
Newsletter, 1. Quartal 2009

Real Estate

Konjunkturpaket II – „Kommunale Investitionen stärken“	Seite 2
PPP-Modelle und Finanzierung	Seite 4
Welche Folgen hat ein nicht eingehaltener Kostenrahmen für den Architekten?	Seite 5
Bürgenhaftung auch für Nachträge und Feststellungen eines Schiedsgutachters	Seite 6
Grundbuchfähigkeit der GbR	Seite 7
Gewerbliches Mietrecht: Zur Umlegbarkeit der Betriebskosten für Gemeinschaftsflächen bei untersagter Nutzung	Seite 8
Internetversteigerungen jetzt auch als Regelfall für die Zwangsvollstreckung: Gesetzentwurf im Bundeskabinett verabschiedet	Seite 9
Kündigungsrecht des Vermieters zwecks Abbruchs eines Gebäudes („Abriss-Kündigung“)	Seite 10



Konjunkturpaket II – „Kommunale Investitionen stärken“

Vor dem Hintergrund des globalen Konjunkturerinbruchs haben Bundestag und Bundesrat die gesetzlichen Grundlagen für das Konjunkturpaket II beschlossen. Herzstück des Konjunkturprogramms sind staatliche Investitionen mit dem Schwerpunkt „Bildung und Infrastruktur“. In den kommenden zwei Jahren werden auf der Grundlage von Art. 104b GG vom Bund insgesamt 10 Mrd. Euro insbesondere für diese beiden Bereiche aufgewendet werden. Der Großteil des Geldes soll für zusätzliche Investitionen in Kindergärten, Schulen, Hochschulen und sonstige Infrastrukturmaßnahmen in die Gemeinden, Städte und Kreise fließen.

Ziel des Gesetzes zur Umsetzung von Zukunftsinvestitionen der Kommunen und Länder (Zukunftsinvestitionsgesetz – ZulInvG) ist es, den drohenden kräftigen Einbruch der Konjunktur aufzufangen und sowohl große Unternehmen, als auch mittelständische Betriebe und das Handwerk zu stützen und damit die wirtschaftliche Lage in Deutschland zu stabilisieren. Dem am 13. Februar 2009 vom Bundestag verabschiedeten Gesetzesentwurf hat der Bundesrat am 20. Februar 2009 zugestimmt. Durch eine Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern ist die Durchführung des Gesetzes weiter konkretisiert worden. Auf dieser Grundlage werden die Einzelheiten des Verfahrens und die Verteilung der Mittel an die Kommunen entweder durch Landesgesetz oder durch entsprechende Richtlinien der jeweiligen Bundesländer geregelt.

Rahmenbedingungen der Förderung

Entsprechend der Vorgabe des Bundes sollen die Fördermittel landesweit zu 65 % für Bildungs- und zu 35 % für Infrastrukturinvestitionen ausgegeben werden. Diese Aufteilung ist bei der Planung kommunaler Projekte zu beachten. Die Fördermittel sollen schließlich hälftig in den Jahren 2009 und 2010 ausgegeben werden. Die Städte und Gemeinden wählen derzeit Projekte insbesondere nach dem Kriterium einer möglichst schnellen Umsetzbarkeit aus, damit die Hälfte der vorgesehenen Fördermittel auch bis zum Ende des Jahres 2009 ausgabewirksam werden können.

Da den Ländern die Finanzmittel vom Bund zur eigenen Bewirtschaftung bereitgestellt werden, ist es den Ländern freigestellt, ob sie die Finanzmittel als Investitionspauschale an die Kommunen weiterreichen oder ein Antragsverfahren für einzelne Projekte wählen. Über die Höhe der Verteilung an die

Kreise, Städte und Gemeinden entscheiden die Länder. Anhand der Flächengröße, Bevölkerungs- und Schülerzahlen wurden in den meisten Bundesländern bereits entsprechende Verteilungsschlüssel aufgestellt und mit den kommunalen Spitzenverbänden besprochen.

Die Investitionen können auch im Rahmen der Finanzierung von PPP-Projekten eingebunden werden. Als förderfähige Investition kann dabei der Ausgabenanteil berücksichtigt werden, der an den PPP-Betreiber für die anfänglichen Baumaßnahmen geleistet wird. Statt der bei PPP-Projekten üblichen Langfristfinanzierung dieser Investition könnte etwa ein einmaliger Baukostenzuschuss bei Abnahme gezahlt werden. Der Vorteil für die Kommune besteht in diesem Fall darin, dass sich durch eine deutliche Tilgung zu Beginn der Betriebsphase die künftigen PPP-Raten erheblich reduzieren lassen. Als vorteilhafter Nebeneffekt wird dadurch die Finanzierung des verbleibenden Investitionsbetrages auch wesentlich erleichtert.

Förderungsbereiche

Der **Investitionsschwerpunkt Bildung** gemäß § 3 Abs. 1 Ziff. 1 ZulInvG umfaßt Einrichtungen der frühkindlichen Infrastruktur und der Schulinfrastruktur sowie kommunale oder gemeinnützige Einrichtungen jeweils insbesondere mit dem Schwerpunkt „energetische Sanierung“.

Der **Investitionsschwerpunkt Infrastruktur** gemäß § 3 Abs. 1 Ziff. 2 ZulInvG umfaßt Investitionen für Krankenhäuser, Städtebau (ohne Abwasser und ÖPNV), ländliche Infrastruktur (ohne Abwasser und ÖPNV) und Lärmschutzmaßnahmen an kommunalen Straßen. Daneben werden gemäß § 3 Abs. 1 Ziff. 2 f) ZulInvG „sonstige Infrastrukturinvestitionen“ gefördert. Nach der bundesgesetzlichen Vorgabe sollen 35 % der Mittel für die Infrastrukturmaßnahmen ausgegeben werden. Ausbesserungsmaßnahmen an Straßen sind ausgeschlossen, da diese auch außerhalb des Konjunkturpakets vorgenommen werden müssen. Ebenfalls nicht gefördert werden Einrichtungen außerhalb der Daseinsvorsorge, die durch Gebühren und Beiträge vollständig finanziert werden können.

Da der Bund nach Art. 104b GG nur für solche Investitionen in Ländern und Gemeinden Finanzhilfen zur Verfügung stellen kann, „soweit dieses Grundgesetz ihm Gesetzgebungsbefugnisse verleiht“, sind die im Zukunftsinvestitionsgesetz

abschließend aufgezählten Förderbereiche stets „nach Maßgabe des Artikels 104b des Grundgesetzes“ auszulegen. Zu dem einzelnen Förderbereich muss also eine Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes nach Art. 74 GG hinzutreten, die den Förderbereich konkretisiert. Der Bund kann z. B. nicht generell die Modernisierung von Schulen fördern, wohl aber deren energetische Sanierung oder den Einbau erneuerbarer Energien, weil der Bund in der Energieeinsparverordnung (EnEV) Anforderungen auch an die Sanierung bestehender Nichtwohngebäude stellt. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung muss die energetische Sanierung den Schwerpunkt einer Gesamtanierung der konkreten Infrastruktureinrichtung darstellen.

Voraussetzungen der Förderung

Eine Förderung ist nur für Investitionsmaßnahmen zulässig, wenn deren **längerfristige Nutzung** auch unter Berücksichtigung der absehbaren demographischen Entwicklung vorgesehen ist. Die Kommunen sollten daher jeweils im Einzelfall prüfen, ob geplante Maßnahmen auch über die nächsten Jahre hinaus bedarfsgerecht sind und im Einklang mit der Schulentwicklungsplanung oder der Kindergartenbedarfsplanung stehen.

Nach der gesetzlichen Vorgabe sollen nur **zusätzliche Investitionen** gefördert werden. Das bedeutet zum einen, dass die Gesamtfinanzierung des Vorhabens nicht bereits durch einen verabschiedeten Haushaltsplan gesichert sein darf. Mehrjährige Investitionsvorhaben sind mit den Raten ab 2010 dann förderfähig, wenn es sich um selbstständige Abschnitte eines laufenden Vorhabens handelt, deren Finanzierung bislang nicht gesichert war.

Weiter wird in einigen Bundesländern im Rahmen der „Zusätzlichkeit“ nachgehend geprüft, ob der Umfang der übrigen „normalen“ Investitionen der Kommunen in den Jahren 2009 bis 2011 mindestens das Niveau der Jahre 2006 bis 2008 erreicht hat. Wenn die Investitionsausgaben (ohne Konjunkturförderungsmitteln) in den Jahren 2009 bis 2011 unter denen der Vergleichjahre liegen, könnte dies dazu führen, dass Fördermittel zurückgefordert werden.

Die Regelungen zur Zusätzlichkeit sind im Rahmen der Beratungen des Bundesrates auf deutliche Kritik gestoßen. In einer Entschließung hat die Länderkammer im Rahmen der Beratungen am 20. Februar 2009 auf eine Änderung gedrungen. So dürfe nicht verlangt werden, dass kommunale Investitionen nur dann gewährt werden, wenn die Finanzierung sowohl im Hinblick auf das Vorhaben als auch in Bezug auf die Höhe der aufgewandten Mittel zusätzlich seien. Zudem könne die Investitionstätigkeit der Kommunen von den Ländern nicht auf diese Kriterien überprüft werden. Da die Kommunen

wegen ihres Selbstverwaltungsrechtes in ihren Investitionsentscheidungen weitgehend frei seien, hätten die Länder gar keinen Einfluss auf entsprechende kommunale Tätigkeiten.

Rückforderungsmöglichkeit des Bundes

Zu beachten ist, dass der Bund Finanzhilfen von einem Land zurückfordern kann, wenn die geförderten Maßnahmen nicht den Förderbereichen entsprechen, die Zusätzlichkeit nicht gegeben oder eine längerfristige Nutzung nicht zu erwarten ist. Es ist daher zu befürchten, dass die Bundesländer sich entsprechende Rückforderungsmöglichkeiten gegenüber Kommunen (z. B. mit Auflage im Bewilligungsbescheid) vorbehalten werden.

Auch wenn für die Zuweisung der Mittel – wegen der schnellen Umsetzbarkeit – ein relativ einfaches Bewilligungsverfahren vorgesehen ist, sollte schon bei Antragstellung eine entsprechend sorgfältige Prüfung der Fördervoraussetzungen durch die Kommune erfolgen, um einer drohenden Rückforderung vorzubeugen.

Haushaltsmäßige Umsetzung

Die Fördermittel müssen bei der Aufstellung des Haushaltsplanes berücksichtigt werden. Falls für das Jahr 2009 schon eine Haushaltssatzung beschlossen wurde, besteht u. U. die Verpflichtung zum Erlass einer Nachtragssatzung. Je nach Bundesland muss eine solche beschlossen werden, wenn in erheblichem Umfang zusätzliche Auszahlungen für bisher nicht veranschlagte Investitionen geleistet werden sollen oder wenn erhebliche zusätzliche Auszahlungen bei einzelnen Haushaltspositionen im Verhältnis zu den Gesamtauszahlungen entstehen.

Stefan Hitter

stefan.hitter@luther-lawfirm.com

Telefon + 49 (211) 5660 15037

PPP-Modelle und Finanzierung

Bislang werden PPP-Modelle regelmäßig so verstanden, dass sie – neben Planung, Bau und Betrieb – auch die Finanzierung des betreffenden Bauvorhabens umfassen. Ein wesentlicher Anreiz für die öffentliche Hand, zur Erfüllung ihrer Strukturaufgaben PPP-Modelle zu wählen, lag und liegt gerade darin, eine „andere Finanzierungsform“ zu erschließen. Die charakteristischen, kostengünstigen Elemente eines PPP-Modells bestehen jedoch nicht in der Beschaffung der privaten Finanzierung, sondern vielmehr im Lebens-Zyklus-Ansatz, in der optimierten Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer sowie in der Einbindung (privaten) Unternehmer-Know-hows.

Die zusätzliche Finanzierungsaufgabe des Privaten ist daher nicht PPP-spezifisch und im Regelfall nicht mit Kostenvorteilen verbunden, sondern im Gegenteil eine Verteuerung des Projektes. Vor allem besteht für die öffentlichen Hand die Gefahr, dass die – gerade in der aktuellen Konjunkturphase deutlich erhöhten – Finanzierungskosten über die Auswahl des „besten“ Angebotes entscheiden und nicht die „reinen“ Bau- und Betriebskosten (vor Finanzierung) sowie die maßgeblichen baulichen und betrieblichen Qualitäten. Der im übrigen „schlechtere“ Bieter käme im Windschatten einer günstigen Finanzierung zum Zuge; der im übrigen „günstigere“ Bieter müsste wegen schlechter Finanzierungsbedingungen scheitern. Es erscheint deshalb von Vorteil, die „Paketbildung“ von PPP-Kosten ohne Finanzierung sowie die Finanzierung selbst zu trennen und in beiden Bereichen gesondert den optimalen Preis zu finden.

Im Falle der Finanzierungsform „Forfaitierung“, bei der die öffentliche Hand für die Rückzahlung der Kredite durch einen Einredevorbehalt gegenüber den Banken einsteht (daher ohnehin Qualifizierung als kommunales Kreditgeschäft mit Zustimmungsvorbehalt, Einbeziehung in das staatliche 3%-Verschuldenskriterium), besteht kaum noch ein Grund für eine Fremdfinanzierung, sodass die öffentliche Hand die finanzierende Bank selbst auswählen und den Kredit auch selbst aufnehmen kann (ausschreibungsfreie Vergabe von Finanzierungsleistungen nach § 100 Abs. 2 lit. m GWB n. F.).

Im Rahmen einer klassischen Projektfinanzierung, bei der die Verschuldungszurechnung unterbleiben soll, kann die Auswahl der best geeigneten Bank (als Financier des Bieters) dagegen in mehreren Schritten parallel zum PPP-Vergabeverfahren erfolgen. Auf Grundlage der PPP-Ausschreibungsunterlagen (Leistungsbeschreibung, Verträge) kann eine Voranfrage an

geeignete Banken gerichtete werden. Aus den noch unverbindlich eingereichten Angeboten können sodann zwei oder drei Banken zur weiteren Projektprüfung (due diligence) und zur Abgabe von weitestgehend verbindlichen Angeboten (nur noch unter Gremienvorbehalt) aufgefordert werden; in dieser Phase wäre ihnen der parallel dazu ausgewählte „beste“ PPP-Bieter zu benennen, damit etwaige unternehmensbezogene Kreditaspekte und Eigenkapitalanforderungen berücksichtigt werden können.

Die verbindliche Finanzierungszusage wird sodann in Kenntnis des „besten“ PPP-Bieters eingeholt – und das „letzte“ Angebot des besten Bieters unter Vorgabe der ausgewählten Bank angefordert, sodass Vergabe und Finanzierungsabschluss gleichzeitig erfolgen können.

Auf diese Weise kann die Auswahl des besten PPP-Bieters allein nach „seiner“ Preiswürdigkeit und der Qualität seines Angebotes erfolgen, ohne dass es auf die von ihm vermittelten Finanzierungsbedingungen ankäme. Dem Auftraggeber verbleibt die Auswahl des für ihn optimalen Financiers, ohne dass sich an der Risikostruktur (Kreditaufnahme durch den Bieter) etwas ändern muss.

Dr. Michael Fritzsche
michael.fritzsche@luther-lawfirm.com
Telefon + 49 (211) 5660 18738

Thomas Michaelis
thomas.michaelis@luther-lawfirm.com
Telefon + 49 (211) 5660 16570

Welche Folgen hat ein nicht eingehaltener Kostenrahmen für den Architekten?

(OLG Celle, Urteil vom 7. Januar 2009 – 14 U 115/08)

Unter der Überschrift „Kostenrahmen“ vereinbarten die Parteien eines Architektenvertrages eine Kostenbasis in Höhe von 161.000,00 Euro. Weiter wurde vereinbart, dass „der Kostenrahmen ohne Toleranz einschließlich der Baunebenkosten als Bruttobetrag“ gilt, wenn die Vertragspartner keine anderweitige Regelung getroffen haben. Die vom Architekten eingeholten Kostenvoranschläge ergaben, dass die Baukosten nicht unter 250.000,00 Euro liegen würden; der Bauherr forderte daraufhin das Honorar für die Leistungsphasen 1 – 4 des § 15 Abs. 2 HOAI zurück sowie Schadensersatz in Höhe der Aufwendungen für Statik und Baugenehmigung.

Die Klage hatte überwiegend Erfolg. Die Überschreitung des vereinbarten Kostenrahmens begründet einen Mangel des Architektenwerks. Der Auftraggeber kann daher die Kosten für Statik und Baugenehmigung sowie das Honorar für die Leistungsphasen 3 und 4 erstattet verlangen, nicht dagegen das Honorar für die Leistungsphasen 1 und 2. Insoweit ist die Planung nicht fehlerhaft, da der Architekt nur dann feststellen kann, ob die vereinbarte Baukostenobergrenze einzuhalten ist, wenn er zunächst eine Grundlagenermittlung und Vorplanung vornimmt.

Die Entscheidung entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH und der Oberlandesgerichte. Folgende Leitsätze wurden von der Rechtsprechung entwickelt:

- Gehen in einem Architektenvertrag sowohl der Architekt als auch der Bauherr gemeinsam von einer bestimmten Kostenbasis aus und machen diese unter der Überschrift „Kostenrahmen“ übereinstimmend zur Grundlage ihres Vertrages, handelt es sich nicht lediglich um eine Berechnungsgrundlage zur Honorarermittlung, sondern um die vertragliche Vereinbarung eines Kostenlimits (OLG Celle, 14 U 115/08)
- Aus den Angaben im Bauantrag zu den voraussichtlichen Baukosten ist nicht herzuleiten, dass die Parteien eines Architektenvertrages eine Kostenobergrenze vereinbart haben (OLG Celle, 14 U 201/05; IBR 2006, 626)
- Die Planung des Architekten ist mangelhaft, wenn eine mit dem Besteller vereinbarte Obergrenze für die Baukosten überschritten ist. Die in einem Bauantrag genannte

Bausumme wird nicht allein dadurch als neue Obergrenze für die Baukosten vereinbart, dass der Architekt den Antrag dem Bauherrn vorlegt, dieser ihn unterzeichnet und an die Baubehörde weiterleitet (BGH, VII ZR 395/01; IBR 2003, 315)

- Ein Schadensersatzanspruch gegen den Architekten wegen Bausummenüberschreitung kommt dann in Frage, wenn eine Kostengrenze im Sinne einer Beschaffenheit verbindlich vereinbart ist. Fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung im Architektenvertrag, muss sich die Vereinbarung der Kostenobergrenze als Beschaffenheit des Architektenwerks eindeutig aus den Umständen ergeben (OLG Karlsruhe, 8 U 93/06; Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen; IBR 2008, 524)
- Vereinbaren die Parteien eines Architektenvertrages einen maximalen Baukostenbetrag als Bezugsgröße für die Honorarbemessung, lässt sich daraus nicht ohne Weiteres die Vereinbarung einer verbindlichen Kostenobergrenze oder eines Kostenrahmens ableiten. Wegen der sich aus einer Baukostenobergrenze ergebenden Gefahr von Schadensersatzansprüchen bedarf eine solche Vereinbarung einer nachvollziehbaren Festlegung der Grundlage der Baukostenobergrenze (OLG Frankfurt, 3 U 211/06; Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen; IBR 2008, 663)
- Ein „Berücksichtigen“ von Kostenvorstellungen ist nicht mit der Pflicht gleichzusetzen, sich jedem vom Bauherrn erwünschten Kostenrahmen gleichsam zu unterwerfen oder hierfür im Sinne einer Garantie einstehen zu müssen (OLG Köln, 17 U 51/07; IBR 2009, 40)

Praxishinweis:

In letzter Zeit häufen sich Entscheidungen, in denen Architekten schwere Nachteile erleiden, weil sie einen vereinbarten Kostenrahmen nicht einhalten. Versuche der Architekten, einen vereinbarten Kostenrahmen – beispielsweise durch Angaben im Bauantrag – zu Fall zu bringen, sind nicht sonderlich zielführend. Nachträgliche Änderungsvereinbarungen sind nur selten zu beweisen.

Der Fall lehrt, wie vorsichtig Architekten mit diesem Problemfeld umgehen müssen. Es hilft ihnen auch nicht, dass die

Kostengrenze nicht einzuhalten ist. Der Architekt sollte deshalb Kostengrenzen nach Möglichkeit als „angestrebt“, „unverbindlich“, „voraussichtlich“, „möglichst“ oder mit ähnlichen sprachlichen Einschränkungen im Vagen halten.

Jutta Wittler
jutta.wittler@luther-lawfirm.com
Telefon + 49 (221) 9937 25718

Friederike Sieberg
friederike.sieberg@luther-lawfirm.com
Telefon + 49 (221) 9937 24892

Bürgenhaftung auch für Nachträge und Feststellungen eines Schiedsgutachters

Das OLG Schleswig und im Anschluss der BGH haben sich wieder einmal mit der Reichweite der Bürgschaft beschäftigt. Im Kern geht es darum, inwieweit der Bürge beim VOB-Bauvertrag für vom Auftraggeber angeordnete zusätzliche Leistungen im Sinne vom § 1 Nr. 4 S. 1 VOB/B haftet. In der Regel gibt es kaum ein Bauvorhaben, das nicht ohne geänderte oder zusätzliche Leistungen auskommt, so dass die Übernahme einer Bürgschaft ein risikoreiches Unterfangen sein kann – etwa wenn sich die Mängel- oder Vertragserfüllungsbürgschaft auf einmal auf Bauleistungen bezieht, die sich um ein vielfaches erweitert haben. Mit diesem Problemkreis eng verknüpft ist auch die Haftung des Bürgen für Feststellungen eines Schiedsgutachters zwischen den direkten Baubeteiligten.

Das OLG Schleswig (Urteil vom 21.02.2008, Az.: 5 U 122/05) hat kürzlich entschieden, dass der Bürge grundsätzlich auch für geänderte oder zusätzliche Leistungen haftet. Im konkreten Fall hatte sich der Bürge unter Bezugnahme auf den Bauvertrag für den Werklohn des Auftragnehmers verbürgt. Das OLG befand, dass der Bürge auch den Werklohn für im nachhinein zusätzlich angeordnete Leistungen zahlen müsse. Zwar besagt § 767 Abs. 1 S. 3 BGB, dass der Bürge durch ein nachträgliches Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner – hier der Auftraggeber – vornimmt, nicht verpflichtet wird. Jedoch handele es sich hier nicht um ein nachträgliches Rechtsgeschäft, weil diese zusätzlichen Leistungen bereits vorher im Bauvertrag angelegt seien. Auch der BGH (Beschluss v. 23.10.2008, Az.: VII ZR 76/08) sah hierin keinen Grund zur Beanstandung, so dass der Bürge auch für zusätzliche Leistungen geradestehen muss.

Dieses Urteil ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, weil es sich bei dem Anordnungsrecht des Auftraggebers nach § 1 Nr. 4 S. 1 VOB/B um ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht im Sinne von § 315 BGB handelt (BGH, Urteil vom 14.07.1994, Az.: VII ZR 186/93). Dieses ist schon vor Übernahme der Bürgschaft im Bauvertrag angelegt, so dass die nachträgliche Anordnung schon vorher rechtsgeschäftlich eingeräumt wurde. Daher handelt es sich um kein nachträgliches Rechtsgeschäft im Sinne von § 767 Abs. 1 S. 3 BGB, das die Haftung des Bürgen ausschließen würde.

Das OLG München (Urteil vom 23.03.2004, Az.: 9 U 4089/03) hat das Ganze etwas anders gesehen. Es will den Bürgen durch § 767 Abs. 1 S. 3 BGB schützen; eine nachträgliche Leistungsänderung sei als „bedenklich“ anzusehen. Die Bürgschaft sei nämlich nicht hinreichend bestimmbar, weil der Bürge nicht wisse, für welche Leistungen er einzustehen habe. Dies gehe nicht mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Bürgschaftsrechts konform. Allerdings konnte selbst das OLG um zwei Stellen nach dem Komma die in Streit stehende Haftungssumme auswerfen, so dass das Argument der mangelnden Bestimmbarkeit nicht so recht überzeugen mag. Zudem hat der BGH (Urteil vom 18.05.1995, Az.: IX ZR 108/94) zum Bestimmtheitsgrundsatz ausgeführt, dass dieser selbst bei der Übernahme „für alle bestehenden und zukünftigen Forderungen“ gewahrt sei, weil klar sei, welche Hauptschulden darunter fielen „nämlich alle“. Die Revision vor dem BGH wurde gegen das OLG München zwar zurückgenommen; gleichwohl ist das OLG Frankfurt/M. (Urteil vom 12. März 2008, Az.: 23 U 87/07) dem OLG München gefolgt. Hierüber wird der BGH (Az.: XI ZR 107/08) noch entscheiden.

Allerdings hat der für Bausachen zuständige VII. Senat (BGH, Urteil vom 28.06.2007, Az. VII ZR 199/06) bereits einen deutlichen Hinweis gegeben, dass dieser die Lesart des OLG Schleswig favorisiert.

Eng mit dieser Problematik ist auch die Reichweite der Bürgschaft im Zusammenhang mit Schiedsgutachten verknüpft. Denn auch das Schiedsgutachten ist ein Leistungsbestimmungsrecht, wobei im Gegensatz zu § 315 BGB die Leistungsbestimmung durch einen Dritten erfolgt. Das OLG Düsseldorf (Urteil vom 13.11.2003, Az.: 12 U 55/03) meint, der Bürge sei an ein Schiedsgutachten nicht gebunden. Mit der Rechtsprechung zum Anordnungsrecht nach § 1 Nr. 4 S. 1 VOB/B – und damit zu § 315 BGB – ist das Urteil aber kaum vereinbar. Insoweit wird auch hier früher oder später der BGH eine andere Richtung einschlagen müssen, da auch das Schiedsgutachten bereits durch die Schiedsgutachtenvereinbarung im Vertrag angelegt ist und damit bereits vor der Übernahme der Bürgschaft vereinbart wurde.

Für die Praxis bedeutet diese unsichere Rechtslage, dass klare Regelungen hinsichtlich der Reichweite der Bürgschaft notwendig sind. Es muss geregelt werden, ob der Bürge auch für Leistungsänderungen im Sinne von § 1 Nr. 4 S. 1 VOB/B eintreten soll und inwieweit der Bürge an die Feststellungen eines Schiedsgutachters gebunden werden soll. Daneben ist die Bürgschaft in jedem Fall der Höhe nach zu begrenzen (Höchstbetragsbürgschaft). Anderenfalls geht mit der Übernahme einer Bürgschaft ein unkalkulierbares Risiko einher, das schnell einem Fass ohne Boden gleich kommen kann.

Dr. Bernhardine Kleinhenz
bernhardine.kleinhenz@luther-lawfirm.com
Telefon + 49 (40) 18067 21165

Moritz Lembcke
moritz.lembcke@luther-lawfirm.com
Telefon + 49 (40) 18067 12167

Grundbuchfähigkeit der GbR

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) ist in den vergangenen Jahren wiederholt Gegenstand von Entscheidungen der obersten Gerichte gewesen. Mit der wegweisenden Entscheidung des BGH vom 29.01.2001 (II ZR 331/00) wurde erstmals höchstrichterlich die Teilrechtsfähigkeit der GbR anerkannt.

Die Grundbuchfähigkeit der GbR, also die Fähigkeit mit ihrem Namen im Grundbuch eingetragen zu werden, war in Rechtsprechung und Schrifttum bislang noch stark umstritten, wurde von der überwiegenden Meinung jedoch verneint. Entgegen dieser bislang vorherrschenden Auffassung hat der BGH nun in einer neuen wegweisenden Entscheidung vom 4.12.2008 (V ZB 74/08) die Grundbuchfähigkeit der GbR positiv festgestellt. Danach kann die GbR nun selbst in das Grundbuch eingetragen werden und zwar grundsätzlich unter der Bezeichnung, die ihre Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag für Sie vorgesehen haben. Nur wenn der Gesellschaftsvertrag keine Bezeichnung der GbR vorsieht, soll die GbR als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehend aus ...“ und den Namen der einzelnen Gesellschafter in das Grundbuch eingetragen werden.

Damit ist die bisher überwiegende Ansicht, wonach eine GbR selbst nicht als Eigentümerin oder Inhaberin von beschränkten dinglichen Rechten an einem Grundstück in das Grundbuch eingetragen werden kann ebenso überholt, wie die Ansicht nach der eine GbR zwar grundbuchfähig sei, aber nur unter zusätzlicher Nennung der Gesellschafter in das Grundbuch eingetragen werden könne. Die aktuelle Entscheidung des BGH führt dazu, dass eine GbR nicht nur Eigentum sowie dingliche Rechte an Grundstücken erwerben kann, sondern auch selbst entsprechend im Grundbuch einzutragen ist. Grundstücke einer GbR sind nicht gesamthänderisch gebundenes Eigentum der einzelnen Gesellschafter, sondern Eigentum der GbR selbst. Das Grundbuch hat den Zweck, die Rechtsverhältnisse an Grundstücken genau und verlässlich zu dokumentieren und hat somit das (Immobilien-)Vermögen einer GbR als das auszuweisen was es materiell rechtlich ist, nämlich Gesellschaftsvermögen. Gerade das ist nur zu erreichen, wenn die GbR selbst auch als Eigentümerin bzw. Inhaberin dinglicher Rechte in das Grundbuch eingetragen wird.

Auch Schwierigkeiten hinsichtlich fehlender gesetzlicher Eintragungsvorschriften und die fehlende Registerpublizität einer

GbR gegenüber anderen Personengesellschaften ändern nach der Entscheidung des BGH nichts an der Eigentums-lage an sich und sind eine zwangsläufig hinzunehmende Folge der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR. Wer Rechtsträger von Eigentum sein kann, bestimmt sich allein nach dem materiellen bürgerlichen Recht. Dementsprechend bestimmt sich auch nach dem materiellen Recht, welche Rechtsträger eintragungsfähig sind. Insoweit ist die neue Entscheidung des BGH konsequent und folgerichtig. Das Grundbuchrecht, welches bislang keine Vorgaben und Regelungen zur Eintragung einer GbR als eigene Rechtsträgerin vorsieht, soll dem rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Grundeigentum und beschränkten dinglichen Rechten schließlich dienen und diesen nicht verhindern. Eine bislang fehlende Anpassung des Grundbuchrechts an die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR darf nach Ansicht des BGH deshalb nicht zu einer Blockade des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit Grundstücken und dinglichen Rechten führen.

Konsequenz:

Mit dieser neuen Entscheidung hat der Bundesgerichtshof erneut eine grundlegende und lange umstrittene Rechtsfrage betreffend die GbR eindeutig entschieden. Er ist damit seiner Entscheidungspraxis aus dem Jahre 2001 gefolgt und hat

der GbR erneut ein „Mehr“ an Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit zugestanden. Die bislang vorgesehene Eintragungsform einer GbR durch Nennung der Gesellschafter entsprach nicht mehr der materiellen Rechtslage, insoweit erscheint es folgerichtig, dass die Eintragung nach Möglichkeit nur noch unter der Bezeichnung der GbR selbst erfolgen soll. Dies erleichtert die Eintragungspraxis für die jeweils betroffene GbR. Es erfordert jedoch ein grundsätzliches Umdenken im Hinblick auf die bisherige Eintragungspraxis. Insoweit gilt es für alle Beteiligten, ihr Handeln entsprechend anzupassen und die neue, veränderte Rechtslage zu beachten. Dies betrifft sowohl die Gesellschaften bürgerlichen Rechts und deren anwaltliche Vertreter als auch beurkundende Notare und die jeweiligen Grundbuchämter.

Ingo Erberich
ingo.erberich@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (221) 9937 25721

Florian Grüner
florian.grüner@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (221) 9937 25758

Gewerbliches Mietrecht: Zur Umlegbarkeit der Betriebskosten für Gemeinschaftsflächen bei untersagter Nutzung

(Entscheidung des OLG Köln vom 24. Juni 2008 – 22 U 131/07)

Es entspricht der allgemein herrschenden Meinung, dass der Mieter grundsätzlich auch für solche Betriebskosten herangezogen werden kann, die für gemeinschaftliche Flächen oder Anlagen anfallen, deren Nutzung dem Mieter im konkreten Fall aus tatsächlichen Gründen unmöglich oder sinnlos ist. Dies wurde bereits mehrfach durch Entscheidungen des BGH bestätigt, am bekanntesten dürfte in diesem Zusammenhang das Urteil des BGH vom 20.09.2006 – VIII ZR 103/06 zur Umlage von Aufzugskosten auch für Erdgeschossmieter sein.

Das OLG Köln hatte nunmehr (unter dem Az. 22 U 131/07) über einen Fall zu entscheiden, in welchem dem Mieter einer Gaststätte die Nutzung des Treppenhauses unter Androhung einer Vertragsstrafe vertraglich untersagt war (§ 16 Nr. 1 des Mietvertrages). Gleichzeitig sah der Mietvertrag jedoch vor, dass die Reinigung der „dem Mietbereich zuzuordnenden Verkehrsflächen, z.B. Treppenhaus, Kellergänge etc.“ dem Mieter obliege; bei Übernahme dieser Arbeiten durch den Vermieter seien die Kosten umzulegen (§ 16 Nr. 4 des Mietvertrages).

Das OLG Köln hat die Zahlungsklage des Vermieters, mit der er die Kosten der Treppenhausreinigung geltend macht, abgewiesen. Im vorliegenden Fall bestehe die Besonderheit, dass es dem Mieter – mit Ausnahme von Notfallsituationen – aus **Rechtsgründen** nicht möglich sei, das Treppenhaus zu nutzen. Dies rechtfertige eine abweichende Beurteilung zu den Fallgestaltungen, in denen der Nutzung nur ein tatsächlicher Umstand entgegensteht. Zudem sei aufgrund des Nutzungsverbots das Treppenhaus dem Mieter nicht „zuzuordnen“, weshalb eine Umlage der Reinigungskosten nicht erfolgen könne. Insoweit enthielten die Bestimmungen Nr. 1 und Nr. 4 des § 16 widersprüchliche und damit unklare Regelungen gemäß § 305c Abs. 2 BGB, die zu Lasten des Vermieters gingen.

Konsequenz:

Bei der Frage, ob Betriebskosten für Gemeinschaftsflächen umgelegt werden dürfen, obwohl eine Nutzung durch den Mieter ausgeschlossen werden kann, ist somit entscheidend, ob es sich um ein tatsächliches oder um ein rechtliches Nut-

zungshindernis handelt. Die Abgrenzung ist durchaus interessengerecht: So liegt das tatsächliche Nutzungshindernis meist in der Sphäre des Mieters, während das rechtliche Nutzungshindernis grundsätzlich vom Vermieter zu verantworten ist. Die vom BGH in seiner Entscheidung zu der Umlage von Aufzugskosten (s.o.) geforderte Praktikabilität bei der Abrechnung für den Vermieter bei gleichzeitiger Nachvollziehbarkeit und besserer Überprüfbarkeit für den Mieter wird hierdurch nicht berührt.

Rüdiger Bonnmann

ruediger.bonnmann@luther-lawfirm.com

Telefon +49 (221) 9937 25717

Andrea Pfeiffer

andrea.pfeiffer@luther-lawfirm.com

Telefon +49 (221) 9937 25814

Internetversteigerungen jetzt auch als Regelfall für die Zwangsvollstreckung: Gesetzentwurf im Bundeskabinett verabschiedet

Mit einem neuen Gesetzesentwurf („Gesetz über die Internetversteigerung in der Zwangsvollstreckung“), der vom Bundeskabinett am 18.02.2009 verabschiedet wurde, soll neben der derzeit ausschließlich zulässigen Versteigerung vor Ort („Präsenzversteigerung“) zukünftig auch eine Internetversteigerung möglich sein. Die damit einhergehende Änderung des § 814 ZPO sieht vor, dass die Landesregierungen ermächtigt werden durch Rechtsverordnungen Einzelheiten (z. B. Versteigerungsplattform, Ablauf) der Internetversteigerungen zu regeln können, bzw. diese Ermächtigung auch auf die Landesjustizverwaltungen übertragen können. Auch die Abgabenordnung soll entsprechend geändert werden, so dass auch Finanzbehörden im Wege der Zwangsvollstreckung diese Möglichkeit auf der Auktionsplattform www.zoll-auktion.de nutzen können sollen. Das Gesetz bedarf der Zustimmung des Bundesrates.

Dörthe Stalman, LL.M. (Temple University)

doerthe.stalman@luther-lawfirm.com

Telefon +49 (211) 5660 15265

Kündigungsrecht des Vermieters zwecks Abbruchs eines Gebäudes („Abriss-Kündigung“)

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat zulasten von Wohnungsmietern in einem Grundsatzurteil eine Kündigung des Vermieters zum Zwecke eines Neubaus für zulässig erklärt (BGH, Urteile v. 28.1.2009, VIII ZR 7/08, VIII ZR 8/08, VIII ZR 9/08). Da die sanierungsbedürftigen Mietshäuser abgerissen werden sollen, müssen die Mieter umgehend ihre Wohnungen räumen. Die Entscheidung steht im Widerspruch zu der generell mieterfreundlichen Rechtsprechung des BGH. Sie wird von der Wohnungswirtschaft begrüßt, da die Eigentümer einen größeren Spielraum bezüglich der Verwertung ihrer Immobilien erhalten.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist der Vermieter zur Kündigung berechtigt, „wenn er durch die Fortsetzung des Mietverhältnisses an einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung des Grundstücks gehindert und dadurch erhebliche Nachteile erleiden würde“ (§ 573 des Bürgerlichen Gesetzbuches). Diese Voraussetzungen sieht der BGH als erfüllt an, wenn eine Instandsetzung des Gebäudes auf eine umfassende Sanierung hinauslaufen würde, die im Vergleich zu einem Abriss und Neubau unwirtschaftlich wäre. Dies rechtfertigte das Verlangen nach Auszug der Mieter. Während der Deutsche Mieterbund das Urteil „problematisch und gefährlich“ nannte, begrüßte der Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen die Entscheidung als neue Richtlinie für Stadtumbauplanungen.

Das Urteil überrascht, da der Mieterschutz ein wichtiges Anliegen des im Bürgerlichen Gesetzbuch verankerten Deutschen Mietrechts ist. 1993 betonte das Bundesverfassungsgericht, dass das Besitzrecht des Mieters den gleichen grundrechtlichen Eigentumsschutz genießt wie das Eigentumsrecht des Vermieters. Der Gesetzgeber hat daher für einen umfassenden Schutz des Mieters gesorgt und erlaubt die Kündigung nur in besonderen Ausnahmefällen, wie beispielsweise bei Eigenbedarf. Die darauf aufsetzende Rechtsprechung hat dazu geführt, dass die Rechtspositionen des Vermieters gegenüber denen des Mieters tendenziell zurückgedrängt werden. Das angestrebte ausgewogene Verhältnis erscheint nicht immer gewährleistet.

Der BGH betont im entschiedenen Fall, dass Kündigungen von vernünftigen und nachvollziehbaren Erwägungen getragen sein müssen. Erforderlich ist zudem, dass die Kündigung im Kündigungsschreiben umfassend begründet wird, hier also unter Verweis auf eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung durch geringe Einnahmen und hohe Kosten. Der Vermieter muss dabei die wirtschaftliche Kalkulation offenlegen, aus der sich ergibt, dass eine Weitervermietung ohne umfassende Sanierung wirtschaftlich unrentabel ist. Geringe Renditezuwächse eines Investors durch einen Neubau werden also wohl noch nicht eine Kündigung rechtfertigen. Fraglich ist, ob Investoren, die sanierungsbedürftige Wohnhäuser kaufen, um diese kurzfristig abzureißen und Neubauten weiterzuverkaufen, ebenfalls geschützt werden. Zugunsten von Mietern hatte im September 2008 noch das Landgericht Kiel entschieden. Dem Investor obliegt es, nachzuweisen, dass er durch die Fortsetzung des Mietverhältnisses erhebliche Nachteile erleiden würde. Dies gelang in diesem Fall nicht, da der Vermieter die Unrentabilität bei Erwerb der Gebäude bewusst in Kauf nahm. Indes muss für den Eigentümer, der selbst nicht neu bauen kann, die Möglichkeit bestehen, das Gebäude zu diesem Zweck zu veräußern. Entscheidend werden hier die tatsächlichen Verluste des Eigentümers bei Nichtverwertung seines Grundstücks sein. Die Gefahr, die Vermieter könnten nun vermietete Gebäude verfallen lassen, um Abrisskündigungen durchzusetzen, ist eher unbegründet, da der Vermieter gesetzlich zur laufenden Instandhaltung der Gebäude verpflichtet ist und dies notfalls gerichtlich durchsetzbar ist.

Klargestellt ist jedenfalls, dass von einer Neuverwertung einer Immobilie jetzt nicht mehr wegen bestehender Mietverträge Abstand genommen werden muss. Vielmehr ist nach Prüfung im Einzelfall die Chance eröffnet, unter Berufung auf das Urteil Mietverhältnisse zu beenden, um Abriss und Neubau durchführen zu können.

Bojana Grbic
bojana.grbic@luther-lawfirm.com
Telefon + 49 (211) 5660 16837

Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 (221) 9937 0, Telefax +49 (221) 9937 110, contact@luther-lawfirm.com

V.i.S.d.P.: Thomas Michaelis, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Graf-Adolf-Platz 15, 40215 Düsseldorf, Telefon +49 (211) 5660 16570, Telefax +49 (211) 5660 110, thomas.michaelis@luther-lawfirm.com

Grafische Gestaltung/Art Direction: Vischer & Bernet GmbH, Agentur für Marketing und Werbung, Mittelstraße 11/1, 70180 Stuttgart, Telefon +49 (711) 23960 0, Telefax +49 (711) 23960 49, contact@vischer-bernet.de

Copyright: Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme.

Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

Regionale Kontakte

Berlin

Detlev Stoecker
detlev.stoecker@luther-lawfirm.com

Stefan Kobes
stefan.kobes@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (30) 52133 0

Düsseldorf

Dr. Michael Fritzsche
michael.fritzsche@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (211) 5660 0

Essen

Achim Meier
achim.meier@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (201) 9220 0

Hamburg

Dr. Bernhardine Kleinhenz
bernhardine.kleinhenz@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (40) 18067 0

Köln

Rüdiger Bonnmann
ruediger.bonnmann@luther-lawfirm.com

Jutta Wittler
jutta.wittler@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (221) 9937 0

Leipzig

Dr. Barbara Schmidt
barbara.schmidt@luther-lawfirm.com

Dr. Thomas Gohrke
thomas.gohrke@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (341) 5299 0

Als zentraler Kontakt für allgemeine Fragen zu unserem Beratungsfeld Real Estate steht Ihnen Dr. Michael Fritzsche, Telefon +49 (211) 5660 0 oder Telefax +49 (211) 5660 110, zur Verfügung.

www.luther-lawfirm.com

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH beschäftigt in Deutschland rund 280 Rechtsanwälte und Steuerberater und berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther unterhält Büros an 13 deutschen Standorten sowie in Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai und Singapur und gehört dem internationalen Kanzleiverbund PMLG sowie Taxand, dem weltweiten Netzwerk unabhängiger Steuerberatungspraxen, an.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Eschborn/Frankfurt a. M., Essen, Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, Mannheim, München, Nürnberg, Stuttgart | Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai, Singapur

