

# Veranstaltungen und Recht

ausgewählte Rechtsfragen aus der aktuellen Praxis

INTHEGA-Kongress Bielefeld 2025

Beate Kehrl, Rechtsanwältin, München

# I. Gastspieleinkauf und Vergabe

## Regel – Ausnahme – Ausnahme - Ausnahme

- Ausgangssituation:
- Kulturredirektor oder Kulturreinrichtung soll beim Gastspieleinkauf Vergaberecht beachten und eine Aufführung ausschreiben oder mindestens drei Angebote einholen.

- Vergaberecht und Kunst?

# Ziele des Vergaberechts

- Wirtschaftliche Verwendung von Steuergeld und
- Fairer Wettbewerb für Unternehmen

# Nationales Vergaberecht

- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB
- GWB gilt nur für Aufträge, deren geschätzter Wert über den Schwellenwerten des Artikel 4 der Richtlinie 2014/24/EU in der jeweils geltenden Fassung erreicht oder übersteigt.
- = EU-Schwellenwert

-

# EU-Schwellenwert

- Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen (u.a.) für Kommunen aktuell bei 221.000 €

# Bundshaushaltsordnung

## § 55 Öffentliche Ausschreibung

- 1<sup>“</sup>(1) Dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen muss eine Öffentliche Ausschreibung oder eine beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. ...“
- Die Landeshaushaltsordnungen enthalten wortgleiche Regelungen.

# Geltung dieser Regeln auch für Kommunen

- erfolgt durch die Landesgesetzgeber in kommunalen Haushaltsverordnungen, Bsp. NRW, dort § 26 mit folgendem Abs. 2:
- „Bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der jeweils geltenden Schwellenwerte gemäß § 106 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist, sind die Vergabebestimmungen anzuwenden, die das für Kommunales zuständige Ministerium bekannt gibt.“

# Die Landesministerien geben bekannt:

- Verwaltungsvorschriften der einzelnen Länder setzten (bis auf Sachsen) für die Vergabe unterhalb der genannten EU-Schwelle die 2017 verabschiedete Unterschwellenvergabeordnung, **UVGO** in Kraft.
- Wo sie in Kraft ist, ersetzt sie die frühere Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A
- (VOL/A)
- Vergabehandbücher der Kommunen (ggf. mit eigener Wertsetzung)

- GWB
- BHO
- Landeshaushaltsordnungen
- Kommunale Haushaltsverordnungen
- Verwaltungsvorschriften der Länder setzen UVGO in Kraft
  - = **Geltung der UVGO**

- UVGO = Verfahrensordnung nicht Rechtsverordnung,
- Bundesländer können Werte in der UVGO abweichend regeln und tun das auch,

# Beispiel für abweichende Wertgrenzen:

- § 14 UVGO Direktauftrag
- „Leistungen bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von 1 000 Euro ohne Umsatzsteuer können unter Berücksichtigung der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens beschafft werden (Direktauftrag). Der Auftraggeber soll zwischen den beauftragten Unternehmen wechseln.“
- Bayern hat abweichend davon eine Grenze von 100.00.- € für Direktaufträge festgelegt (Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen (VVöA, Ziffer 1.2)
- Diese Wertgrenze ist als bei Direktaufträgen stets im eigenen BL zu prüfen!

# Verfahrensarten

- Öffentliche Ausschreibung,
- – Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb,
- – Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb,
- – Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb. (entspricht der früheren freihändigen Vergabe)

# Regel:

- Grundsätzlich gilt also für alle Vergaben unterhalb der EU-Schwelle von derzeit 221 T€ die UVGO

# Bedeutung für den Gastspieleinkauf?

# § 50 UVGO

## Sonderregelung zur Vergabe freiberuflicher Leistungen

- Öffentliche Aufträge über Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, sind grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben. Dabei ist so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist.

# Freiberufliche Leistung

- § 50 UVGO verweist zur Definition auf das EStG, 18 I:
- „Zu der freiberuflichen Tätigkeit gehören die selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit, ...“
- § 50 UVGO gilt für den Gastspieleinkauf, da eine künstlerische Leistung beauftragt wird.

# Künstlerische Leistung

- „Sie ist das Entwickeln einer noch nicht existierenden Lösung für eine gestellte Aufgabe und somit das Ergebnis von Denkprozessen. Da für die Lösung einer solchen Aufgabe das geistig schöpferische Potential des AN gesucht ist, können die Kriterien für die Lösung im Vorhinein nicht eindeutig und erschöpfend, also nicht hinreichend genau beschrieben und festgelegt werden. Ihr Ergebnis ist regelmäßig ein Unikat. Damit kann eine solchermaßen charakterisierte Leistung nicht in Übereinstimmung mit den Vorschriften über offene/nicht offene Verfahren vergeben werden, sondern nach individuellen Gesichtspunkten, dem Verhandlungsverfahren.“ (Beispielsdefinition aus dem bay. Vergabehandbuch)

# Natur des Geschäfts oder besondere Umstände

- Besteller können Angebot nicht bestimmen, die Produkte des Gastspielmarktes werden von den Anbietern, nicht von den Nachfragern bestimmt (Ausnahme: Auftragsproduktion)
- Ein künstlerisches Unikat kann nicht von mehreren gleich angeboten werden

# Argumente aus der (im Rahmen des § 50 nicht anwendbaren) UVGO

- Beispiele:
- der Auftrag umfasst konzeptionelle oder innovative Lösungen (§ 8 IV, Nr. 1)
- Leistung kann nicht eindeutig und erschöpfend beschreiben werden (§ 8 IV, Nr. 3)
- Die Leistung kann nur von einem Unternehmer erbracht werden (§ 8 IV, Nr.10)

# So viel Wettbewerb wie möglich

- - kein formelles Vergabeverfahren
- - keine Mindestanzahl an Angeboten
- Verhandlungsvergabe mit nur einem Anbieter möglich
- Der/die Anbieter sollten regelmäßig gewechselt werden, um ein Mindestmaß an Wettbewerb

# Mögliche Einschränkungen der UVGO durch Länderregeln!

- Beispiele:
- Auftragswert freiberufliche Leistung  $\leq 25$  T€ = Verhandlungsauftrag
- Auftragswert freiberufliche Leistung  $\geq 25$  T€ = Aufforderung an mindestens drei Bewerber ein Angebot abzugeben
- (Kommunale Vergabegrundsätze NRW)

- Auftragswert freiberufliche Leistung  $\leq 100$   
T€ = Verhandlungsauftrag
- Auftragswert freiberufliche Leistung  $\geq 100$   
T€ = Aufforderung an mindestens drei  
Bewerber ein Angebot abzugeben
- (Kommunale Vergabegrundsätze Bayern)

- Sollte Ihre Stadt Vergabevermerke für Ihre Gastspieleinkäufe fordern, sind keine individuellen Einzelbegründungen erforderlich.
- Der Vermerk kann also einmalig und für alle Fälle des Einkaufs künstlerischer Produktionen formuliert werden.

# Gastspieleinkauf von einer GmbH

- „freiberufliche Leistung“ kann nach der steuerrechtlichen Definition nur von einer natürlichen Person erbracht werden.
- GmbH ist als Kapitalgesellschaft Gewerbetreibende, steuerrechtlich ist Gewerbe ungleich freiberufliche Tätigkeit.

# Anders im Rahmen der UVGO

- § 50 bestimmt die freiberufliche Tätigkeit leistungs- und nicht auftragnehmerbezogen, es wird also nicht die Person der freiberuflich Tätigen betrachtet, sondern allein die freiberufliche Dienstleistung.

## Argument aus § 50, s. 1, 2. Alt.:

- § 50 gilt auch für Leistungen, die im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten wird.
- Musik- und Theateraufführungen sind von freiberuflichen Leistungen geprägt, die wenigsten Gastspielanbieter sind Gewerbetreibende

## § 50 UVGO auch für Gewerbetreibende, wie z.B. GmbH anwendbar

- → „damit ist so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist.“ (§ 50 Satz 2)



# II. Elfenbein in Klavieren und Flügeln

- Anlass:
- Behauptung Klavierbauer, dass auf alten Instrumenten mit Tasten aus Elfenbein weder konzertiert noch unterrichtet werden dürfe, da dies eine verbotene kommerzielle Nutzung geschützter Tiere, bzw, Teilen von Tieren sei

# Eigene Recherche

- „Kommerzielle Nutzung“ i.S.d. BNatSchG erfordert Eigentümerwechsel, (oder deren Vorbereitung) insbesondere sind Ein- und Ausfuhr verboten.
- Konzertieren ist keine kommerzielle Nutzung i.S.d. BNatSchG

# Anfrage an das Bundesamt für Naturschutz

- 1. Auskunft:
- „...sind wir der Auffassung, dass das Spielen eines Musikinstrumentes gegen Entgelt bei einem Konzert nicht als kommerzielle Nutzung anzusehen ist und damit nicht unter das Vermarktungsverbot des Art. 8 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 338/97 fällt, so dass keine Vermarktungsbescheinigung nach Art. 8 Abs. 3 der VO erforderlich ist.“

- 2. Auskunft:
- „Hinsichtlich des Besitzes sind das Besitzverbot des § 44 Abs. 2 Nr. 1 BNatSchG und die Ausnahmen des § 45 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG sowie die Nachweispflicht des § 46 BNatSchG zu beachten.“

# Wie jetzt?

- Konzerte gegen Entgelt und mit Honorar auf alten Flügeln erlaubt, aber besitzen darf man ihn nicht?

- Verboten nach § 44 BNatSchG ist der Besitz von Tieren besonders geschützter Arten

# Grundsätzliche Ausnahmen zum Besitzverbot

- Alter der Instrumente
- Ausgenommen sind Antiquitäten = älter als 1947
- Instrumente, die vor der Unterschutzstellung gebaut wurden = vor 1975, wenn der Zeitpunkt des Besitzerwerbs glaubhaft gemacht werden kann (überwiegende Wahrscheinlichkeit ist ausreichend)

# Definitionen in § 44 BNatSchG

- Verboten nach § 44 BNatSchG ist der Besitz von Tieren besonders geschützter Arten.
- „Tiere“ bedeutet dabei
- Tiere,
- ohne weiteres erkennbare Teile von Tieren, oder
- ohne weiteres erkennbare Erzeugnisse aus Tieren, die besonders geschützt sind ( § 7 BNatSchG)

Ohne weiteres erkennbare Teile von Tieren und Pflanzen  
wild lebender Arten sowie  
ohne weiteres erkennbar aus ihnen gewonnene  
Erzeugnisse?

- Sind z.B.:
- Felle und Häute (ganze Stücke oder Bauch- und Rückenseiten)
- Schädel
- Federn oder Eierschalen
- Schalen und Perlen (bestimmter Muschelarten)
- (aus: Anlage 3 zu § 5 Nr. 2  
Bundesartenschutzverordnung – BArtSchV)

# Elefanten sind solche geschützten Tiere

- Gemeint sind tatsächlich „ohne weiteres erkennbare“ Erzeugnisse
- Das trifft auf Klaviertasten m.E. nicht zu.
- Bundesamt erklärt, diese Auffassung nicht zu teilen und verweist auf drei Urteile, in denen das für Elefantenelfenbein bereits entschieden sei.

- In den Urteilen ging es zwei Mal um Stoßzähne, und einmal um einen Revolver mit Elfenbeingriff, der als solcher (also „ohne weiteres erkennbar“) von einem Auktionshaus angeboten wurde.
- In keinem der Urteile ging es um Klaviertasten.

- Fortsetzung der Korrespondenz mit dem Bundesamt (nun der Präsidentin) mit der Bitte um Aufklärung und Herstellung von Rechtssicherheit für die Mitglieder der INTHEGA

# Antwort der Präsidentin:

- „Wir können Ihr Anliegen nach rechtlicher Klarheit und Praktikabilität gut nachvollziehen, zumal die betroffenen Kulturbetriebe einen verantwortungsvollen und rechtstreuen Umgang mit geschützten Materialien anstreben.“

- „Die bestehende Rechtslage führt in der Tat zu einem Spannungsverhältnis: Während eine Nutzung – etwa zu Konzertzwecken – grundsätzlich ohne Vermarktungsbescheinigung zulässig sein kann, besteht zugleich die Möglichkeit eines Besitzverbots bzw. die Verpflichtung zum Nachweis oder der Glaubhaftmachung der legalen Herkunft für bestimmte Exemplare.“

- „Diese gesetzliche Konstellation ist in sich nicht vollständig widerspruchsfrei, lässt sich aber im derzeitigen rechtlichen Rahmen nicht eindeutig oder verbindlich auflösen.“

- „In der praktischen Umsetzung erscheint daher eine frühzeitige Abstimmung zwischen betroffenen Einrichtungen und den jeweils zuständigen Landesbehörden besonders angezeigt und als derzeit einzig gangbarer Weg zur Klärung im konkreten Fall.
- Daher nehme ich Ihre geschilderten Herausforderungen ernst und werde dies zum Anlass nehmen, eine Prüfung vornehmen zu lassen, ob und in welcher Form eine fachliche Erörterung auf Ebene der Länder erfolgen kann, etwa im Rahmen künftiger Abstimmungen zur Vollzugspraxis.“

# Fazit: Kein Besitzverbot\*

- Klaviertasten sind keine ohne weiteres erkennbaren Teile von Tieren oder ohne weiteres erkennbare Erzeugnisse aus Tieren. (Kunststofffakes)
- Die EU-Verordnungen, die das BNatSchG umsetzt, sehen nur Vermarktungsverbote, keine Besitzverbote vor
- Schutzzweck des Besitzverbots:
- Das (deutsche) Besitzverbot dient somit dem Vermarktungsverbot – z.B. Bestände von Händlern
- \* Weitere Klärung des Widerspruchs ist vom Bundesamt für Naturschutz nicht zu erwarten, dies ist die Rechtsauffassung der Autorin



# III. Tantiemen in Gastspielverträgen

- Produzent verlangt (und bekommt) vertraglich eine Tantieme in Höhe von 16% (einnahmeunabhängig aus dem Honorar) für eine rechtfreie Musiktheater-Aufführung.

# Zur Erinnerung Auszug aus dem Mustervertrag: II. Vergütung und Tantieme

- - Der Veranstalter bezahlt in Festhonorar i.H.v. Euro ..... (*Je nach Produktion, mit oder ohne Freistellungsbescheinigung mit oder ohne USt.*)
  - Das Honorar ist nach Rechnungsstellung, frühestens am Tag nach der Aufführung zur Zahlung fällig.
  - Der Veranstalter trägt die Kosten für die Aufführungsrechte (Tantieme) in Höhe von XXX% der Roheinnahme nach Maßgabe der Ziffer IV, 1. sowie des hierfür abzuschließenden Vertrages mit dem Bühnenverlag.

# Betrugsvorwurf

- Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (263 StGB)

- Vorspiegelung falscher Tatsachen und Irrtumserregung:
- Tantieme ist urheberrechtliche Abgabepflicht
- Rechteabgeltung als unverhandelbarer Kostenanteil
- Einstellung durch die Staatsanwaltschaft
- Begriff „Tantieme“ sei als Bearbeitungsgebühr gemeint gewesen...
- Fazit:
- Der Produzent hatte Glück. Eine Bearbeitungsgebühr in Höhe von 16% ist abwegig, das hat die STA mangels Branchenkenntnis nicht erkannt.

- Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

- BEATE KEHRL
- RECHTSANWÄLTIN