingt in der Praxis nur in den seltensten Fällen.

Zwar legt § 305 Absatz 1 Satz 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches fest, dass eine im Einzelnen ausgehandelte Vertragsbedingung nicht als Allgemeine Geschäftsbedingung zu qualifizieren ist. Die hierzu von Rechtsprechung und Literatur aufgestellten Maßstäbe sind allerdings derart hoch, dass die Vertragspraxis des Wirtschaftslebens diese Anforderungen selten erfüllt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfordert ein Aushandeln im Einzelnen, „dass der Verwender den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der effektiven Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Er muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären. Die entsprechenden Umstände hat der Verwender darzulegen. In der Regel schlägt sich das Aushandeln in Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Die allgemein geäußerte Bereitschaft, belastende Klauseln abzuändern, genügt nicht.“ (BGH, Urteil vom 19.03.2019, Az. XI ZR 9/18).

Mit anderen Worten: Derjenige, der einen Mietvertragsentwurf – das gilt auch für jeden anderen Vertragsentwurf – erstmals vorlegt muss für jede einzelne Vertragsbedingung, die der Inhaltskontrolle entzogen werden soll, dem Vertragspartner mitteilen, dass er bereit ist, den Inhalt der vertraglichen Regelung unter Berücksichtigung der Interessen des Vertragspartners zu ändern und diese Bereitschaft bis zum Abschluss des Vertrages aufrecht erhält. Gerade das „ernsthaft zur Disposition stellen“ ist in vielen Verhandlungssituationen gerade nicht gewollt; das genaue Gegenteil trifft zu: Derjenige, der einen Mietvertragsentwurf vorlegt, will erreichen, dass dieser möglichst ohne Änderungen abgeschlossen wird.

Schlussbemerkung

Da demnach die meisten Mietvertragsbedingungen – wie aufgezeigt – in der täglichen Beratungspraxis dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterliegen, werden fast zwangsläufig aus Unkenntnis auch immer wieder Vertragsgestaltungen gewählt werden, die einer Inhaltskontrolle nicht standhalten und unwirksam sind. Um die mit der Vertragsgestaltung verbundenen unnötigen und häufig – im Streitfall – kostspieligen Risiken zu vermeiden, sollte auf eine fachanwaltliche Begleitung zurückgegriffen werden. Denn üblicherweise sind die Vertragsbedingungen unwirksam, mit denen der Verwender der Vertragsbedingungen kostspielige – und im Streitfall auch bereits eingetretene – Risiken auf den anderen Vertragspartner abwälzen wollte. Diese Risiken fallen dann in Form eines handfesten Schadens auf den Verwender zurück.

Dr. Jörg König

Überleitung des Mietvertrags auf neuen Vermieter – Wirksamkeit, Form

Gewerberaummietverträge enthalten häufig Klauseln, die dem Vermieter die Überleitung des Mietvertrags, sei es innerhalb eines Konzerns, sei es an einen Dritten, ermöglichen sollen, auch bezeichnet als Change of Control-Klausel (z. B. „Der Vermieter ist berechtigt, den Mietvertrag auf einen Dritten zu übertragen.“ oder „Der Mieter stimmt einer Übertragung des Mietvertrages durch den Vermieter auf einen Dritten zu.“ oder „Der Vermieter ist berechtigt, alle Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag auf einen Dritten zu übertragen“). Das OLG Stuttgart hat sich in einer Entscheidung vom 19.07.2019 – 5 U 21/19 – mit der Gesamtproblematik kritisch befasst, teilweise bisher offene Fragen beantwortet und neue aufgeworfen.

Die Auswechslung eines Vertragspartners durch Vertragsübernahme ist grundsätzlich möglich. Sie kann sowohl durch einen 3-seitigen Vertrag zwischen der ausscheidenden, der eintretenden und der verbleibenden Partei, als auch durch einen Vertrag zwischen zwei der drei Beteiligten erfolgen, der durch den dritten Beteiligten genehmigt wird (mehrfach vom BGH entschieden, zuletzt XII ZR 98/13 vom 17.06.2015). Einem solchen Vermieterwechsel zwischen altem und neuem Vermieter kann der Mieter auch im Voraus zustimmen (BGH, XII ZR 171/08 vom 09.06.2010; das OLG Düsseldorf – 24 U 71/08 vom 09.03.2010 – und die Rechtsliteratur meinen einschränkend, das sei nur durch eine Individualerklärung möglich, nicht durch AGB).

Das OLG Stuttgart hat die zu beurteilende Formulklausel, die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag dürften übertragen werden, dahingehend ausgelegt, dass damit sämtliche Rechte und Pflichten gemeint seien und daher der gesamte Vertrag übergehe, so dass die Klausel einen Vermieteraustausch ermögliche. Die Klausel sei nicht so zu verstehen, dass der Mieter zunächst die Benennung des neuen Vermieters verlangen könne, sondern die schon im Mietvertrag erklärte Zustimmung werde wirksam, sobald sich alter und neuer Vermieter geeinigt haben (Zustimmung zur Vertragsübertragung an einen namentlich noch nicht bekannten Dritten – BGH, XII ZR 171/08 vom 09.06.2010).

In einem Gewerberaummietvertrag sei eine solche Übertragungsklausel nicht überraschend und auch nicht intransparent, jedenfalls wenn am Mietvertrag geschäftserfahrene Unternehmen beteiligt sind. Solche Vertragsübertragungsklauseln seien nicht per se unwirksam, denn das Gesetz erlaube sie für Kauf-, Darlehens-, Dienst- und Werkverträge grundsätzlich, § 309 Nr. 10 BGB, und das Mietrecht sehe den Vermieterwechsel ohne Zustimmung des Mieters, insbesondere bei Verkauf des Mietgrundstücks, vor (§ 566 BGB). Dennoch müsse eine Interessenabwägung erfolgen, auch der BGH verlange eine „Prüfung der Umstände des Einzelfalls“ (XII ZR 171/08 vom 09.06.2010).

Die Klausel sei im Ergebnis dieser Prüfung unwirksam, weil sie den Mieter unangemessen benachteilige. Dies ergebe sich daraus, dass die Vereinbarung zwischen altem und neuem Vermieter auch mündlich möglich sei, was zu einem Schriftformmangel des Mietvertrags und damit zu dessen Kündigung nach § 550 BGB führe. Mit dieser Frage habe sich der BGH bisher nicht beschäftigt, also dass bei mündlicher Überleitungsvereinbarung aus einem formwirksamen in formunwirksamen Mietvertrag werde. Diese Konsequenz stelle für den Mieter entgegen den Geboten

von Treu und Glauben eine unangemessene Benachteiligung dar. Der Mieter werde durch den Vermieterwechsel schlechter gestellt, wenn die feste Mietzeit nicht mehr gegeben sei.

Würde man die Klausel für wirksam halten, so das OLG Stuttgart weiter, wäre sie ergänzend, wie gesetzlich vorgeschrieben, verwerfend, also in der dem Mieter günstigsten Variante auszulegen. Dann habe er dem Vermieterwechsel nur zugestimmt, wenn der Übertragungsvertrag zwischen altem und neuem Vermieter die Schriftform wahrte.

Das Urteil befasst sich noch mit zwei weiteren Fragen:

Im Mietvertrag war eine Verlängerungsoption für den Mieter vereinbart für den Fall, dass der Hauptmietvertrag verlängert werden sollte. Das OLG Stuttgart hat hierzu entschieden, dass sich bei interessengerechter, ergänzender Auslegung ergebe, dass der Mieter das Recht haben sollte, das Mietobjekt solange nutzen zu dürfen, wie die Unternehmensgruppe des Vermieters gegenüber der Hauptvermieterin zur Nutzung berechtigt ist. Eine Übertragung des Mietvertrags innerhalb der Unternehmensgruppe lasse die Verlängerungsoption daher unberührt.

Der Mieter hatte im entschiedenen Fall die Option gegenüber dem alten Vermieter erklärt, obwohl er seit Jahren Mietrechnungen des neuen Vermieters erhalten und bezahlt hatte (dieselbe Adresse, derselbe Unterzeichner, dasselbe Konto wie beim früheren Vermieter). So, wie die Bezahlung einer falschen Nebenkostenabrechnung nicht zu einer Vertragsänderung führt, bringt ein Mieter laut OLG Stuttgart allein durch die Mietzahlung nicht zum Ausdruck, er stimme einem Vermieterwechsel zu.

Timo Stallmann

Vermieterrisiken bei (drohender) Insolvenz des Mieters

Dass gerade in den Innenstädten immer mehr Mieter in finanzielle Schwierigkeiten geraten und unter Umständen sogar in die Insolvenz rutschen, ist kein Geheimnis. Der Druck des Online-Handels ist erheblich. Nicht nur das noch andauernde Insolvenzverfahren der Gerry Weber Retail GmbH, die in ganz Deutschland an die 700 Geschäftsflächen in besten Innenstadtlagen angemietet hatte, die jetzt zahlreich geschlossen werden (weitere Beispiele sind die Modekette AWG, das Warenhaus Strauss Innovation und dessen Nachfolgerin oder in der Vergangenheit Schlecker), verdeutlicht, dass sich jeder Vermieter von Gewerbeflächen die Frage stellen sollte, wie er im Fall der Fälle mit Zahlungsschwierigkeiten und einer Insolvenz seines Mieters umgehen sollte.

Rechtlich sind in diesem Zusammenhang zwei Phasen zu trennen: Die Phase beginnender Zahlungsschwierigkeiten, also einer drohenden Insolvenz und die Phase des Insolvenzverfahrens selbst, das mit Stellung des Eröffnungsantrags beginnt. Beide Phasen stellen unterschiedliche Anforderungen an den Vermieter.

Die wichtigste Erkenntnis für die Phase der Zahlungsschwierigkeiten des Mieters: Der Gesetzgeber will, dass Mietverhältnisse in Schieflage schnellstmöglich beendet werden, der Vermieter also kündigt (zumindest wenn der Rückstand die gesetzlichen oder vertraglich vorgesehenen Schwellen – in der Regel zwei Monatsmieten – erreicht). Lässt der Vermieter sich dagegen höhere Zahlungsrückstände des Mieters gefallen, schließt er Ratenzahlungsvereinbarung im Hinblick auf diese Rückstände ab oder

erlässt er sogar teilweise Mieten, läuft er Gefahr, dass im Insolvenzfall des Mieters der dann eingesetzte Insolvenzverwalter die vom Mieter vor Stellung des Insolvenzantrages noch erbrachten Zahlungen ganz oder teilweise im Wege der Insolvenzanfechtung zurückfordert. So sieht die Insolvenzordnung in § 129 ff. InsO vor, dass Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind und die Insolvenzgläubiger benachteiligen, angefochten werden können. Ab § 130 InsO werden die Anfechtungsgründe einzeln aufgeführt. Eine genaue Ausdifferenzierung würde hier den Rahmen sprengen. Grundidee aller Anfechtungstatbestände ist jedoch, dass der vor Eintritt der Insolvenz befriedigte Gläubiger (hier der Vermieter), der zum Zeitpunkt der Leistung des Schuldners Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hatte, den erhaltenen Betrag an den Insolvenzverwalter zurückzahlen muss und seine Forderung stattdessen mit allen anderen Gläubigern im Insolvenzverfahren geltend machen soll. So soll verhindert werden, dass ein einzelner Gläubiger kurz vor Eintritt des Insolvenzfalls noch befriedigt wird, während alle anderen Gläubiger dann ab Stellung des Insolvenzantrages mit Ausfällen rechnen müssen. In Mietverhältnissen wird die erforderliche Kenntnis des Vermieters sowohl vom Gesetz als auch von den Gerichten unterstellt, wenn der Mieter mit seinen monatlich geschuldeten Zahlungen in Rückstand geraten ist und nachträglich diese Rückstände ausgleicht. Aufgrund der Tatsache, dass die Mieten vorher nicht mehr beglichen werden konnten, soll der Vermieter darauf schließen können, dass der Mieter in Zahlungsschwierigkeiten steckt. Dementsprechend besteht für sämtliche Zahlungen dieser Art (also auf rückständige Mieten – sei es aufgrund einer Ratenzahlungsvereinbarung oder ohne entsprechende Vereinbarung) die Gefahr, dass diese Beträge nachträglich bei Eintritt der Insolvenz vom Insolvenzverwalter erfolgreich zurückgefordert werden. Der Vermieter muss die entsprechenden Forderungen dann zur Insolvenztabelle als Insolvenzforderungen anmelden und in der Regel mit einer hohen Ausfallquote rechnen. Entsprechenden Anfechtungen in größerem Umfang kann der Vermieter nur entgehen, wenn er das Mietverhältnis bei Vorliegen der Voraussetzungen schnellstmöglich noch vor Eintritt des Insolvenzfalls kündigt und es so erst gar nicht zu erheblichen Rückständen kommen lässt. Nur Mieten, die im jeweiligen Mietmonat auf die in diesem Monat entstandene Mietschuld gezahlt werden, sind als sogenannte Bargeschäfte relativ sicher.

Natürlich kommt es auch bei der Insolvenzanfechtung immer auf die Umstände des Einzelfalles an und der Vermieter wird sich – je nach Sachlage – auch mal erfolgreich mit der Behauptung verteidigen können, dass er von der Zahlungsunfähigkeit bzw. drohenden Zahlungsunfähigkeiten nichts wissen konnte. Ein latentes Anfechtungsrisiko besteht aber in jedem Fall. Letztendlich sollte der Vermieter also bei jeder Art von Zahlungsverzögerungen umgehend handeln: Bei Eintritt des kündigungsrelevanten Rückstandes (sofern es keine anderweitige vertragliche Vereinbarung gibt: zwei Monatsmieten) sollte er außerordentlich fristlos kündigen, kommen die Zahlungen dagegen „nur“ unregelmäßig, sollte er den Mieter abmahnen und – bei weiteren unregelmäßigen Zahlungen – ebenfalls eine Kündigung in Erwägung ziehen. Nur so kann er weiteren Schaden für den Fall des Eintritts der Insolvenz des Mieters abwenden. Eine vor Stellung des Insolvenzantrages ausgesprochene Kündigung bleibt auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirksam.

Andererseits gibt es auch Mieter, die bis kurz vor Eintritt des Insolvenzfalles und Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insol-

venzverfahrens die Mieten vollständig und pünktlich zahlen, dem Vermieter also keine Gelegenheit geben, das Mietverhältnis vorher noch zu beenden. Zwar droht dann auch keine Anfechtung bereits erbrachter Mietzahlungen, dennoch muss der Vermieter auch wissen, wie er mit einem solchen „plötzlich“ eintretenden Insolvenzfall des Mieters umgehen und den Schaden in der Phase der Insolvenz so gering wie möglich halten kann. In diesem Zusammenhang sind insbesondere zwei Dinge zu beachten:

1. Nach § 112 Nr. 1 InsO kann der Vermieter wegen vor Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelaufener Mietrückstände – egal wie hoch diese sind – ab dem Zeitpunkt des Eröffnungsantrages nicht mehr kündigen (absolute Kündigungssperre). Ihm bleibt dann nur noch die Möglichkeit seine bisherigen Mietforderungen als Insolvenzforderungen geltend zu machen und sich in der Regel auf eine Quote verweisen zu lassen. Sämtliche Mietforderungen, die nach Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch auflaufen, muss der Insolvenzverwalter dagegen vorrangig aus der Insolvenzmasse befriedigen. Es handelt sich also nicht um einfache Insolvenzverbindlichkeiten sondern um sog. Masseverbindlichkeiten, die in der Regel – wenn überhaupt noch Vermögen vorhanden ist – auch voll befriedigt werden.
2. Der Insolvenzverwalter kann im Gegenzug gemäß § 109 Abs. 1 InsO bestehende Mietverhältnisse ohne Rücksicht auf die vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende kündigen. Ist der Mieter also insolvent, kann sich der Vermieter auf eine vorher vereinbarte Befristung nicht mehr verlassen.

Beide vorgenannten Punkte bedingen sich gegenseitig. Entscheidet sich der Insolvenzverwalter das Mietverhältnis fortzusetzen (und nicht zu kündigen), muss er den Vermieter auch aus der Insolvenzmasse heraus vorrangig befriedigen. Will er das Mietverhältnis dagegen nicht fortsetzen und keine weiteren Mietzahlungsverpflichtungen entstehen lassen, muss er von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen.

Vermieter müssen wissen, dass sich Insolvenzverwalter und Insolvenzberater, die Unternehmen schon im Vorfeld der Insolvenz unterstützen, dieses Mechanismus durchaus bewusst sind. In der Regel wird bei einem drohenden Insolvenzverfahren die letzte Miete vor Stellung des Insolvenzantrages dann nicht mehr gezahlt (was für sich genommen nicht zur Kündigung berechtigt). Nach Stellung des Eröffnungsantrags wird sodann auch die erste fällige Miete einbehalten. Da beide Zeiträume isoliert zu betrachten sind, eine Kündigung des Vermieters in der Insolvenz also nur dann in Frage kommt, wenn der Mieter seit Insolvenzantragsstellung mit mindestens zwei Mieten in Rückstand geraten ist, scheidet eine Kündigung zunächst aus. Gerade bei größeren Insolvenzen, bei denen das Unternehmen ggf. fortgeführt werden soll, wird der Insolvenzverwalter sich anschließend an die Vermieter wenden und versuchen die Miete zu drücken und die sonstigen Konditionen des Mietverhältnisses neu zu verhandeln. In aller Regel gilt für den Vermieter aber auch hier der Grundsatz: Lieber ein Ende mit Schrecken als Schrecken ohne Ende.

Dr. Sebastian Huck

Ordentliche Kündigung des Mietvertrages trotz Kündigungsausschluss

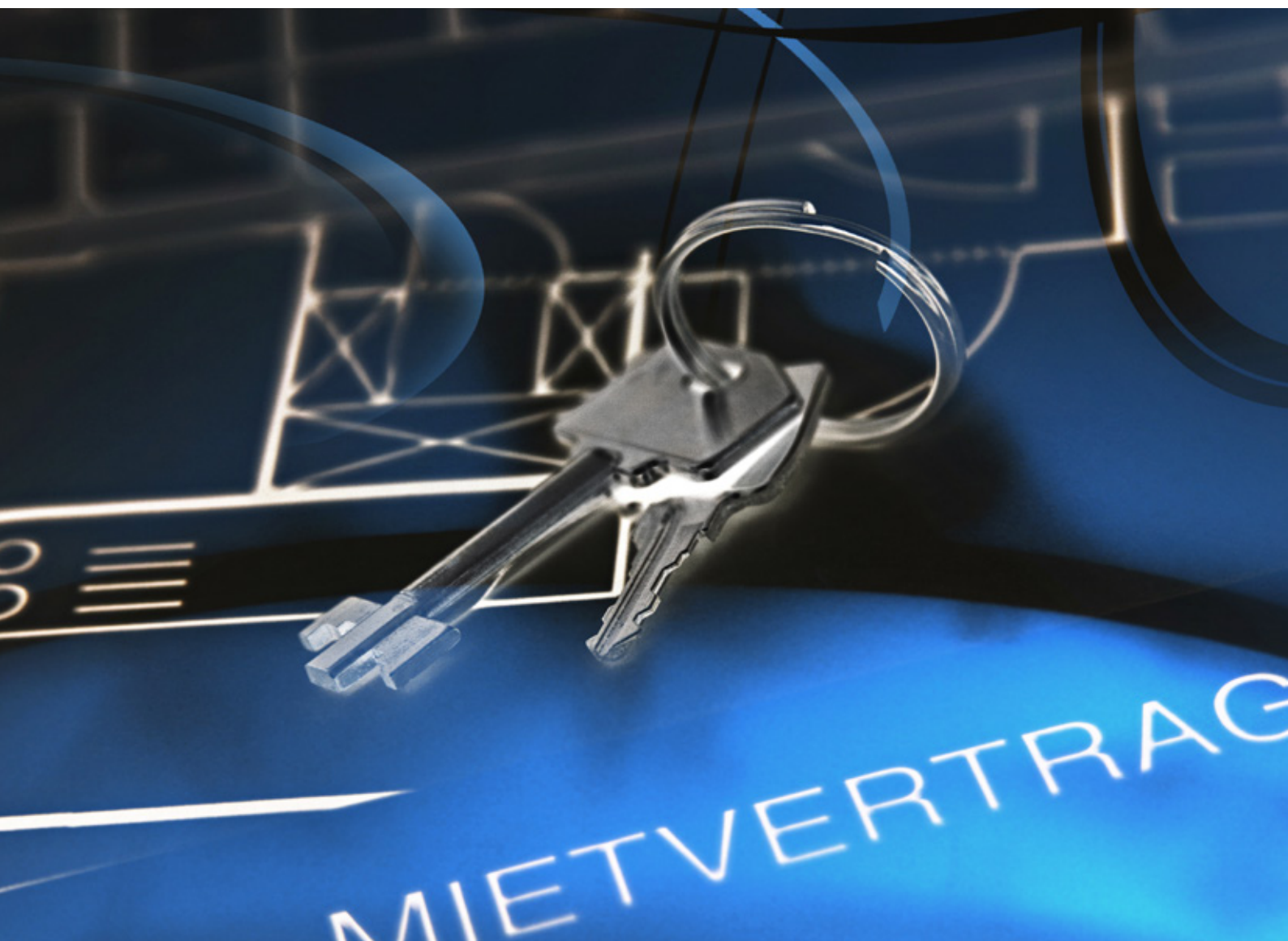
Gewerbliche Mietverträge, die für länger als ein Jahr fest abgeschlossen sind, müssen gem. § 578 Abs. 1 BGB i.V.m. § 550 BGB schriftlich verfasst sein. Diese eigentlich klare Regelung wird oft bewusst oder unbewusst missachtet, weil während der Dauer eines langen Mietverhältnisses mündliche Nebenabreden getroffen werden, ohne diese in einem schriftformgerechten Nachtrag zum Mietvertrag festzuhalten. Die Folgen solcher mündlichen Absprachen führen rechtlich dazu, dass beide Parteien den Mietvertrag – trotz des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung – aus Schriftformgründen ordentlich mit einer Frist von 6 Monaten zum Quartalsende kündigen können. Eines Kündigungsgrunds bedarf es bei einer solchen ordentlichen Kündigung nicht.

Bis zur Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofes vom 27.09.2017 (NJW 2017, 3772) konnten Vertragsparteien wenigstens darauf vertrauen, dass etwaige Mängel der Schriftform heilbar und Schriftformkündigungen ausgeschlossen sind, wenn die Parteien in den Mietvertrag sogenannte Schriftformheilungsklauseln aufgenommen hatten. Seit der vorstehend zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofes steht jedoch höchstrichterlich fest, dass Schriftformheilungsklauseln unwirksam sind.

In der Praxis zeigen sich die Folgen dieser neuerlichen BGH-Rechtsprechung: Sowohl Vermieter als auch Mieter machen

verstärkt von der Möglichkeit Gebrauch, Mietverträge aus Schriftformgründen ordentlich zu kündigen. Für Vermieter empfiehlt sich insbesondere eine Schriftformkündigung, wenn der heutige Mietzins nicht mehr der Marktlage entspricht und es Mietinteressenten gibt, die bereit sind, einen höheren Mietzins zu zahlen. Für Mieter empfiehlt sich insbesondere eine Schriftformkündigung, wenn der Mieter sich räumlich verändern möchte.

Wir werden regelmäßig mit der Frage konfrontiert, wie man sich vor Schriftformkündigungen schützen kann. Aufgrund der klaren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Schriftformheilungsklausel bestehen nur rechtlich unsichere Möglichkeiten, Schriftformkündigungen auszuschließen. Es gilt vielmehr, Schriftformverstöße vor Ihrer Entstehung zu vermeiden, indem über Schriftformrisiken aufgeklärt wird, bspw. durch Informationsblätter oder Schulungen. Um bestehende Schriftformrisiken zu identifizieren und mittels Nachträgen Schriftformverstöße zu heilen, bevor Schriftformkündigungen ausgesprochen werden, empfiehlt es sich zudem, wirtschaftlich bedeutende Verträge auf etwaige Schriftformverstöße zu prüfen. Dabei sollte zum einen der Mietvertrag, zum anderen die sonstige Kommunikation zwischen den Vertragsparteien geprüft werden. Sind etwaige Schriftformrisiken erst einmal identifiziert, lassen sich diese Risiken mittels eines schriftlichen Nachtrags zum Mietvertrag beheben.



Vergaberecht

Dr. Christoph Jahn

Rahmenvereinbarungen – EuGH bremst kreative Vertragsgestaltungen ein

Rahmenvereinbarungen haben sich in den letzten Jahren zu einem kreativen Instrument für flexible Beschaffungen entwickelt. Öffentliche Auftraggeber vermeiden mit der Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen zahlreiche Einzelvergabeverfahren und bündeln zudem das Einkaufsvolumen aus dem eigenen und dem Bedarf anderer öffentlicher Auftraggeber. Und nicht zuletzt soll die Festlegung auf eine Leistungsbeschreibung mit detaillierten Angaben vermieden werden. Damit hat sich die Rahmenvereinbarung von der ursprünglichen Idee weit entfernt, dass damit Standardprodukte oder standardisierte Dienstleistungen beschafft werden sollten. Der EuGH hat diese kreative Entwicklung nun aber mit dem Urteil vom 19.12.2018 (Rechtsache C-216/17 – „Autorità Garante“) deutlich eingebremst. Die Entscheidung erinnert nicht nur an grundlegende Prinzipien wie das Transparenzgebot, sondern fordert konkret ein, dass bereits mit der Bekanntmachung zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung anzugeben ist, welchen Gesamtwert die in der Laufzeit der Rahmenvereinbarung abrufbaren Leistungen haben können und welche Leistungen dies sind.

1. Ausgangspunkt und gesetzlicher Rahmen

In einer Rahmenvereinbarung sind „die Bedingungen für die öffentlichen Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere im Bezug auf den Preis“ (§ 103 Abs. 5 S. 1 GWB). So unterscheidet sich eine Rahmenvereinbarung von einem öffentlichen Auftrag dadurch, dass auf dieser Grundlage mehrere oder eine Vielzahl von Einzelaufträgen erteilt werden können. Die Zahl der Einzelaufträge muss zu Beginn nicht festgelegt werden. Jedoch legt die zitierte Definition nicht gerade nahe, dass in der Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung darauf verzichtet werden kann, die Leistungsmerkmale klar und eindeutig zu beschreiben. Insofern besteht zwischen einem öffentlichen Auftrag und einer Rahmenvereinbarung kein Unterschied. Deshalb heißt es im Anschluss an die zitierte Definition auch weiter, dass für die Vergabe von Rahmenvereinbarungen „dieselben Vorschriften wie für die Vergabe entsprechender öffentlicher Aufträge [gelten]“.

Nach dieser Konzeption des EU-Rechts und des daraus abgeleiteten deutschen Vergaberechts sollten Rahmenvereinbarungen zur Beschaffung von Standardprodukten oder standardisierten Dienstleistungen eingesetzt werden, wenn feststeht, was beschafft werden muss, nicht aber, wie viel davon in einem längeren Zeitraum. Je länger aber der Vertragszeitraum ist, desto eher wird in einer Rahmenvereinbarung eine Preisgleitklausel oder ein Mengengerüst berücksichtigt. Mit dieser Konzeption gab es für Rahmenvereinbarungen einen recht begrenzten Anwendungsbereich.

2. Vergabesenat ermutigt zu kreativen Entwicklungen

Vor einigen Jahren hat der Vergabesenat des OLG Düsseldorf eine Entscheidung getroffen, die öffentliche Auftraggeber ermutigt hat, Rahmenvereinbarungen in neuen Anwendungsfeldern einzusetzen. Der Vergabesenat hat großzügig zugestanden, dass „die Gebote der Bestimmtheit, Eindeutigkeit und Vollständigkeit einer Leistungsbeschreibung nur eingeschränkt gelten“, wenn

Rahmenvereinbarungen ausgeschrieben werden (Beschluss vom 20.02.2013 – Verg 44/12). Das war der Startschuss für Leistungsbeschreibungen, die die Anforderung an eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung der Merkmale des Auftragsgegenstandes nur noch sehr eingeschränkt erfüllten und sich auf Stichworte beschränkten. Solche „Leistungsbeschreibungen light“ sind nicht nur für Beratungsleistungen in mehrjährigen städtebaulichen Entwicklungsarealen zu beobachten (Konversion militärisch genutzter Bereiche), sondern auch für Lieferdienstleistungen der Verwaltung (Bürobedarf, EDV) und ohnehin für Forschungs- und Entwicklungsprojekte. Damit ging meist einher, dass auch der Summenwert der abrufbaren Leistungen während der Geltungsdauer einer Rahmenvereinbarung nicht mehr angegeben werden konnte.

Mit diesen kreativen Entwicklungen des Beschaffungsinstruments einer Rahmenvereinbarung ist natürlich für öffentliche Auftraggeber der Vorteil maximaler Flexibilität verbunden. Das gilt umso mehr, wenn der eigene Beschaffungsbedarf mit dem Beschaffungsbedarf mehrerer anderer öffentlicher Auftraggeber in einem gemeinsamen Vergabeverfahren zusammengefasst wurde. Gleichzeitig ist nicht zu übersehen, dass ein solches Vergabeverfahren eine der Kernfunktionen nicht mehr erfüllen kann, nämlich einen transparenten Wettbewerb um das wirtschaftlichste Leistungsangebot herzustellen. Denn wenn nicht klar feststeht, welche Leistungen zu erbringen sind, wenn zudem keine Budgetobergrenze für die Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers bestimmt wird, kann im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung auch nicht gesagt werden, dass der ausgewählte Vertragspartner für den wirtschaftlichsten Einsatz öffentlicher Mittel steht.

Weitere Nachteile kommen hinzu: Die Bieter in einem solchen „kreativen“ Verfahren zur Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen tragen hohe Kalkulationsrisiken. Im Anschluss an die großzügige Rechtsprechung des OLG Düsseldorf hieß es meist, solche gesteigerten Risiken seien den teilnehmenden Unternehmen nun einmal zumutbar.

3. Die Entscheidung des EuGH

Die Entscheidung des EuGH bezieht sich auf ein Ausschreibungsverfahren für eine Rahmenvereinbarung, an dem italienische Behörden beteiligt waren. Es ging um Reinigungs- und Abfallsorgungsdienstleistungen für mehrere öffentliche Auftraggeber. Diese waren zwar in der Bekanntmachung namentlich genannt, wirkten aber an der Unterzeichnung der Vereinbarung nicht mit. Zudem waren die „Bestellmengen“ der anderen öffentlichen Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung nicht bestimmt. Im Übrigen sollte die Rahmenvereinbarung für eine Laufzeit von neun Jahren geschlossen werden.

Der EuGH stellt zunächst klar, dass nicht alle öffentlichen Auftraggeber, die von den „Bezugsrechten“ einer Rahmenvereinbarung profitieren wollen, diese Vereinbarung auch unterzeichnen müssen. Es reicht vielmehr aus, wenn solche „sekundären“ Auftraggeber in der Rahmenvereinbarung selbst oder in einem anderen Dokument der Vergabeunterlagen genannt werden. Das genüge den Anforderungen an die Publizität und Transparenz.

Des Weiteren stellt der EuGH klar, dass die Gesamtmenge der abrufbaren Leistungen sowohl für den öffentlichen Auftraggeber, der Vertragspartei ist, als auch für alle anderen daran Beteiligten „sekundären“ Auftraggeber benannt werden muss. Diese Klarstellung war nicht unbedingt zu erwarten, weil weder die Legaldefinition im deutschen GWB-Vergaberecht noch die unionsrechtliche Definition dies bindend vorsehen. Die EU-Vergaberichtlinie spricht von einer Angabe, die „gegebenenfalls“ aufgenommen werden könne (Artikel 33 Abs. 1 RL 2014/24/EU), und das deutsche Vergaberecht erwähnt sie überhaupt nicht. Der EuGH kommt jedoch zu diesem Ergebnis aus der Gesamtschau verschiedener Einzelschriften, die die Berechnung des Auftragswerts, die Transparenz einer Leistungsbeschreibung und die Einordnung einer Rahmenvereinbarung als Unterfall eines öffentlichen Auftrags betreffen. Auch argumentiert der EuGH mit der Funktion der Rahmenvereinbarung, Einzelbekanntmachungen für Folgeaufträge entbehrlich zu machen. Dann müsse aber schon aus der Bekanntmachung der Rahmenvereinbarung klar und eindeutig erkennbar sein, für welche Gesamtmenge die Vereinbarung abgeschlossen werden soll.

4. Auswirkungen auf die Vergabepaxis

Rahmenvereinbarungen können auch weiterhin sinnvoll eingesetzt werden, um Beschaffungsbedarfe mehrerer Auftraggeber zu bündeln und um den Verfahrensaufwand mehrerer oder einer Vielzahl von Einzelvergaben zu vermeiden und auf ein „Sammel-Vergabeverfahren“ zu konzentrieren. Als „kreatives Vielzweckinstrument“ kann die Rahmenvereinbarung jedoch nicht mehr eingesetzt werden. Denn es ist klar und eindeutig zu beschreiben, welche Auftraggeber die Leistungen abrufen, welche Leistungen dies konkret sind und welche Gesamtmenge während der Laufzeit der Vereinbarung höchstens abrufbar ist. Trotz dieser Einschränkungen bleiben Rahmenvereinbarungen ein sinnvolles Instrument für Beschaffungen – vor allem dann, wenn öffentliche Auftraggeber koordiniert und vorausschauend planen.

Aus der Perspektive von Unternehmen, die sich als Bieter im Verfahren zur Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen beteiligen, reduziert die Entscheidung des EuGH das Kalkulations- und Leistungsrisiko, das mit all zu unscharfen und „kreativen“ Vergaben verbunden ist. Leistungsbeschreibungen, die sich auf unscharfe Stichworte beschränken, können ebenso beanstandet werden wie Öffnungsklauseln für namentlich nicht bekannte weitere Auftraggeber und fehlende Angaben zu Höchstmengen.

Das Urteil des EuGH zu Rahmenvereinbarungen ist deshalb aus Sicht aller Beteiligten am Vergabeverfahren eine gute Entscheidung.

Dr. Annette Mussinghoff-Siemens

HOAI-Urteil des EuGH – Folgerungen für Vergabeverfahren

Das lang erwartete Urteil des EuGH vom 04.07.2019 – C-377/17 (Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland) zur Vereinbarkeit der HOAI mit europäischem Recht hat in den beteiligten Fachkreisen für viel Aufmerksamkeit gesorgt. Das verbindliche Preisrecht der HOAI, das Mindest- und Höchst Honorare für Leistungen von Architekten und Ingenieuren festsetzt, verstößt nach dieser Entscheidung gegen Artikel 15 I, II lit. g) und III der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates

vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt. Mit den Gründen, die den EuGH zu dieser Entscheidung bewegt haben, und den Folgerungen der Entscheidung für bereits abgeschlossene Verträge beschäftigen wir uns in diesem Mandantenrundbrief nachfolgend unter der Rubrik „Aktuelles“ auf Seite 16.

Unabhängig von der bislang noch stark umstrittenen Bewertung der Konsequenzen für bereits abgeschlossene Verträge folgt aus dem Urteil des EuGH eine Verpflichtung für die Bundesrepublik Deutschland, dem Verstoß gegen den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sobald wie möglich abzustellen. Die HOAI wird unter Berücksichtigung der Entscheidung des EuGH anzupassen sein. Schon im Vorfeld der anstehenden Änderungen der HOAI muss die Bundesrepublik Deutschland jedoch unverzüglich Maßnahmen ergreifen, um der Entscheidung des EuGH Geltung zu verschaffen. In diesem Zusammenhang kommt der Vergabe von Aufträgen der öffentlichen Hand eine besondere Bedeutung zu, zumal diese maßgeblich durch das Europarecht reglementiert ist.

Architekten- und Ingenieurleistungen werden als freiberufliche Dienstleistungen nach der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) bzw., bei Überschreiten der EU-Schwellenwerte, nach der Vergabeverordnung (VgV) vergeben. Ausgangspunkt für die bisher erforderliche Beachtung des Preisrechts der HOAI bei solchen Auftragsvergaben ist § 76 Abs. 1 Satz 2 VgV. Diese Bestimmung schränkt die Bewertung eines Preises für eine angebotene Leistung ein, soweit die zu erbringende Leistung nach einer gesetzlichen Gebühren- oder Honorarordnung zu vergüten ist. Diese Bestimmung nimmt den Rechtsgedanken des § 127 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) auf, wonach verbindliche Vorschriften zur Preisgestaltung bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes zu beachten sind. Danach waren Honorarangebote, die unterhalb der Mindestsätze oder oberhalb der Höchstsätze der HOAI lagen, im Rahmen von Vergabeverfahren bisher nicht zu berücksichtigen. Wurden Planungsleistungen im Verhandlungsverfahren vergeben, verlangte die vergaberechtliche Rechtsprechung vom öffentlichen Auftraggeber, im Wege der Nachverhandlung auf die Abgabe von HOAI-konformen Angeboten hinzuwirken. Im Rahmen von offenen Verfahren hatte dies durch eine Aufklärung des Angebotes zu geschehen. Angebote, die trotz entsprechender Hinweise eines öffentlichen Auftraggebers von dem verbindlichen Preisrecht der HOAI abwichen, waren von der Wertung auszuschließen. Diese Rechtsfolge – der Ausschluss eines Honorarangebotes, das sich nicht innerhalb des Rahmens der Mindest- und Höchstsätze nach HOAI bewegt – ist mit Rücksicht auf die aktuelle Entscheidung des EuGH künftig nach – soweit ersichtlich – einhelliger Auffassung in der vergaberechtlichen Literatur ausgeschlossen. Entsprechende Vorgaben beinhalten auch die veröffentlichten Hinweise der Länder und des Bundesministeriums des Inneren, für Bau und Heimat vom 05.08.2019.

Zwar wird der Preis für Architekten- und Ingenieurleistungen auch künftig nicht der einzige oder auch nur der maßgebliche Faktor für die Zuschlagsentscheidung sein können, denn diese Leistungen sind gem. § 76 Abs. 1 Satz 1 VgV „im Leistungswettbewerb zu vergeben“, jedoch eröffnet das Urteil des EuGH vom 04.07.2019 den Beteiligten eines Vergabeverfahrens nun einen sehr viel größeren Spielraum bezüglich der Festsetzung der Zuschlagskriterien und der Angebotsgestaltung. Aus der Anforderung des § 76 Abs. 1 Satz 1 VgV, Architekten- und Ingenieurleistungen im Leistungswettbewerb zu vergeben, lässt sich

schlussfolgern, dass Qualitätskriterien ein maßgebliches, wenn nicht sogar im Vergleich zum Kostenkriterium deutlich überwiegendes Gewicht bei der Ermittlung des zu bezuschlagenden Angebotes haben müssen. Präzisere Vorgaben lassen sich aus dem § 76 Abs. 1 Satz 1 VgV indes nicht ableiten. Es obliegt dem Beurteilungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers, sowohl Art und Umfang der qualitativen Zuschlagskriterien als auch deren Gewichtung im Einzelfall bezogen auf die jeweils ausgeschriebene Planungs- oder Bauüberwachungsleistung festzulegen. Das Bundesministeriums des Inneren, für Bau und Heimat gibt in den Hinweisen vom 05.08.2019 vor, der Wegfall von verbindlichen Mindest- und Höchst Honoraren erfordere, dass „die Formulierung der Zuschlagskriterien auf die qualitativen Anforderungen an die Leistung abzustimmen“ sei. Jedenfalls bei verhältnismäßig geringen Anforderungen an die zu lösenden Planungsaufgaben dürfte es durchaus sachgerecht sein, der Höhe des geforderten Honorars künftig einen deutlich höheren Anteil an der Gewichtung zuzumessen, als dies bislang üblich war.

Bieter haben nun die Chance, ihr Honorarangebot konkret auf die jeweils ausgeschriebene Leistung auszugestalten. Sie sind auch nicht mehr „sklavisch“ an die prozentuale Bewertung einzelner Leistungsphasen aus verschiedenen Leistungsbildern der HOAI gebunden, sofern der öffentliche Auftraggeber keine darauf abzielenden Vorgaben in den Vergabeunterlagen macht.

Seitens des öffentlichen Auftraggebers in den Vergabeunterlagen vorgegebene Kalkulations- oder Berechnungsvorgaben müssen sich an der Entscheidung des EuGH orientieren. Verbindliches Preisrecht darf also nicht quasi „durch die Hintertür“ geschaffen werden, indem die Vergabeunterlagen die Bieter dazu zwingen, Angebote nur im Rahmen der Mindest- und Höchstsätze der HOAI abzugeben. Will der öffentliche Auftraggeber Honorarangebote auf Basis der Berechnungsgrundlagen der HOAI einholen, um bspw. vergleichbare Honorarangebote oder eine valide Basis für die Berechnung von Nachträgen zu erhalten, so wird er Abschläge auf die Mindestsätze und Zuschläge auf die Höchstsätze der HOAI zulassen müssen.

Der von vielen befürchtete „ruinöse Preiswettbewerb“ wird – diese Prognose sei gewagt – jedenfalls im Rahmen öffentlicher Auftragsvergaben keine Folge des EuGH-Urteils sein. Einem derart strikten Preiswettbewerb wirkt nicht nur das Gebot aus § 76 I 1 VgV entgegen, Architekten- und Ingenieurleistungen im Leistungswettbewerb zu vergeben, sondern auch die Möglichkeit, den Zuschlag auf ein Angebot mit einem unangemessen niedrigen Preis abzulehnen. Ebenso wie bei Dienstleistungen, für die kein verbindliches Preisrecht gilt, wie beispielsweise Projektsteuerungsleistungen, sind Angebote, die ungewöhnlich niedrig erscheinen, jetzt nach § 60 VgV bzw. § 44 UVgO daraufhin zu prüfen, ob besondere Umstände den ungewöhnlich niedrig erscheinenden Preis rechtfertigen. Bezogen auf Architekten- und Ingenieurleistungen können zu solchen Umständen Vorkenntnisse aus anderen Projekten, etablierte QM-Methoden wie auch die Ortsnähe des Büros zum Projektstandort gehören. Lässt sich das angebotene, außergewöhnlich geringe Honorar nicht zufriedenstellend aufklären, darf der Auftraggeber den Zuschlag auf das Angebot ablehnen. Steht zu befürchten, dass geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Vorschriften aufgrund des ungewöhnlich niedrigen Preises nicht eingehalten werden können, ist der Ausschluss des Angebotes nach § 60 Abs. 3 VgV sowie im Unterschwellenbereich nach § 44 Abs. 3 UVgO sogar zwingend.

Die Rechtsprechung lässt einen Abstand zwischen 10 und 20% des preisgünstigsten Angebotes vom nächsthöheren Angebot als sogenannte „Aufgreifschwelle“ für die Preisprüfung zu. Auch der HOAI kommt – jedenfalls derzeit noch – eine gewisse Bedeutung als Indikator für das Vorliegen eines ungewöhnlich niedrigen Angebotes zu. Mit Rücksicht auf das bislang verbindliche Preisrecht geben die Mindestsätze der HOAI für die in der HOAI geregelten Grundleistungen den in Deutschland maßgeblichen Marktwert wieder. Hält sich der öffentliche Auftraggeber bei der Schätzung des Auftragswertes an diese Sätze, wird man ihm eine methodisch nachvollziehbare Schätzung des Auftragswertes auf Basis aktueller Marktpreise zugute halten können. Auch eine signifikante Abweichung eines Honorarangebotes von einer solchen Auftragswertschätzung dürfte Anlass für eine Prüfung der Angemessenheit des angebotenen Honorars sein. Bieter sollten sich daher darauf einstellen, dass eine Unterschreitung der Mindestsätze der HOAI von (jedenfalls) 20% und mehr zumindest zu einem Aufklärungsbedarf des öffentlichen Auftraggebers führen wird, sofern die Leistungsbeschreibung mit den in den Anhängen zur HOAI geregelten Grundleistungen der verschiedenen Leistungsbilder übereinstimmt.

Will der öffentliche Auftraggeber Diskussionen über unangemessen niedrige Honorare gänzlich vermeiden, bleibt ihm schließlich die Möglichkeit, die ausgeschriebenen Leistungen zum Festpreis zu vergeben und gemäß § 58 II 3 VgV bzw. § 43 II 3 UVgO die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes allein an qualitativen Zuschlagskriterien festzumachen.

Als ein vorläufiges Fazit der Auswirkungen der Entscheidung des EuGH vom 04.07.2019 auf Verfahren zur Vergabe öffentlicher Architekten- und Ingenieuraufträge kann festgehalten werden, dass – abhängig von der konjunkturellen Lage – der Preiswettbewerb zunehmen wird. Die HOAI wird ihre Bedeutung im Rahmen von Vergabeverfahren jedoch sowohl bei der Leistungsbeschreibung als auch bei der Festlegung von Honorarberechnungsparametern nicht verlieren. Sie bleibt vorläufig auch ein Indikator für die Prüfung der Angemessenheit des Gesamtpreises eines Honorarangebotes.

Aktuelles

Dr. Sebastian Huck

Auswirkungen des Urteils des EuGHs vom 04.07.2019 zur Vereinbarkeit der HOAI mit Europäischem Recht

Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 04.07.2019 festgestellt, dass die Mindest- und Höchstsätze gemäß § 7 Abs. 1 HOAI gegen Artikel 15 der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG verstoßen. Mit dem EuGH-Urteil selbst und den Folgen des Urteils im Vergaberecht beschäftigen wir uns in diesem Mandantenrundbrief unter den vergaberechtlichen Ausführungen „HOAI-Urteil des EuGH – Folgerungen für Vergabeverfahren“ auf Seite 14.

Folge des Urteils des Europäischen Gerichtshofs ist zunächst, dass die Bundesrepublik Deutschland das Urteil umsetzen, das heißt die HOAI im Hinblick auf die Verbindlichkeit der Mindest- und Höchstsätze ändern muss. Eine Anpassungsfrist hierfür wurde der Bundesrepublik nicht gesetzt. Da der Europäische Gerichtshof keine Verwerfungskompetenz für das deutsche Recht hat, bleibt die HOAI unverändert bis zur Änderung durch den Gesetzgeber wirksam. Problematisch ist jedoch, inwieweit das EuGH-Urteil vorzeitig, das heißt vor einer gesetzlichen Änderung der HOAI, von privaten Parteien beachtet werden muss. Hierzu gibt es bereits divergierende oberlandesgerichtliche Entscheidungen:

1. Das Oberlandesgericht Hamm hat mit Urteil vom 23.07.2019 (Az. 21 U 24/18) entschieden, dass der Mindestpreis-Charakter der HOAI trotz des EuGH-Urteils bestehen bleibt, weil das EuGH-Urteil nur die Mitgliedstaaten binde und die Dienstleistungsrichtlinie keine unmittelbaren Auswirkungen auf Rechtsverhältnisse zwischen privaten Parteien habe. Nach Ansicht des OLG Hamm ändert sich somit durch das EuGH-Urteil bis zur Änderung der HOAI durch den Gesetzgeber nichts.
2. Anders sieht dies das Oberlandesgericht Celle in seinem Urteil vom 23.07.2019 (Az. 14 U 182/18). In seinem Urteil stellt das Oberlandesgericht Celle fest, dass die Mindest- und Höchstsätze der HOAI seit dem EuGH-Urteil vom 04.07.2019 nicht mehr anwendbar sind, weil das Europarecht einen Anwendungsvorbehalt gegenüber dem nationalen Recht genieße. Honorarvereinbarungen zwischen privaten Parteien seien demnach nicht mehr an den Mindest- und Höchstsätzen der HOAI zu messen, mit der Folge, dass Mindestsatzunterschreitungen und Höchstsatzüberschreitungen zulässig sein sollen.

Es ist davon auszugehen, dass die Frage der Auswirkungen des EuGH-Urteils vom Bundesgerichtshof gegebenenfalls erneut vor dem Europäischen Gerichtshof entschieden wird. Bis zu dieser abschließenden Entscheidung bleibt unklar, wie mit dem EuGH-Urteil zwischen privaten Parteien umzugehen ist. Soweit in Planerverträgen ausdrücklich vereinbart wurde, dass ein bestimmter HOAI-Satz zu zahlen ist, bleiben diese Vereinbarungen kraft der Privatautonomie der Parteien jedoch wirksam.



Die Autoren





Dr. Christoph Rempe
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Informationstechnologierecht (IT-Recht)
christoph.rempe@brandi.net



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



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



Dr. Christoph Jahn
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Vergaberecht
christoph.jahn@brandi.net



Dr. Annette Mussinghoff-Siemens
Rechtsanwältin und Notarin
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
Fachanwältin für Vergaberecht
annette.mussinghoff-siemens@brandi.net

BRANDI

RECHTSANWÄLTE



Bielefeld

Adenauerplatz 1
33602 Bielefeld
Tel.: +49 (0) 521 / 9 65 35 - 0
Fax: +49 (0) 521 / 9 65 35 - 99
E-Mail: bielefeld@brandi.net

Detmold

Lindenweg 2
32756 Detmold
Tel.: +49 (0) 5231 / 98 57 - 0
Fax: +49 (0) 5231 / 98 57 - 50
E-Mail: detmold@brandi.net

Gütersloh

Thesings Allee 3
33332 Gütersloh
Tel.: +49 (0) 5241 / 53 58 - 0
Fax: +49 (0) 5241 / 53 58 - 40
E-Mail: guetersloh@brandi.net

Paderborn

Rathenaustraße 96
33102 Paderborn
Tel.: +49 (0) 5251 / 77 35 - 0
Fax: +49 (0) 5251 / 77 35 - 99
E-Mail: paderborn@brandi.net

Minden

Königswall 47-49
32423 Minden
Tel.: +49 (0) 571 / 8 37 06 - 0
Fax: +49 (0) 571 / 8 37 06 - 66
E-Mail: minden@brandi.net

Hannover

Adenauerallee 12
30175 Hannover
Tel.: +49 (0) 511/ 89 93 79 - 0
Fax: +49 (0) 511/ 89 93 79 - 77
E-Mail: Hannover@brandi.net

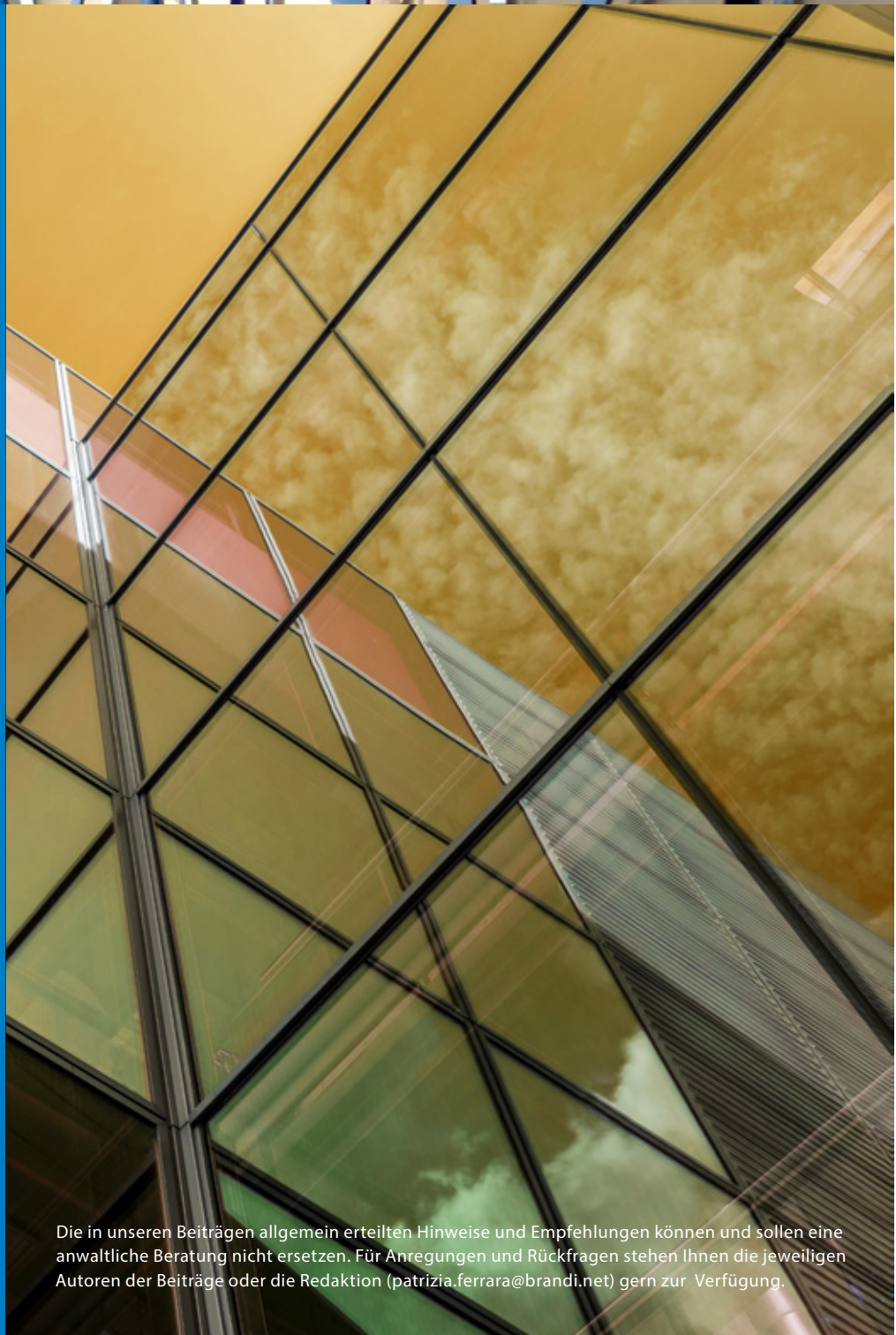
Paris

70, boulevard de Courcelles
F-75017 Paris
Tel.: 0033 / 1 42 66 89 00
Fax: 0033 / 1 42 66 89 01
E-Mail: info@wenner.eu

Beijing

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

www.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.