

INHALTSVERZEICHNIS

1	GRUND UND BODEN – NEUES AUS DEM GRUNDSTÜCKSRECHT	3
1.1	Mietzinsanspruch fällt trotz Abtretung vor Begründung des Grundpfandrechts in den Haftungsverband	3
1.2	Hinweispflicht des Notars gegenüber Erwerber eines Erbbaurechts	4
1.3	Notargebühren für Überwachung der Kaufpreiszahlung	5
1.4	Gutgläubiger Erwerb bei Veräußerung der einem Vermieterpfandrecht unterliegenden Sache	5
1.5	Kein Rangvorteil für den Gebäudeversicherer durch an vorrangigen Grundpfandgläubiger erbrachte Versicherungsleistung	6
2	MIETE UND ANDERE NUTZUNGSRECHTE	7
2.1	Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft – Ein Verband sui generis	7
2.2	Unwirksamkeit einer unbeschränkten Kostentragungspflicht des Mieters für Instandhaltung und Instandsetzung von Gemeinschaftsflächen	8
2.3	Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung einer Betriebspflicht im Einkaufszentrum	9
3	AUF PARAGRAPHEN GEBAUT – PRIVATES UND ÖFFENTLICHES BAURECHT	10
3.1	Kein Vergütungsanspruch bei Verwendung von der Leistungsbeschreibung abweichender Materialien	10
3.2	Bau-Soll bei Widerspruch zwischen Referenzobjekt und Leistungsverzeichnis	10
3.3	Nachbesserungsrecht des Unternehmers trotz Verzuges	10
3.4	Öffnung von Bauteilen durch den Sachverständigen	11
3.5	Bau-Soll bei Großbauvorhaben ohne fertige Objekt-Ausführungsplanung bei Vertragsabschluss und späteren Ergänzungen	12
3.6	Ausschluss von Einzelhandelsnutzung im Bebauungsplan	12
3.7	Anpassungsmöglichkeiten bei einem öffentlich-rechtlichen Vertrag	13
3.8	Darf ein Investor auf Parkraumkonzept der Behörde vertrauen?	14
3.9	Ausschluss zivilrechtlicher Ansprüche wegen Lärmimmissionen sowohl bei durchgeführtem als auch bei fingiertem Planfeststellungsverfahren nach LuftVG	14
3.10	Pflicht der Stadt zum Hinweis auf drohende Veränderungssperre gegenüber Inhaber einer Baugenehmigung	15
4	STEUERN UND KEIN ENDE	16

	Neues zur Geschäftsveräußerung	16
5	NEUES ZUM BÜRGSCHAFTSRECHT	17
	Keine ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamer Klausel über Austausch eines 5 %-Bareinhalts gegen Bürgschaft auf erstes Anfordern	17
6	SONSTIGES	18
6.1	Heranziehung zu Sanierungsmaßnahmen	18
6.2	Heilungswirkung der Grundbucheintragung bei Verstößen gegen das GWB	19
6.3	Verabschiedung des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes	19
7	KOPIEN	20

1 GRUND UND BODEN – NEUES AUS DEM GRUNDSTÜCKSRECHT

1.1 Mietzinsanspruch fällt trotz Abtretung vor Begründung des Grundpfandrechts in den Haftungsverband

BGH, Urteil vom 9. Juni 2005 – IX ZR 160/2004.

„a) Ist ein Mietzinsanspruch bereits vor Begründung des Grundpfandrechts, aus dem ein Gläubiger die Beschlagnahme erwirkt hat, abgetreten worden, fällt er gleichwohl in den Haftungsverband.

b) Die Abtretung des Anspruchs auf den Mietzins für eine unbewegliche Sache an einen bevorrechtigten Grundpfandrechtsgläubiger wird selbst im Falle der Beschlagnahme durch einen nachrangigen Grundpfandrechtsgläubiger diesem gegenüber unwirksam.“

Die Beklagte ist Mieterin von Gewerberäumen und Freiflächen, die im Eigentum des E. stehen. Der Grundbesitz ist im Grundbuch in Abteilung III unter laufender Nr. 1 bis 3 jeweils durch drei verschiedene Grundschulden belastet. Die Grundschuld auf Position III/2 besteht zugunsten der B. Bank. Die Klägerin ist Inhaberin der Grundschuld auf Position III/3. Im Juni 1993 trat E. sicherungshalber sämtliche gegenwärtigen und künftigen Mietforderungen gegen die Beklagte an die B. Bank ab. Im März 2002 ließ die Klägerin wegen ihres vollstreckbaren dinglichen Anspruchs die Ansprüche des E. gegen die Beklagte auf Zahlung der fälligen und der künftig fällig werdenden Mieten pfänden und sich zur Einziehung überweisen. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss wurde im Juni 2002 zugestellt. Mit Beschluss vom März 2003 wurde wegen eines Teilbetrags des dinglichen Anspruches der B. Bank die Zwangsverwaltung des Grundbesitzes angeordnet. Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Zahlung der Miete für den Zeitraum Juli 2002 bis einschließlich April 2003 nebst Zinsen. Der Bundesgerichtshof hat unter Verweis auf § 1124 Abs. 1 und Abs. 2 BGB der Klage stattgegeben. Er vertritt die Auffassung, dass die Vorschrift des § 1124 Abs. 2 BGB grundsätzlich auch für Grundschulden gelte mit der Folge, dass die rechtsgeschäftliche Forderungsabtretung der Mieten für die B. Bank der Klägerin gegenüber gemäß § 1124 Abs. 2 BGB unwirksam gewesen sei. § 1124 Abs. 2 BGB stelle allein auf die Beschlagnahme durch den Grundpfandrechtsgläubiger ab, ohne dahingehend zu unterscheiden, welche Rangstelle das Grundpfandrecht selbst habe. § 1124 Abs. 2 BGB schütze daher den Grundpfandrechtsgläubiger vor einer Aushöhlung des Wertes seiner Sicherheit durch Verfügungen des Eigentümers. Dem Grundpfandrechtsgläubiger solle – unabhängig von der Rangstelle des Grundpfandrechts - die laufende Miete oder Pacht als Haftungsobjekt dienen. Deshalb schränke § 1124 Abs. 2 BGB das Prioritätsprinzip ein. Dabei habe die Beschlagnahme immer Vorrang vor dem rechtsgeschäftlichen Erwerb von Miet- oder Pachtforderungen. Ohne Beschlagnahme könne sich daher ein Grundpfandrechtsgläubiger aus dem Grundstück nicht befriedigen. Die Vorschrift des § 879 BGB könne dementsprechend erst eingreifen, wenn mehrere Beschlagnahmen miteinander konkurrierten. Verfügungen des Grundstückseigentümers über Miet- oder Pachtforderungen seien daher dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam, soweit sie sich auf die Miete oder Pacht für eine spätere Zeit als den zur Zeit der Beschlagnahme laufenden, allenfalls noch den folgenden Kalendermonat beziehen.

1.2 Hinweispflicht des Notars gegenüber Erwerber eines Erbbaurechts

BGH, Urteil vom 2. Juni 2005 – III ZR 306/2004.

„a) Der Notar ist verpflichtet, die Erwerber eines Erbbaurechts darauf hinzuweisen, dass der Grundstückseigentümer seine Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts erteilen, jedoch zur Belastung verweigern kann, wenn die Zustimmungsbedürftigkeit dieser Verfügung Inhalt des Erbbaurechts ist (§ 5 ErbbauVO) und der Notar, z. B. aufgrund einer in dem Kaufvertrag enthaltenen Belastungsvollmacht, damit rechnen muss, dass die Erwerber das Recht zur Finanzierung des Kaufpreises belasten wollen.

b) Der Notar ist in derartigen Fallgestaltungen weiter verpflichtet, die Erwerber über die Gefahren einer „gespaltenen“ Eigentümerzustimmung zu belehren und Ihnen Möglichkeiten, diesen entgegenzuwirken, aufzuzeigen.“

Ein Notar beurkundete einen Erbbaurechtskaufvertrag zwischen den Klägern und den Verkäufern. Das Erbbaurecht durfte nur mit Zustimmung der Grundstückseigentümer veräußert und mit Grundpfandrechten belastet werden. Hierauf wurde auch in der notariellen Urkunde hingewiesen. Der beklagte Notar wies jedoch nicht daraufhin, dass die erforderlichen Zustimmungen des Grundstückseigentümers hinsichtlich der Veräußerung und der Belastung des Erbbaurechtes auch getrennt erteilt bzw. verweigert werden konnten. Im Folgenden stimmten die Grundstückseigentümer zwar der Veräußerung, nicht aber der Belastung des Erbbaurechtes zugunsten der Kläger zu. Verhandlungen mit den Grundstückseigentümern blieben erfolglos, so dass die Kläger von dem Erbbaurechtskaufvertrag Abstand nahmen und den Verkäufern einen Schadensersatz in Höhe von fast DM 29.000,00 zu zahlen hatten. Die Kläger verlangten sodann den Schaden von dem beurkundenden Notar ersetzt. Der BGH hat entschieden, dass der beklagte Notar seine aus § 17 Abs. 1 Satz 1 Beurkundungsgesetz folgende Pflicht zur Rechtsbelehrung verletzt habe, indem er es unterließ, die Kläger darauf hinzuweisen, dass der Grundstückseigentümer nicht verpflichtet gewesen sei, seine Zustimmung zur Veräußerung und zur Belastung des Erbbaurechtes einheitlich zu erteilen, vielmehr die Situation eintreten konnte, dass die Zustimmung zur Veräußerung gegeben, zur Belastung jedoch verweigert wurde. Des Weiteren hätte der beklagte Notar auf die hieraus folgenden Gefahren und die Möglichkeiten, diesen Gefahren entgegen zu wirken, hinweisen müssen. Als Abhilfemöglichkeit wäre etwa die Vorabereinholung der Zustimmung der Grundstückseigentümer, die Vereinbarung der Zustimmung der Grundstückseigentümer zur Belastung als Bedingung für die Wirksamkeit des Kaufvertrages oder die Vereinbarung des Rücktrittsrechtes der Käufer für den Fall des Ausbleibens dieser Zustimmung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt in Betracht gekommen. Dabei sei es bereits in den Vorschriften des Erbbaurechtes angelegt, dass die Zustimmung zur Veräußerung und zur Belastung des Erbbaurechtes auseinander fallen können. Zwar sei der Grundstückseigentümer nicht völlig frei in seiner Entscheidung, ob er der Belastung und der Veräußerung des Erbbaurechtes zustimme. Jedoch unterscheiden sich die Voraussetzungen, unter denen der Erbbauberechtigte die Zustimmung des Eigentümers zur Veräußerung verlangen könne (§ 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO), von denjenigen, unter denen eine Verpflichtung des Eigentümers zur Bewilligung der Belastung des Erbbaurechtes (§ 7 Abs. 2 ErbbauVO) bestehe. Während der Verkäufer des Erbbaurechts die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts insbesondere nur dann verlangen könne, wenn die Person des Erwerbers Gewähr für die Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Pflichten biete, könne er die Zustimmung zur Belastung des Erbbaurechtes unabhängig von der Person des Erwerbers, nur dann verlangen, wenn die Belastung mit den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft vereinbar sei. Für die Belehrungspflicht des beklagten Notars sei es jedoch grundsätzlich unerheblich, ob diesem bekannt war, dass die Höhe des beabsichtigten Grundpfandrechtes den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft bezogen auf den Kaufgegenstand widersprach. Für die Belehrungspflicht des Notars sei vielmehr ausreichend, dass diesem bekannt ist, dass der Erwerber das Erbbaurecht belasten möchte. Eine entsprechende Belehrungspflicht des beklagten Notars sei allenfalls dann entbehrlich gewesen, wenn vor Beurkundung des Erbbaurechtskaufvertrages die Ein-

willigung der Grundstückseigentümer bereits vorgelegen hätte oder die Gefahr des Auseinanderfallens durch die Vertragsgestaltung gebannt gewesen sei. Beides sei vorliegend jedoch nicht der Fall gewesen.

1.3 Notargebühren für Überwachung der Kaufpreiszahlung

BGH, Beschluss vom 12. Mai 2005 – V ZB 40/2005, FG Prax 2005, Seite 178.

„1. Für seine mit der Überwachung der Kaufpreiszahlung verbundene Tätigkeit erhält der Notar neben der Beurkundungsgebühr und der Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Überwachung der Fälligkeit des Kaufpreises eine zusätzliche Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO.

2. Die Gebühr für die Überwachung der Kaufpreiszahlung entsteht auch dann, wenn der Notar seine Überwachungstätigkeit darauf beschränkt, bei dem Verkäufer eine Bestätigung des Zahlungseingangs anzufordern.

3. Bei der Bemessung der Gebühr ist dem im Einzelfall geringen Umfang der entfalteten Tätigkeit in der Weise Rechnung zu tragen, dass nicht der volle Geschäftswert, sondern nur ein dem geringen Umfang der Tätigkeit entsprechender Bruchteil desselben angesetzt wird.“

Im vorliegenden Fall wurde ein Notar im Rahmen eines Grundstückskaufvertrages mit der Überwachung der Kaufpreisfälligkeitsvoraussetzungen beauftragt und angewiesen, die Urkunde erst dann dem Grundbuchamt zum Vollzug vorzulegen, wenn der Verkäufer schriftlich bestätigt hat, den Kaufpreis erhalten zu haben, oder der Käufer die Kaufpreiszahlung entsprechend nachweist. Der BGH hat entschieden, dass vorliegend nach dem Willen der Parteien der Notar beauftragt war, vor dem Vollzug des Vertrages eigenverantwortlich festzustellen, ob die vertragsgemäße Zahlung als Voraussetzung für die Stellung des Umschreibungsantrages erfolgt ist. Dazu müsse der Notar eigene Ermittlungen anstellen und ihr Ergebnis prüfen. Dies sei jedoch nicht mehr Teil der Beurkundungstätigkeit und gehöre auch nicht zum Vollzug des Vertrages. Es handele sich vielmehr um eine eigenständige Betreuungstätigkeit, die der Notar im Auftrag der Parteien neben der Beurkundung und dem Vollzug übernommen habe. Sie sei deshalb nach § 147 Abs. 2 KostO gesondert zu vergüten. Dabei handele es sich bei der vom Notar zu entfaltenden Tätigkeit der Fälligkeitsüberwachung und der Kaufpreiszahlungsüberwachung nicht um ein einheitliches Geschäft, da beide Tätigkeiten zu unterschiedlichen Zeitpunkten vorgenommen würden und einen unterschiedlichen Inhalt aufwiesen. Während die Fälligkeitsüberwachung durch den Notar im Interesse des Käufers wahrgenommen werde, erfolge die Kaufpreisüberwachung im Interesse des Verkäufers.

Dabei entstehe die gesonderte Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostenO für die Kaufpreisüberwachung auch dann, wenn der Notar seine Tätigkeit hierbei darauf beschränke, bei dem Verkäufer eine Bestätigung des Eingangs des Kaufpreises anzufordern.

1.4 Gutgläubiger Erwerb bei Veräußerung der einem Vermieterpfandrecht unterliegenden Sache

BGH, Urteil vom 20. Juni 2005 – II ZR 189/2003, NZM 2005, Seite 665 f.

„1. Wird die einem Vermieterpfandrecht unterliegende Sache im Wege des Besitzkonstituts veräußert, so setzt ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb die Übergabe der Sache an den Erwerber voraus.

2. Wer den Verzicht auf ein Recht (hier: Vermieterpfandrecht) geltend macht, trägt die Darlegungs- und Beweislast für diese rechtsvernichtende Einwendung.“

Die Beklagte war Eigentümerin eines Gaststättengrundstücks, welches sie an K. vermietet hatte. K., der auf dem Gaststättengrundstück eine Diskothek betrieb, veräußerte das ihm gehörende zur Betriebsführung notwendige Inventar an V., ohne es an diesen zu übergeben. Gegenüber V. berief sich die Beklagte auf ein ihr zustehendes Vermieterpfandrecht und verweigerte die Herausgabe des Inventars an V. In der Folgezeit veräußerte die Beklagte das Gaststättengrundstück ohne Inventar an R. Anschließend verkaufte V. das Inventar zum Preis von DM 60.000,00 an R. und trat einen vermeintlichen Schadensersatzanspruch, der aufgrund der Herausgabeverweigerung der Beklagten entstanden sein sollte, in Höhe von DM 60.000,00 an den Kläger ab. Der Kläger nimmt nunmehr die Beklagte aus abgetretenem Recht auf Schadensersatz in Höhe von DM 60.000,00 in Anspruch. Zur Begründung macht der Kläger geltend, dass V. in Folge der Herausgabeweißerung der Beklagten daran gehindert worden sei, das Inventar zum Preis von DM 120.000,00 an Interessenten zu veräußern. Der BGH hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung führt er aus, dass die Beklagte wirksam ein Vermieterpfandrecht an den Inventargegenständen erworben habe und demzufolge befugt gewesen sei, der Entfernung der Inventargegenstände durch den V. zu widersprechen. Der V. habe damit das Eigentum an den Inventargegenständen lediglich belastet durch das Vermieterpfandrecht erworben. Ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb sei auszuschließen, da sich die Übereignung der Inventargegenstände auf der Grundlage eines Besitzmittlungsverhältnisses vollzogen habe. Gemäß § 933 BGB sei jedoch für einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb erforderlich, dass die veräußerte Sache dem Erwerber übergeben werde. Da dies vorliegend nicht geschehen sei, habe kein lastenfreier Erwerb erfolgen können. Eine Haftung der Beklagten nach den §§ 987 ff. BGB sei daher ausgeschlossen. Auch eine Aufgabe des Vermieterpfandrechts durch die Beklagte sei durch den Kläger weder dargelegt noch bewiesen worden. Diesen treffe jedoch die Darlegungs- und Beweislast für diese rechtsvernichtende Tatsache.

1.5 Kein Rangvorteil für den Gebäudeversicherer durch an vorrangigen Grundpfandgläubiger erbrachte Versicherungsleistung

BGH, Urteil vom 2. März 2005 – IV ZR 212/04, ZfIR 2005, Seite 504.

„Der gesetzliche Rangrücktritt des § 104 Satz 2 VVG dient dem Schutz aller Grundpfandgläubiger, die nach § 102 Abs. 1 Satz 2 VVG privilegiert sind. Er greift unabhängig davon ein, ob der Versicherer die von ihm geschuldete Leistung an den vorrangigen Grundpfandgläubiger ganz oder nur zum Teil erbracht hat.“

Dem vorliegenden Urteil des BGH lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin war Eigentümerin eines Grundstücks, das mit einem Erbbaurecht belastet war. Im Erbbaugrundbuch waren eine Reallast zur Sicherung des Erbbauzinses sowie eine Vormerkung, die im Falle einer Erhöhung des Erbbauzinses einen Anspruch auf Eintragung einer weiteren Reallast sichern sollte, eingetragen. Der Erbbauberechtigte betrieb auf dem Grundstück eine Diskothek, die aufgrund einer vorsätzlichen Eigenbrandstiftung vollständig zerstört wurde. Die Beklagte leistete als Gebäudeversicherer an einen Dritten, zu dessen Gunsten Grundschulden bestellt waren, die im Rang vor den Rechten der Klägerin eingetragen waren. Die Beklagte war mit dieser Zahlung ihren Leistungspflichten aus dem Versicherungsvertrag vollständig nachgekommen. Nachfolgend veranlasste die Beklagte mit Bewilligung der bisherigen Grundpfandgläubigerin die Umschreibung der auf sie übergangenen Grundschulden (vgl. § 104 VVG), ohne dass im Grundbuch eine Änderung der Rangverhältnisse vermerkt wurde. Die Klägerin nahm die Beklagte erfolgreich auf Berichtigung des Grundbuchs gerichtlich in Anspruch. Der BGH bestätigte diese Entscheidung. Zur Begründung führte der BGH aus, der in § 104 Satz 2 VVG angeordnete gesetzliche Rangrücktritt diene dem Schutz aller Gläubiger, die nach den §§ 102 Abs. 1 Satz 1, 107 b VVG privilegiert seien. Ihnen gegenüber bleibe die Verpflichtung des Versicherers zur Leistung bestehen, auch wenn er wegen des Verhaltens des Versicherungsnehmers von seiner Verpflichtung zur Leistung freigeworden sei. Die Realgläubiger seien – gleich welchen Rang sie haben – im gestörten Versicherungsverhältnis des Versicherers zum Versicherungsnehmer so zu stellen, wie sie bei einem ungestörten ständen. Allein darauf nehme § 104 Satz 2 VVG

Bezug, wenn er für den Rangrücktritt zur Voraussetzung mache, dass die Verpflichtung des Versicherers zur Leistung gegenüber den gleich- oder nachstehenden Realgläubigern bestehen geblieben sei. Dabei kommt es nach Ansicht des BGH nicht darauf an, dass der Versicherer die von ihm geschuldete Leistung noch nicht vollständig erbracht hat. Denn in diesem Fall könne der nachrangige Gläubiger ohnehin den noch offenen Teil der Versicherungssumme für sich beanspruchen. Ein Schutzbedürfnis für die gleich- und nachrangigen Gläubiger ergebe sich erst, wenn die Versicherungsleistung in voller Höhe an den erst-rangigen Gläubiger gezahlt worden sei. Somit sei die Vorschrift des § 104 VVG auch auf diese Fallkonstellation anwendbar.

2 MIETE UND ANDERE NUTZUNGSRECHTE

2.1 Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft – Ein Verband sui generis.

BGH, Beschluss vom 2. Juni 2005 – V ZP 32/05, NJW 2005, Seite 2061 ff.

- „1. *Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist rechtsfähig, soweit sie bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsverkehr teilnimmt.*
2. *Neben der Haftung der teilrechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaft kommt eine akzessorische gesamtschuldnerische Haftung der Wohnungseigentümer nur in Betracht, wenn diese sich neben dem Verband klar und eindeutig auch persönlich verpflichtet haben.*
3. *Gläubiger der Gemeinschaft können auf deren Verwaltungsvermögen zugreifen, das auch die Ansprüche der Gemeinschaft gegen die Wohnungseigentümer und gegen Dritte umfasst.*
4. *Zu den pfändbaren Ansprüchen der Gemeinschaft gehören der Anspruch, ihr die finanzielle Grundlage zur Begleichung der laufenden Verpflichtungen durch Beschlussfassung über den Wirtschaftsplan, seine Ergänzung (Deckungumlage) oder die Jahresabrechnung zu verschaffen, sowie Ansprüche aus Verletzung dieser Verpflichtung.*
5. *Soweit der Verwalter als Organ der Gemeinschaft nicht kraft Gesetzes zur Vertretung berechtigt ist, werden seine Kompetenzen durch solche der Wohnungseigentümer ergänzt, denen die entsprechende Bevollmächtigung des Verwalters oder die Fassung des von ihm nach § 27 Abs. (1) Nr. 1 WEG auszuführenden Beschlusses obliegt.*
6. *Die Anfechtung von Beschlüssen der Wohnungseigentümerversammlung betrifft die Willensbildung innerhalb der Gemeinschaft und richtet sich daher nicht gegen den Verband, sondern gegen die übrigen Wohnungseigentümer.*
7. *Der Einzelwirtschaftsplan gehört zu den unverzichtbaren Bestandteilen des Wirtschaftsplans. Die Genehmigung eines Wirtschaftsplans ohne Einzelwirtschaftsplan ist auf Antrag für ungültig zu erklären.“*

Man dürfte diesen Beschluss des Bundesgerichtshofs glatt als Jahrhundertentscheidung bezeichnen, wenn es das Wohnungseigentumsrecht nicht erst seit etwas mehr als 50 Jahren in Deutschland gäbe. Der BGH wendet sich ab von der bislang überwiegend und auch von ihm selbst vertretenen Auffassung, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer selbst nicht rechtsfähig ist. Konsequenz dieser früheren Auffassung war es, dass durch im Namen der Wohnungseigentümergeinschaft abgeschlossene Verträge nicht die Gemeinschaft als solche, sondern die zum Abschlusszeitpunkt im Grundbuch eingetragenen einzelnen

Wohnungseigentümer verpflichtet wurden. Der BGH schließt sich nun mit ausführlicher Begründung verschiedenen Stimmen in der Literatur an, die schon seit längerem der Wohnungseigentümergeinschaft Teilrechtsfähigkeit zugesprochen haben.

Vor allem die organisatorische Struktur der Wohnungseigentümergeinschaft ist es, welche der BGH betont, um seine neue Auffassung von der Verbandseigenschaft der Gemeinschaft zu begründen. Die Wohnungseigentümergeinschaft verfüge über eine eigene Satzung, nämlich die Gemeinschaftsordnung, die nach § 10 Abs. (1) Satz 2 WEG die Rechte und Pflichten der Mitglieder inhaltlich gestalten könne. In zahlreichen Angelegenheiten, insbesondere solchen der laufenden Verwaltung, sei der Wohnungseigentümersammlung die Befugnis eingeräumt, gemäß § 25 Abs. (1) WEG durch Mehrheitsbeschluss zu entscheiden. Die abwesenden oder überstimmten Wohnungseigentümer sind hieran grundsätzlich gebunden. Dies sei ein typisches Merkmal rechtsfähiger Verbände. Die Nähe zur Körperschaft sei umso größer, als die §§ 24, 25 WEG detaillierte Vorgaben über Stimmrecht, Beschlussfähigkeit und Protokollierung der Beschlüsse enthielten. Die Wohnungseigentümergeinschaft habe ferner eigene Organe, nämlich die Eigentümersammlung, den Verwalter und (fakultativ) den Verwaltungsbeirat. Da der Verwalter nicht aus den Reihen der Wohnungseigentümer stammen müsse, handele es sich nach gesellschaftsrechtlichen Kategorien sogar um einen Fall der Fremdganschaft, der über die Personengesellschaften hinausgehe und die Wohnungseigentümergeinschaft der juristischen Person annähere.

§ 27 Abs. (2) WEG entnimmt der BGH eine rechtliche Verselbständigung des Verwaltungsvermögens gegenüber den Vermögensgegenständen der einzelnen Wohnungseigentümer. Träger dieses Vermögens einschließlich der gemeinschaftlichen Forderungen und Verbindlichkeiten ist unabhängig von einem Eigentümerwechsel der Verband. Verfahrensrechtliche Konsequenz hieraus ist die Partei- und Beteiligungsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft hinsichtlich aller das Verwaltungsvermögen betreffenden Forderungen und Verbindlichkeiten. Die Gemeinschaft kann in diesen Angelegenheiten als solche klagen und verklagt werden, ohne dass es auf den aktuellen Mitgliederbestand ankommt (und ohne dass fortan zur Erfüllung des Bestimmtheitserfordernisses bei Klageerhebung Eigentümerlisten vorgelegt werden müssen).

Wichtig ist die Feststellung des BGH, dass mit der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft keine Entwertung der Eigentümerstellung jedes einzelnen Miteigentümers einhergehe, denn die Wohnungseigentümergeinschaft werde durch die geänderte Rechtsauffassung nicht insgesamt zu einer Gesellschaft, an der die einzelnen Wohnungseigentümer nur noch in Form verdinglichter Miteigentumsanteile partizipierten. Vielmehr würden das Sondereigentum und das Gemeinschaftseigentum als echtes Eigentum ausschließlich in den Händen der Miteigentümer verbleiben und seien nicht Teil des Vermögens des rechtsfähigen Verbandes. Schon deswegen stehe Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum auch nicht als Haftungsmasse für die im Namen der Wohnungseigentümergeinschaft begründeten Verbindlichkeiten zur Verfügung, es sei denn, ein Vertrag sei als ausdrücklich oder schlüssig auch mit den einzelnen Wohnungseigentümern abgeschlossen anzusehen.

2.2 Unwirksamkeit einer unbeschränkten Kostentragungspflicht des Mieters für Instandhaltung und Instandsetzung von Gemeinschaftsflächen

BGH, Urteil vom 6. April 2005 - XII Z 158/01.

„Die formularmäßige Auferlegung der Instandhaltung und Instandsetzung gemeinschaftlich genutzter Flächen und Anlagen auf den Mieter ohne Beschränkung der Höhe nach verstößt gegen § 9 AGBG / § 307 Abs. 1, 2 BGB.“

Mit diesem Urteil bestätigt der BGH zum einen seine ständige Rechtsprechung, nach der die Übertragung der Verpflichtung zur Instandhaltung und Instandsetzung auf einen Mieter und damit die Abweichung vom dem gesetzlichen Leitbild des § 535 BGB zulässig ist, soweit sie sich auf Maßnahmen erstreckt, die

dem Mietgebrauch oder der Risikosphäre des Mieters zuzuordnen sind. Zum anderen stellt der BGH fest, dass die Grenze der zulässigen Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild des § 535 BGB dann erreicht wird, wenn dem Mieter die Erhaltungslast für gemeinsam mit anderen Mietern genutzte Flächen und Anlagen ohne Beschränkung der Höhe nach auferlegt wird. Nach Auffassung des BGH wird der Mieter durch eine solche Regelung unangemessen benachteiligt, weil die Kosten für ihn zum einen nicht überschaubar sind und er zum anderen die Kosten für solche Schäden zu tragen hätte, die von Dritten verursacht wurden, deren Handeln ihm nicht zuzurechnen ist. Der BGH hält in seiner Entscheidung aber auch ausdrücklich fest, dass eine Übertragung der Instandhaltung und Instandsetzung für Gemeinschaftsflächen und gemeinschaftlich genutzte Anlagen zulässig ist, soweit diese in einem zumutbaren Rahmen erfolgt, was bei Vereinbarung einer angemessenen Obergrenze für die Kostentragungspflicht des Mieters der Fall sei.

2.3 Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung einer Betriebspflicht im Einkaufszentrum

Kammergericht Berlin, Beschluss vom 18. Oktober 2004 - 8 U 92/04, NZM 2005, Seite 620.

- „1. Zu den Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung wegen drohender Geschäftsschließung durch den Mieter in einem Einkaufszentrum.*
- 2. Zur Erforderlichkeit der Darlegung konkreten Schadenseintritts für die Annahme eines Verfügungsgrundes.*
- 3. Der Hinweis auf die Beeinträchtigung des Gesamtcharakters des Einkaufszentrums, das von der Vielfalt seiner Angebote von Waren und Dienstleistungen „lebt“, reicht allein nicht aus, um das dringende Interesse am Erlass einer einstweiligen Verfügung zu rechtfertigen.“*

In diesem Beschluss hält das Kammergericht fest, dass der Erlass einer einstweiligen Verfügung bei drohender Geschäftsschließung eines Mieters, der sich mietvertraglich zum Betrieb seines Geschäftes verpflichtet hat, nur dann ausnahmsweise gerechtfertigt ist, wenn der Vermieter darlegt und glaubhaft macht, dass er dringend auf die sofortige Erfüllung seines Leistungsanspruchs angewiesen ist und sonst so erhebliche Nachteile erleiden würde, dass ihm ein Zuwarten oder eine Verweisung auf die spätere Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach Wegfall des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs nicht mehr zumutbar ist. Das Kammergericht weist darauf hin, dass der Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung einer Betreiberpflichtung nur ausnahmsweise in Betracht kommen kann, weil die einstweilige Verfügung mit diesem Inhalt die Hauptsache vorweg nehmen würde, was nur in sehr engen Ausnahmefällen zulässig ist. Im vorliegenden Fall hatte der Antragsteller vorgetragen, dass bei einer Geschäftseinstellung des Beklagten die Möglichkeit einer Nachahmung durch andere Mieter bestehe und dass durch diesen „Dominoeffekt“ eine Schließung des gesamten Einkaufszentrums nicht ausgeschlossen werden könne. Dieser Hinweis auf die Beeinträchtigung des Gesamtcharakters des Einkaufszentrums und des möglichen Dominoeffektes reicht nach Auffassung des Kammergerichtes nicht aus, um das dringende Interesse am Erlass einer einstweiligen Verfügung zu rechtfertigen, weil lediglich Befürchtungen, aber keine konkreten Beeinträchtigungen vorgetragen werden konnten.

3 AUF PARAGRAPHEN GEBAUT – PRIVATES UND ÖFFENTLICHES BAURECHT

3.1 Kein Vergütungsanspruch bei Verwendung von der Leistungsbeschreibung abweichender Materialien

BGH, Beschluss vom 9. Dezember 2004 – VII ZR 357/03 - (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen), BauR 2005, Seite 1173.

„Wenn der Auftraggeber die Auskleidung eines Trinkwasserhochbehälters ausdrücklich mit dem Material „Vandex“ ausgeschrieben hat, der Unternehmer aber, ohne den Auftraggeber zu fragen, das Material „Sakret“ verwendet, kann der Auftraggeber die Leistung als auftraglos gemäß § 2 Nr. 8 VOB/B zurückweisen und deren Beseitigung verlangen.“

Aus § 2 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B ergibt sich die Verpflichtung eines Auftragnehmers, Leistungen, die er unter eigenmächtiger Abweichung vom Auftrag ausführt, auf Verlangen des Auftraggebers auf eigene Kosten zu beseitigen und für die sich hieraus ergebenden Schäden zu haften. Meint der Auftragnehmer, eine bestimmte im Leistungsverzeichnis ausdrücklich vorgesehene Ausführungsart sei nicht geeignet oder führe zu Problemen, hat er hierauf grundsätzlich hinzuweisen, woraufhin der Auftraggeber entscheiden muss, ob weiter nach dem Leistungsverzeichnis verfahren werden soll. In seiner Entscheidung ist der BGH dem Versuch entgegen getreten, im Falle geringfügiger Abweichungen vom Leistungsverzeichnis eine Ausnahme von obiger Systematik zuzulassen. Hat der Auftraggeber in seinem Leistungsverzeichnis klar zum Ausdruck gebracht, welches Material er erwartet, ist der Auftragnehmer ohne vorherige Absprache mit dem Auftraggeber gehindert, sich für eine abweichende Ausführung, sei diese auch nur geringfügig, zu entscheiden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt nur dann in Betracht, wenn bei Einsatz des vorgegebenen Materials eine ordnungsgemäße Leistungserbringung ausgeschlossen gewesen wäre oder der Auftraggeber aus anderen Gründen nachträglich den Austausch des Materials gebilligt hätte. In dem zu entscheidenden Fall waren diese Voraussetzungen jedoch zu verneinen, so dass der Auftragnehmer keine Vergütung für die von ihm eigenmächtig in Abweichung vom Leistungsverzeichnis erbrachte Leistung verlangen konnte.

3.2 Bau-Soll bei Widerspruch zwischen Referenzobjekt und Leistungsverzeichnis

OLG Celle, Urteil vom 29. Oktober 2003 – 7 U 11/02 - (rechtskräftig durch Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 9. Dezember 2004 - VII ZR 331/93 -), BauR 2005, Seite 1333.

„Bei der Feststellung des mit einem Pauschalpreis abgegoltenen Bau-Solls gehen die spezielleren Angaben des Leistungsverzeichnisses einem als Standard vereinbarten Referenzobjekt vor.“

Die Parteien hatten einen Generalunternehmervertrag geschlossen, wonach der Auftragnehmer eine Elektroinstallation auf der Grundlage der Ausstattung in einem Referenzobjekt schuldete. Darüber hinaus existierte eine Baubeschreibung, die unstreitig Gegenstand des Generalunternehmervertrages geworden war und die gegenüber dem Referenzobjekt teils wesentlich erhöhte Anforderungen festlegte. Der Auftragnehmer berief sich darauf, tatsächlich hätten sich die Parteien dahingehend einigen wollen, dass die Anforderungen des Referenzobjekts vorrangig gelten. Mit diesem Einwand konnte sich der Auftragnehmer allerdings nicht durchsetzen. Das OLG Celle ging davon aus, dass der Generalunternehmervertrag einschließlich Baubeschreibung gemäß § 416 ZPO die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der abgegebenen Willenserklärungen beider Parteien in sich trage. Es könne daher nicht festgestellt werden, dass die Baubeschreibung nicht in der formulierten Form vereinbart worden sei oder im nachhinein durch den Standard des Referenzobjektes hätte abgesenkt werden sollen.

3.3 Nachbesserungsrecht des Unternehmers trotz Verzuges

OLG Hamm, Urteil vom 3. Dezember 2004 – 19 U 93/04 - (rechtskräftig), BauR 2005, Seite 1190.

- „1. *Der Werkunternehmer verliert beim BGB-Werkvertrag nicht allein aufgrund seines Verzuges mit der Mangelbeseitigung das Recht, die Nachbesserungen selbst vorzunehmen. Der Annahme eines Angebots zur Mangelbeseitigung durch den Auftraggeber bedarf es nicht (entgegen BGH, BauR 2003, 693; 2004, 501).*
2. *In besonders gelagerten Einzelfällen kann der Werkunternehmer unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben das Recht zur Nachbesserung verlieren.“*

Das OLG Hamm hat sich in seinem Urteil kritisch mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Mangelbeseitigungsrecht des Auftragnehmers auseinandergesetzt. Während der Bundesgerichtshof - für VOB- und BGB-Verträge gleichermaßen - das Mangelbeseitigungsrecht des Auftragnehmers schon mit Ablauf der vom Auftraggeber gesetzten Frist entfallen lässt, will das OLG Hamm das Recht des Auftragnehmers zur Mangelbeseitigung genauso behandeln wie den Mangelbeseitigungsanspruch des Auftraggebers, der gemäß § 634 Abs. 1 Satz 3 Hs. 2 BGB a.F. erst nach Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung und Ablauf der gesetzten Frist erlischt. Das OLG Hamm sieht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes einen Widerspruch zur Systematik des Gesetzes. Weder das Werkvertragsrecht noch das BGB im Allgemeinen sähen als normierte Rechtsfolge des Verzugs den Verlust des Leistungsrechts des Schuldners vor. Der Auftraggeber habe es in der Hand, durch Schaffung der weiteren Voraussetzungen - Übergang zu den Gewährleistungsrechten - das Mängelbeseitigungsrecht des Schuldners untergehen zu lassen. Im Übrigen sei seit langem anerkannt, dass der Auftragnehmer unter Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben aus § 242 BGB sein Nachbesserungsrecht verlieren könne, wenn die weitere Nachbesserung durch ihn für den Auftraggeber unzumutbar sei.

Die Bedeutung der Entscheidung des OLG Hamm wird dadurch relativiert, dass nach der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Neuregelung des Werkvertragsrechts - wie auch bei einem VOB-Vertrag - das OLG Hamm künftig der vom Bundesgerichtshof vorgegebenen Linie folgen müsste, da danach der bloße Ablauf der gesetzten Frist zum Übergang auf Gewährleistungsansprüche reicht, ohne dass noch eine Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung vorgesehen ist.

3.4 Öffnung von Bauteilen durch den Sachverständigen

OLG Celle, Beschluss vom 8. Februar 2005 – 7 W 147/04 – (rechtskräftig), BauR 2005, Seite 1358.

„Der vom Gericht zur Beantwortung einer bestimmten Beweisfrage bestellte Sachverständige hat gemäß § 407 Abs. 1 ZPO unter den dort genannten Voraussetzungen das geforderte Gutachten zu erstatten. Ist dafür notwendig, Bauteile zu öffnen, hat der Sachverständige dies auszuführen, ggf. unter Heranziehung von Dritten.“

Im zu entscheidenden Fall hatte es ein Sachverständiger abgelehnt, ohne ausdrückliche Weisung des Gerichts für die Feststellung der Ursache von Feuchtigkeitsschäden eine erforderliche Bauteilöffnung vorzunehmen. Hintergrund dieser Entscheidung ist, dass teils Literatur und Rechtsprechung die Auffassung vertreten, ein Gericht sei grundsätzlich nicht verpflichtet, einen Sachverständigen gegen seinen Willen anzuweisen, die zur Herstellung von Bauteilöffnungen erforderlichen Werkverträge abzuschließen. Dieser Auffassung hat sich das OLG Celle nicht angeschlossen, sondern klargestellt, dass ein Gericht befugt ist, gemäß § 404 a Abs. 1 ZPO einem Sachverständigen die Weisung zu erteilen, sämtliche für eine Bauteilöffnung erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Der Sachverständige habe grundsätzlich in eigener Verantwortung das Gutachten zu erstatten und die hierfür erforderlichen Voraussetzungen zu schaffen. Die durch die möglicherweise notwendige Einschaltung eines Handwerksbetriebes entstehenden Risiken seien auch nicht unzumutbar. Zum einen bestünden vertragliche Schadensersatzansprüche, die der Sachverständige ggf. an den Geschädigten abtreten könne. Zum anderen sei es Aufgabe des Sachverständigen, den von ihm hinzugezogenen Dritten bei der Durchführung seiner Arbeiten zu überwachen. Überdies stehe es ihm frei, den Vertrag nur unter gleichzeitiger Stellung einer Vertragserfüllungs- und/oder Gewähr-

leistungsbürgschaft abzuschließen sowie darauf zu achten, dass der Dritte über eine ausreichende Haftpflichtversicherung verfügt. Die Entscheidung ist im Ergebnis zu begrüßen, da der geschädigte Auftraggeber nicht zusätzlich dadurch bestraft werden darf, dass die Feststellung der vom Auftragnehmer verursachten Mängel besondere Schwierigkeiten verursacht und deshalb eine Anspruchsdurchsetzung bereits an den allgemeinen Beweislastregeln scheitert.

3.5 Bau-Soll bei Großbauvorhaben ohne fertige Objekt-Ausführungsplanung bei Vertragsabschluss und späteren Ergänzungen

Kammergericht, Urteil vom 14. Januar 2005 - 7 U 30/03 - (nicht rechtskräftig) BauR, Seite 1179.

„Es resultiert aus der Natur von Großbauvorhaben (hier Hauptbahnhof/Lehrter Bahnhof in Berlin), dass die Ausführungsplanung Rohbau entsprechend dem sich entwickelnden Stand der Planung des Objektplaners weiterentwickelt und angepasst werden muss. Dies sowie der weitere Umstand, dass in der Anfangsphase der Ausführung derartiger Großvorhaben keine fertige Objektausführungsplanung vorliegen kann, ist für den Auftragnehmer bei Vertragsabschluss un schwer erkennbar und mithin einzukalkulieren. Mangels eindeutiger gegenteiliger Abreden sind damit alle Ergänzungen, Abstimmungen und Korrekturen der Tragwerksplanung ebenso geschuldet, wie auch solche Änderungen, die aus den Planungen der weiteren Fachplaner resultieren. Eine etwaige Grauzone geht zu Lasten des Auftragnehmers.“

Die Entscheidung ist für sämtliche Projekte von Bedeutung, bei denen zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe die Objektplanung mit Kenntnis des Auftragnehmers noch nicht abgeschlossen ist. Generalunternehmer sehen sich immer wieder der Forderung des Auftraggebers ausgesetzt, Änderungen der Ausführungsplanung ohne Anspruch auf gesonderte Vergütung berücksichtigen zu müssen. Für derartige Konstellationen vertritt das Kammergericht die Auffassung, dass der Auftragnehmer damit rechnen müsse, dass es zu Änderungen im Bereich der Fachplanung komme, die - wie hier im streitigen Fall - eine Änderung der Statik mit sich brächten. Soweit die Parteien eines Bauvertrages keine eindeutigen Regelungen zur Fortschreibung und Änderung der Ausführungsplanung getroffen hätten, gehe, so das Kammergericht, eine daraus resultierende „Grauzone“ zu Lasten des Auftragnehmers. Diese Einschätzung dürfte jedenfalls dann richtig sein, wenn der Auftragnehmer mit diesen Planungsänderungen rechnen muss und diese dazu dienen, die bei Beauftragung des Auftragnehmers erkennbaren Planungsziele zu realisieren. Auf der anderen Seite muss der Auftragnehmer nicht mit Änderungen der Planung rechnen, die diese Planungsziele modifizieren.

3.6 Ausschluss von Einzelhandelsnutzung im Bebauungsplan

VGH Mannheim, Urteil vom 28. Januar 2005 – 8 S 2831/03 IBR 2005, Seite 447.

- „1. Der bauplanerische Ausschluss einzelner Nutzungsarten ist nur dann städtebaulich gerechtfertigt, wenn er anhand eines schlüssigen Plankonzepts auf seine Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit überprüft werden kann.*
- 2. Daran fehlt es, wenn für die Differenzierung zwischen ausgeschlossenen und zugelassenen Nutzungsarten keine nachvollziehbaren, städtebaulichen Gründe erkennbar sind (hier: Ausschluss des Einzelhandels zur „Aufwertung“ des Gewerbegebiets bei gleichzeitiger Zulassung von Vergnügungsstätten, Tankstellen und Kfz-Handel).“*

In diesem Rechtsstreit hatte ein Grundstückseigentümer eine Genehmigung für die Errichtung eines Lebensmittelmarktes mit einer Verkaufsfläche von etwa 700 m² beantragt. Dies stand im Einklang mit dem im Zeitpunkt der Antragstellung geltenden Bebauungsplan. Der Gemeinderat wollte die Ansiedlung des Marktes jedoch verhindern und beschloss einen Änderungsbebauungsplan. Danach sollte das betreffende

Gebiet zwar - wie bisher - als Gewerbegebiet ausgewiesen werden. Zugelassen waren jedoch nur Geschäfts- sowie Büro- und Verwaltungsgebäude und ausnahmsweise Vergnügungsstätten, Tankstellen und Kfz-Handel. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass der Ausschluss von Einzelhandelsbetrieben zu einer Aufwertung des Gebietes durch eine höherwertige gewerbliche Nutzung führen sollte. Der Verwaltungsgerichtshof erklärte dies für unwirksam. Zwar können gemäß § 1 Abs. 5 BauNVO bestimmte Nutzungsarten im Bebauungsplan ausgeschlossen werden. Dies steht jedoch nicht im planerischen Belieben der Gemeinde. Vielmehr bedarf es stets einer städtebaulichen Rechtfertigung, der ein schlüssiges Plankonzept zugrunde liegt. Vorliegend war ein solches Konzept nach Einschätzung des Gerichts nicht zu erkennen, da die getroffene Differenzierung zwischen dem Ausschluss des Einzelhandels einerseits und der Zulassung sonstiger Nutzungen andererseits nicht nachvollziehbar war. Dem Ziel der Aufwertung des Gebiets für hochwertige, arbeitsplatzintensive Gewerbebetriebe kann auch die (zugelassene) Nutzung durch Vergnügungsstätten, Tankstellen oder Kfz-Handel entgegen stehen. Die vorliegende Entscheidung zeigt, dass den Gemeinden zwar grundsätzlich ein großer Spielraum für eine eigenständige Städtebaupolitik eingeräumt wird, ihnen jedoch auch Grenzen gesetzt sind.

3.7 Anpassungsmöglichkeiten bei einem öffentlich-rechtlichen Vertrag

BVerwG, Beschluss vom 10. Mai 2005 – 4 B 24.05, IBR 2005, Seite 401.

- „1. *Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag kann angepasst werden, wenn sich die Verhältnisse, die für die Entstehung des Vertragsverhältnisses maßgebend sind, seit Abschluss des Vertrages so wesentlich verändert haben, dass das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht zuzumuten ist.*
2. *Eine solche Änderung der Verhältnisse liegt nicht vor, wenn die Kosten entgegen der ursprünglichen Planung mehr als das Doppelte der vereinbarten Ablösesumme betragen.*
3. *Bei der Gesamtwürdigung ist auch zu berücksichtigen, ob ein Partner der Vereinbarung die Veränderung der Verhältnisse selbst zu vertreten hat.*
4. *Ist seit Abschluss der Vereinbarung eine wesentliche Änderung der Geschäftsgrundlage eingetreten, kann die Stadt dies dem Erfüllungsverlangen des Bauherrn entgegenhalten, wenn sie ihrerseits ein zumutbares Anpassungsverlangen unterbreitet.“*

In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall wurde in einem Sanierungsgebiet ein Wohn- und Geschäftshaus errichtet. Da die notwendigen Stellplätze nicht auf dem Grundstück nachgewiesen werden konnten, verpflichtete sich die Stadt, dem Bauherrn gegen Zahlung eines Ablösebetrages innerhalb von zehn Jahren Stellplätze auf einem nahe gelegenen Platz zur Verfügung zu stellen. Die Stadt war seinerzeit in Verhandlungen mit einem Investor, der dort ein größeres Objekt mit einer Tiefgarage errichten wollte, in der die notwendigen Stellplätze geschaffen werden sollten. Dieses Objekt zerschlug sich. Nach Ablauf der Zehnjahresfrist verlangte der Kläger die Bereitstellung der Stellplätze. Die Stadt hielt dem entgegen, die Kosten seien wesentlich gestiegen und das Objekt auf dem Platz sei aufgegeben worden. Sie bot dem Bauherrn die Stellplätze in einem weiter entfernt liegenden, älteren und sanierten Parkhaus an.

Das Bundesverwaltungsgericht gab der Klage statt. Das Gericht führte zur Begründung aus, dass sich die Stadt nicht auf gestiegene Kosten berufen könne, denn der Ablösebetrag sei gerade unabhängig von den tatsächlichen Kosten festgesetzt worden. Die Stadt habe damit das Risiko der Ungewissheit der Baukosten bewusst übernommen. Zwar sei bei der Beurteilung der Frage, ob den Vertragspartnern das Festhalten am Vertrag zuzumuten ist, auch zu berücksichtigen, ob ein Partner die Veränderung der Verhältnisse, hier die Nichterrichtung der Tiefgarage auf dem Platz und statt dessen die Sanierung des Parkhauses, selbst zu vertreten habe. Da jedoch die notwendigen Stellplätze des Bauherrn auch in dem sanierten Parkhaus un-

tergebracht werden können, bestand – so das Bundesverwaltungsgericht – kein öffentliches Interesse mehr, eine Tiefgarage unter dem Platz zu errichten. Allerdings habe die Stadt kein zumutbares Anpassungsverlangen unterbreitet, da das Parkhaus vom Baugrundstück weiter entfernt liege und eine sanierte Anlage einem Neubau nicht gleichkomme. Aus diesem Grunde sei das Angebot der Stadt unzumutbar. Dies wäre nicht der Fall, wenn es mit einer spürbaren Veränderung der ursprünglich vereinbarten Gegenleistung verbunden wäre.

3.8 Darf ein Investor auf Parkraumkonzept der Behörde vertrauen?

OLG Dresden, Urteil vom 27. April 2005 – 6 U 628/04, IBR 2005, Seite 403.

- „1. Eine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit der eine Auskunft erteilenden Behörde kommt nur in Betracht, wenn und soweit der Auskunft suchende Bürger auf die Richtigkeit der Auskunft vertrauen durfte.“*
- 2. Allein aus einem vorgelegten Parkraumkonzept darf ein Investor kein verlässliches Vertrauen dahin schöpfen, dass sich auch in Zukunft keine Veränderungen ergeben. Ein Konzept ist keine verbindliche Planung. Auch ist die Stadt grundsätzlich nicht gehindert, etwaige Planungsabsichten zu ändern. Der Investor hätte vielmehr konkret danach fragen und sich schriftlich – und damit verbindlich – die Umsetzung des Parkraumkonzeptes zusichern lassen müssen.“*

In dem zu entscheidenden Fall machte der Investor einer Tiefgarage Schadensersatzansprüche gegen eine Gemeinde geltend, weil diese ihn nicht darüber aufgeklärt habe, dass abweichend von dem mitgeteilten Parkraumkonzept eine zusätzliche Tiefgarage zugelassen werde. Das OLG verneinte einen Amtshaftungsanspruch, da weder eine Zusicherung vorliege, noch eine fehlerhafte Auskunft erteilt worden sei. Eine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit der eine Auskunft erteilenden Behörde komme – so das OLG – nur in Betracht, wenn und soweit der Auskunft suchende Bürger auf die Richtigkeit der Auskunft vertrauen durfte. Dies sei vorliegend nicht der Fall, da die Gemeinde ihr Park- und Verkehrskonzept lediglich erläutert habe. Ein Konzept enthalte seinem Charakter entsprechend noch keine bindende Aussage, sondern lediglich eine momentane Vorstellung. Mit dieser Entscheidung untermauert das OLG, dass Amtshaftungsansprüche zusätzlich zur Fehlerhaftigkeit der Auskunft voraussetzen, dass die falsche Auskunft eine ausreichende „Verlässlichkeitsgrundlage“ für Aufwendungen des Geschädigten bildet.

3.9 Ausschluss zivilrechtlicher Ansprüche wegen Lärmimmissionen sowohl bei durchgeführtem als auch bei fingiertem Planfeststellungsverfahren nach LuftVG

BGH, Urteil vom 10. Dezember 2004 – V ZR 72/04, ZfIR 2005, Seite 521.

- „1. Ist ein Planfeststellungsverfahren nach §§ 8, 9, 10 LuftVG durchgeführt worden, kommt ein zivilrechtlicher Entschädigungsanspruch nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB wegen Lärmbelästigungen grundsätzlich nicht in Betracht.“*
- 2. Wird eine Planfeststellung nach § 71 Abs. 2 Satz 1 LuftVG fingiert, gilt dasselbe. Dem von Lärmimmissionen Betroffenen steht in solchen Fällen Rechtschutz in entsprechender Anwendung des § 75 Abs. 2 VwVfG zu Gebote.“*
- 3. Die Sperrwirkung der Regelungen des Planfeststellungsverfahrens gilt nicht nur für den Anspruch auf Erstattung der Kosten für passive Schallschutzmaßnahmen, sondern auch für Ansprüche auf Ausgleich eines verbleibenden Minderwerts des Grundstücks.“*
- 4. Bei der Beurteilung, ob Fluglärm eine wesentliche Beeinträchtigung im Sinne des § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB bedeutet, ist der Tatrichter auf eine Würdigung aller die Lärmimmissi-*

sionen charakterisierenden Umstände angewiesen. Die Vorschriften des Fluglärmmgesetzes, der TA-Lärm und der Verkehrslärmschutzverordnung (16. BImSchV) stellen keine Normen im Sinne des § 906 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB dar; von den dort geregelten Grenzwerten geht daher keine Indizwirkung aus, sie können aber bei der Gesamtwürdigung als Entscheidungshilfe Berücksichtigung finden. “

Im Wesentlichen befasst sich das Urteil des BGH mit dem Verhältnis von § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB und der luftverkehrsrechtlichen Planfeststellung bzw. der fingierten Planfeststellung nach § 71 Abs. 2 Satz 1 LuftVG. Der Senat leitet her, dass das luftverkehrsrechtliche Planfeststellungsverfahren ein spezifisches Verfahren des öffentlichen Rechts sei, das hinreichende Rechtsschutzmöglichkeiten vorsieht. Diese entsprächen in Inhalt und Wirkrahmen dem Anspruch aus § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB. Für einen zivilrechtlichen Entschädigungsanspruch bestehe deshalb kein Raum mehr. Anspruchsteller werden damit vom BGH darauf verwiesen, einen zumutbaren Rechtsbehelf auf Primärrechtsschutz einzulegen. Wird dies unterlassen, besteht auch kein zivilrechtlicher Anspruch mehr. Wie der BGH in der vorliegenden Entscheidung ausführt, gilt dieser Grundsatz auch für die Fälle, in denen kein Planfeststellungsverfahren durchgeführt worden ist, soweit die Voraussetzungen für die Fiktion des § 71 Abs. 2 LuftVG gegeben sind. Nur wenn auch dies nicht der Fall ist, kommt noch ein Anspruch aus § 906 BGB in Betracht.

3.10 Pflicht der Stadt zum Hinweis auf drohende Veränderungssperre gegenüber Inhaber einer Baugenehmigung

BGH, Urteil vom 3. März 2005 – III ZR 186/04, ZfIR 2005, Seite 588.

„Die Bediensteten einer kreisfreien Stadt haben den Inhaber einer Baugenehmigung für ein in einem potentiellen Planungsgebiet gelegenes Grundstück auf den drohenden Eintritt einer Veränderungssperre gemäß § 9 a Abs. 3 Satz 4 i.V.m. Abs. 1 FStrG hinzuweisen, wenn die Stadt nach § 9 a Abs. 3 Satz 2 FStrG gehört wird und mit der Baumaßnahmen noch nicht begonnen worden ist.“

Im vorliegenden Fall nahm die Klägerin die Beklagte Landeshauptstadt aus Amtshaftung wegen unzureichender Unterrichtung über die Festlegung eines Planungsgebietes nach dem Bundesfernstraßengesetz und die Vorbereitungen dazu in Anspruch. Die Klägerin beabsichtigte die Bebauung von in ihrem Eigentum stehenden Flurstücken. In diesem Zusammenhang wurde ihr von der Bauaufsicht der Beklagten ein positiver Bauvorbescheid erteilt. Weiterhin beantragte die Klägerin eine Baugenehmigung entsprechend dem Inhalt des positiven Bauvorbescheids. Die zu bebauenden Parzellen lagen in der Nähe einer künftigen Bundesautobahn. Das staatliche Autobahnamt Sachsen plante den Bau einer Anschlussstelle, durch die im Ergebnis die Grundstücke der Klägerin tangiert wurden. Das Autobahnamt übersandte dem Stadtplanungsamt der Beklagten die Durchschrift eines Schreibens, mit dem einer anderen kommunalen Körperschaft nach § 9 a Abs. 3 Satz 2 FStrG Gelegenheit zur Stellungnahme zur beabsichtigten Festlegung eines Planungsgebietes gewährt wurde. Der Beklagten wurde hiervon „informell“ Kenntnis gegeben und eine Erklärung „außerhalb des Verfahrens“ anheim gestellt. Wenig später wurde der Klägerin die beantragte Baugenehmigung erteilt. Nachdem das Regierungspräsidium Dresden eine Rechtsverordnung über die Festlegung eines Fernstraßenplanungsgebietes, in das auch die Grundstücke der Klägerin einbezogen waren, erließ, verfügte die Bauaufsichtsbehörde gegenüber der Klägerin im Hinblick auf die Festlegung des Planungsgebietes einen Baustop. Die Klägerin versuchte vergeblich eine Ausnahmegenehmigung gemäß § 9 a Abs. 5 FStrG für die Fortführung ihres Bauvorhabens zu erlangen. Widerspruch und Klage gegen die Versagung der Ausnahmegenehmigung blieben erfolglos. Die Klägerin veräußerte schließlich die Flurstücke an die Bundesrepublik Deutschland und erhielt eine Entschädigung nach dem Bundesfernstraßengesetz. Der BGH entschied im vorliegenden Fall, dass der Klägerin zudem gemäß § 839 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 34 Abs. 1 GG wegen Verletzung einer Hinweispflicht auch ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zusteht. Dazu führte der BGH aus, dass die Bediensteten der Beklagten die Pflicht treffe, zu dem Zeitpunkt, in dem sie gegenüber dem Autobahnamt die Stellungnahme zu der

beabsichtigten Festlegung das Planungsgebiet abzugeben hatten, die Klägerin auf die Möglichkeit hinzuweisen, dass ihre Grundstücke von einer Veränderungssperre nach § 9 a Abs. 3 Satz 4 i.V.m. Abs. 1 FStrG betroffen werden könnten. Zwar bestand zu dieser Zeit keine besondere auf gesetzlichen Bestimmungen beruhende Hinweispflicht, nach Ansicht des BGH war die Beklagte aber nach allgemeinen Grundsätzen gehalten, der Klägerin die Gefahr des Eintritts einer Veränderungssperre aufzuzeigen. Gegen diese Pflichten hätten die Bediensteten der Beklagten fahrlässig verstoßen und so einen Vermögensschaden der Klägerin herbeigeführt.

4 STEUERN UND KEIN ENDE

Neues zur Geschäftsveräußerung

BFH, Urteil vom 24. Februar 2005, V R 45/02, DStR 2005, Seite 1226 f.

„Eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen i. S. des § 1 Abs. 1 a UStG setzt voraus, dass der Erwerber die wirtschaftliche Tätigkeit des Veräußerers fortführen kann.

Zu den dinglichen Nutzungsrechten, deren Bestellung nach § 4 Nr. 12 Buchst. c UStG von der Umsatzsteuer befreit ist, gehört die Grunddienstbarkeit i. S. der §§ 1018 ff. BGB, wenn der Nutzungsberechtigte - vergleichbar einem Eigentümer - Unbefugte von der Nutzung ausschließen kann.“

Die Entscheidung des BFH erleichtert die umsatzsteuerrechtliche Beurteilung des Erwerbs von Projektentwicklungen ganz erheblich und schafft somit endlich Rechtssicherheit in einem äußerst wichtigen Bereich der gewerblichen Immobilientransaktionen. Zugrunde liegt der Entscheidung die Veräußerung eines zu diesem Zeitpunkt noch im Bau befindlichen Projekts durch eine mit dem Ziel gegründete Gesellschaft, ein unbebautes Grundstück zu erwerben, dieses mit einem Büro- und Wohngebäude zu bebauen, die Wohn- und Gewerbeeinheiten zu vermieten und das Grundstück anschließend zu veräußern. Diese Veräußerung erfolgte dann auch tatsächlich noch kurz vor der Gesamtfertigstellung des Projekts; lediglich von einem Mieter vereinnahmte die Verkäuferin für einen Monat Mietzahlungen.

Der Bundesfinanzhof bestätigt zunächst seinen Beschluss vom 1. April 2004 (V B 112/03), wonach es nicht ernstlich zweifelhaft sei, dass bei der Veräußerung verpachteter oder vermieteter Immobilien unter Fortführung der Pacht-/Mietverträge durch den Erwerber eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen i. S. des § 1 Abs. 1 a UStG vorliegen kann. In dem jetzt entschiedenen Fall verweist der BFH jedoch darauf, dass die Erwerberin des Projekts mit dem erworbenen Grundstück die selbständige wirtschaftliche Tätigkeit der Verkäuferin nicht habe fortführen können; letztere habe nämlich kein Vermietungsunternehmen betrieben, d. h. keine nachhaltige Vermietung als Gegenstand ihrer unternehmerischen Tätigkeit beabsichtigt. Vielmehr sei es dieser darauf angekommen, das Gebäude zu errichten und Mieter für einzelne Mieteinheiten zu finden, um eine möglichst lukrative Veräußerung zu gewährleisten; sie habe damit ein auf ein Großprojekt beschränktes Bauträgerunternehmen betrieben, das die Erwerberin nicht habe fortführen können, weil es mit Errichtung, Vermietung und Verkauf abgeschlossen gewesen sei.

Mit dieser Abgrenzung des Erwerbs eines ggf. schon vermieteten, aber noch fertig zu stellenden Bauvorhabens von einem Projektentwickler (grundsätzlich kein Fall des § 1 Abs. 1 a UStG) gegenüber dem Erwerb einer vermieteten Bestandsimmobilie unter Fortführung der Mietverträge (grundsätzlich ein Fall des § 1 Abs. 1 a UStG) schafft der BFH Klarheit in Fällen, deren umsatzsteuerrechtliche Behandlung jedenfalls bis zu der mit Wirkung auf den 1. April 2004 geänderten Regelung zur Abführung der Umsatzsteuer unmittelbar durch den Erwerber an das zuständige Finanzamt auch durch den Wunsch auf Reduzierung der Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer geprägt waren. Soweit in der Vergangenheit in Kaufverträgen für Fälle wie den jetzt vom BFH entschiedenen von einer Geschäftsveräußerung im Gan-

zen ausgegangen wurde, muss mit der Möglichkeit gerechnet werden, dass die Finanzverwaltung derartige Vorgänge - soweit rechtlich noch möglich - noch einmal aufgreift. In aller Regel ist hierfür aber in den entsprechenden Kaufverträgen auch durch hilfsweise ausgeübte Optionen Vorsorge getroffen worden.

In dem zweiten Teil der Entscheidung wird vom BFH klargestellt, dass auch die Einräumung eines Wegerechts durch Grunddienstbarkeit trotz eines Rechts des Eigentümers des belasteten Grundstücks zur Mitbenutzung des Weges eine nach § 4 Nr. 12 c UStG steuerfreie Leistung sei. Unter die durch die Umsatzsteuerrichtlinie der EU vom 17. Mai 1977 geregelten gemeinschaftsrechtlichen Begriffe Vermietung und Verpachtung fallen auch dingliche Nutzungsrechte; es sei nicht erforderlich, dass der Nutzungsberechtigte das Nutzungsrecht allein ausüben kann; es genüge, wenn er - vergleichbar einem Eigentümer - Unbefugte von der Nutzung ausschließen könne.

5 NEUES ZUM BÜRGSCHAFTSRECHT

Keine ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamer Klausel über Austausch eines 5 %-Bareinhalts gegen Bürgschaft auf erstes Anfordern

BGH, Urteil vom 14. April 2005 – VII ZR 56/04, ZfIR 2005, Seite 578.

„Eine vom Besteller gegenüber dem Bauunternehmer verwendete Klausel, nach der ein Bareinbehalt von 5 % der Schlussrechnungssumme auf die Dauer der Gewährleistungsfrist einbehalten wird, der allein durch Bürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden kann, ist unwirksam. Eine ergänzende Vertragsauslegung dahin, dass die Ablösung durch eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft erfolgt, kommt bei der gebotenen objektiv-generalisierenden Betrachtungsweise nicht in Betracht.“

In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall verlangte die Klägerin von der Beklagten die Herausgabe von Bürgschaftsurkunden, die sie aufgrund von Sicherungsvereinbarungen in Bauverträgen übergeben hatte. Diese Sicherungsvereinbarungen waren Teil von verschiedenen Verträgen, in denen sich die Klägerin als Generalunternehmerin verpflichtete, Bauleistungen zu erbringen. Nach diesen Sicherungsvereinbarungen war ein Einbehalt einer unverzinslichen Sicherheitsleistung in Höhe von 5 % der Brutto-Schlussrechnungssumme für die Dauer der Gewährleistungsfrist vereinbart. Der Sicherheitseinbehalt sollte Zug um Zug gegen Vorlage einer unbefristeten, selbstschuldnerischen, unwiderruflichen Gewährleistungsbürgschaft ausgezahlt werden. Die Bürgschaft musste den Verzicht auf Einrede der Vorausklage, der Anfechtbarkeit und Aufrechenbarkeit enthalten und auf erstes Anfordern hin fällig sein. Der BGH hat diese formularmäßige Sicherungsvereinbarung für unwirksam erklärt, weil sie die Klägerin unangemessen benachteilige. Auch eine ergänzende Vertragsauslegung dahin, dass der Auftragnehmer berechtigt sei, den Sicherheitseinbehalt durch eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft abzulösen, komme nicht in Betracht. Diese ergänzende Vertragsauslegung verbiete sich im Hinblick auf die vielfältigen Möglichkeiten einer Sicherung des Auftragsgebers, wie sie insbesondere durch § 17 VOB/B vorgegeben seien und auch in der Praxis verwendet würden. Unerheblich sei auch die Behauptung der Beklagten, die Vertragsparteien hätten in Kenntnis der Unwirksamkeit der Sicherungsabrede eine Ablösung durch selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft vereinbart. Die ergänzende Vertragsauslegung, die durch eine Vertragslücke infolge einer unwirksamen allgemeinen Geschäftsbedingung veranlasst sei, habe sich an einem objektiv-generalisierenden Maßstab zu orientieren, der am Willen und Interesse der typischerweise beteiligten Verkehrskreise ausgerichtet sein müsse. Dabei könne dahinstehen, inwieweit dieser Maßstab die Behauptung erlaube, die Vertragsparteien hätten den Vertrag mit einem bestimmten anderen Inhalt geschlossen, wenn sie die Unwirksamkeit gekannt hätten. Diese Behauptung sei jedenfalls ohne konkrete Umstände, die zu einer abweichenden Beurteilung führen könnten, spekulativ und nicht berücksichtigungsfähig.

6 SONSTIGES

6.1 Heranziehung zu Sanierungsmaßnahmen

VGH München, Beschluss vom 29. November 2004 – 22 CS 04.2701, NJW-RR 2005, Seite 829 ff.

„Der nach § 128 HGB haftende Gesellschafter einer OHG, die eine Altlast verursacht hat, kann wegen der insoweit abschließenden Regelung im Bundes-Bodenschutzgesetz nicht unmittelbar zu Sanierungsmaßnahmen herangezogen werden.“

Hier wandte sich der Antragsteller gegen eine für sofort vollziehbar erklärte bodenschutzrechtliche Anordnung, durch die er verpflichtet wurde, im Bereich einer behördlich festgestellten Altlast bestimmte Maßnahmen zur Detailuntersuchung der bestehenden Boden- und Grundwasserverunreinigungen durchführen zu lassen. Die Verunreinigungen wurden von einer OHG verursacht, deren (nicht geschäftsführender) Gesellschafter der Antragsteller zeitweilig gewesen war. Nach Auffassung der beklagten Behörde war neben der Rechtsnachfolgerin der Verursacherin auch der Antragsteller als (ehemaliger) persönlich haftender Gesellschafter der OHG mit zu verpflichten, da er gemäß §§ 28 Abs. 3, 26, 128, 159 f. HGB für die Verbindlichkeiten der OHG auf die Dauer von fünf Jahren nach seinem Ausscheiden bzw. dem Erlöschen der OHG eintreten müsse. Dies wurde vom VGH München jedoch zurückgewiesen. Die bloße Bezugnahme auf die im Handelsgesetzbuch normierten Grundsätze über die Haftung des (früheren) OHG-Gesellschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten reiche nicht aus, um eine spezifisch ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit des Antragstellers nach dem Bundes-Bodenschutzgesetz zu begründen. Es sei schon fraglich, ob die aus der Verursachung einer Altlast erwachsende, mit dem Inkrafttreten des Bundes-Bodenschutzgesetzes (1. März 1999) erstmals bundesrechtlich normierte Sanierungspflicht als eine „Verbindlichkeit“ der OHG anzusehen sei, für die ein Gesellschafter nach § 128 HGB mit seinem privaten Vermögen haften müsse. Dies bedürfe aber letztlich keiner Entscheidung. Schon aus der Entstehungsgeschichte und dem Regelungszusammenhang des Bundes-Bodenschutzgesetzes ergebe sich nämlich, dass der Kreis der als sanierungspflichtig bezeichneten Personen (§ 4 Abs. 3, Abs. 6 BBodSchG) nicht durch einen Rückgriff auf § 128 HGB erweitert werden könne. Durch das Bundes-Bodenschutzgesetz sollten die bis dahin nach allgemeinem Sicherheitsrecht bestehenden Unklarheiten aufgelöst und verbleibende Regelungslücken bei der Heranziehung der Verantwortlichen geschlossen werden. Nach dem Willen des Gesetzgebers sei die ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit für Altlasten im Bundes-Bodenschutzgesetz abschließend regelt. § 4 Abs. 3 Satz 4 BBodSchG regelt nach dessen klarem Wortlaut von vornherein nur solche Fälle, in denen eine juristische Person (als AG, GmbH etc.) als Inhaberin eines belasteten Grundstücks und damit in der Rolle als Zustandsstörerin sanierungspflichtig sei. Bei einer Personengesellschaft (OHG, KG etc.), die wie im vorliegenden Rechtsstreit als Verursacherin einer Altlast und damit als Verhaltensstörerin sanierungspflichtig ist, scheide die in § 4 Abs. 3 Satz 4 BBodSchG vorgesehene Haftungserweiterung auf einstandspflichtige Gesellschafter damit von vornherein aus. Auch könne diese Vorschrift nicht als gesetzlicher Ausdruck eines ungeschriebenen allgemeinen Grundsatzes der bodenschutzrechtlichen Heranziehung zivilrechtlich haftender Personen verstanden werden. Zudem hätte eine eventuelle Absicht des Gesetzgebers, die Haftung von OHG- oder KG-Gesellschaftern nach § 128 HGB als Grundlage für bodenschutzrechtliche Anordnungen ausreichen zu lassen, schon aufgrund allgemeiner rechtsstaatlicher Erfordernisse im Gesetz sehr viel deutlicher zum Ausdruck kommen müssen. Die Inanspruchnahme durch die Verwaltung bedarf wegen ihres Eingriffscharakters grundsätzlich einer hinreichend bestimmten öffentlich-rechtlichen Gesetzesgrundlage. Nach derzeit geltenden Grundsätzen hat auch ein nach § 128 HGB haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft, die eine Altlast verursacht hat, folglich nicht zu befürchten, für die Altlasten verantwortlich gemacht zu werden.

6.2 Heilungswirkung der Grundbucheintragung bei Verstößen gegen das GWB

BGBI I / 2005, S. 2114 ff.

Am 13. Juli 2005 ist eine Neufassung des § 41 Abs. 1 Satz 3 GWB in Kraft getreten, aufgrund derer ein Grundstückskaufvertrag unter Einschluss der damit bezweckten Eigentumsänderung abweichend von der bisherigen Regelung des § 41 GWB mit Eintragung der Eigentumsänderung im Grundbuch wirksam wird, auch wenn eine Anmeldung beim Bundeskartellamt unterblieben bzw. eine Freigabe / Nichtunter-sagung nicht erfolgt ist.

Die Pflicht zur Anmeldung von Grundstückstransaktionen beim Bundeskartellamt auch dann, wenn es sich nicht um den Erwerb von Beteiligungen an einer Grundstücksgesellschaft, sondern um einen Direkt-erwerb der Immobilie handelt, ist in der Vergangenheit vielfach übersehen worden (vgl. zuletzt ImmoInfo 01/2005, Seite 27). Auf Anregung der Bundesnotarkammer, die mit Recht über die damit verbundenen Risiken und die Einschränkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs besorgt war, ist in die am 13. Juli 2005 in Kraft getretene Änderung des Kartellgesetzes folgende Vorschrift als § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB aufgenommen worden:

„Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind unwirksam. Dies gilt nicht für Verträge über Grundstücksgeschäfte, sobald sie durch Eintragung in das Grundbuch rechtswirksam ge-worden sind, sowie für Verträge über die Umwandlung, Eingliederung oder Gründung eines Un-ternehmens und für Unternehmensverträge im Sinne der §§ 291 und 292 des Aktiengesetzes, so-bald sie durch Eintragung in das zuständige Register rechtswirksam geworden sind.“

Es bleibt jedoch bei der Anmeldepflicht als solcher bei Vorliegen entsprechender Voraussetzungen (vgl. ImmoInfo 01/2005, Seite 27) und der Ahndung von Verstößen durch Bußgeld. Nicht ausdrücklich gere-gelt ist die Behandlung von Altfällen, d. h. von Erwerbsvorgängen vor dem 13. Juli 2005. Von der Inten-tion des Gesetzgebers her bedurften diese mit Sicherheit zahlreichen Fälle eher einer Regelung als zu-künftige Verstöße, weil inzwischen das Problembewusstsein der beteiligten Rechtskreise ein ganz anderes ist als in der Vergangenheit. Es wäre auch geradezu widersinnig, denjenigen mit einer Heilung des Ver-stoßes durch Grundbucheintragung zu belohnen, der den Verstoß heute in voller Absicht begeht, denjen-igen dieser Heilung aber nicht teilhaftig werden zu lassen, der den Verstoß in der Vergangenheit zu einem Zeitpunkt begangen hat, als in den beteiligten Rechtskreisen einschließlich der Notare kaum jemand das Problem geahnt hat. Eine teleologische Auslegung der neuen Vorschrift führt daher zu ihrer Anwendung auch auf Altfälle. Solange diese Frage aber nicht abschließend geklärt ist, empfiehlt sich die vom Bun-deskartellamt angebotene vereinfachte Anmeldung von Altfällen (ImmoInfo 01/2005, Seite 27), zumal das Bußgeldrisiko unverändert fortbesteht.

6.3 Verabschiedung des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes

Die öffentlichen Haushalte stehen unter erheblichem Konsolidierungsdruck. Die Kassen sind leer. Dabei betrifft ein Investitionsstau nahezu alle Bereiche des öffentlichen Lebens. Insbesondere der Ausbau der Verkehrsinfrastruktur, die Sanierung von Schulen, Krankenhäusern und Verwaltungsgebäuden sowie die Modernisierung der Wasser- und Abwasserversorgung tut Not. Dass die öffentlichen Haushalte diese Aufgabe allein bewältigen können, scheint ausgeschlossen. Die Hoffnung ruht auf privaten Investoren. Im Rahmen von public private partnerships/öffentlich privaten Partnerschaften (PPP) sollen private Investo-ren mit der öffentlichen Hand kooperieren, um hoheitliche Aufgaben zu bewältigen.

Kritisiert wurde bislang, dass PPP-Projekte rechtlich benachteiligt sind. Den Versuch, zumindest einige der Nachteile zulasten von PPP zu beseitigen, unternimmt das Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öff-entlich Privaten Partnerschaften (ÖPP-Beschleunigungsgesetz). Das Gesetz wurde am 1. Juli 2005 durch

den Bundestag und am 8. Juli 2005 durch den Bundesrat verabschiedet. Neben weiteren Regelungen und speziell Klarstellungen im Bereich der Finanzierung des Fernstraßenausbaus, trifft das ÖPP-Beschleunigungsgesetz insbesondere folgende Regelungen:

Vorgesehen ist, dass Grund- und Grunderwerbsteuer nicht erhoben werden, wenn im Rahmen eines PPP-Projektes das Eigentum an einem Grundstück übertragen wird, und die öffentliche Zweckbindung des Grundstücks auch nach dem Ende der Projektlaufzeit bestehen bleibt. Die Steuer wurde als Benachteiligung gewertet, weil ein solches Grundstück seine öffentliche Zweckbindung nie verliert und deshalb kein frei verfügbares Eigentum vermittelt.

Des Weiteren soll eingeführt werden, dass der Wirtschaftlichkeitsvergleich zwischen Eigenrealisierung der öffentlichen Hand und PPP Variante auch die Risikoverteilung berücksichtigt. Zugunsten von PPP wird deshalb kalkuliert, wenn der private Investor Risiken übernimmt.

Zentrale Neuerung ist die Umsetzung europarechtlicher Vorgaben durch Einführung des wettbewerblichen Dialogs. Der wettbewerbliche Dialog wird als besonderes Verfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge bezeichnet, das die Vergabe in drei Phasen vorsieht. Phase 1 umfasst den vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb, in dem die Teilnehmer aus dem Kreis der Bewerber ausgewählt werden. Phase 2 umfasst die Dialogphase, in der mit den Teilnehmern die Optimierung der angebotenen Lösungen erarbeitet wird. Phase 3 umfasst die Bietphase, in der die optimierte Lösung ausgeschrieben und der Zuschlag unter den Teilnehmern erteilt wird. Grundsätzlich ist der wettbewerbliche Dialog gerade für PPP-Projekte geeignet. Bislang wurde das enge Korsett des deutschen Vergaberechts kritisiert, weil auszuschreibende Leistungen klar definiert sein müssen. Damit sind die Möglichkeiten, in dem Vergabeverfahren über neue Lösungen zu verhandeln, sehr begrenzt, obwohl es gerade einer der Grundgedanken von PPP ist, die kreativen Lösungen aus der Privatwirtschaft zu suchen. Eine solche Flexibilität in der Verhandlung bietet jetzt die Dialogphase des wettbewerblichen Dialogs. Ob der wettbewerbliche Dialog allerdings zum Regelausschreibungsverfahren für PPP-Projekte wird, wird bezweifelt. Der wettbewerbliche Dialog kommt nämlich nur bei besonders komplexen Aufträgen zur Anwendung. Eine klare Definition, was unter besonderer Komplexität zu verstehen ist, gibt es aber nicht. Damit schafft die Neuerung zunächst eine größere Rechtsunsicherheit. Auch ist nicht geklärt, auf welche Weise die Teilnehmer in der Dialogphase davor geschützt werden, dass andere Teilnehmer von ihren Lösungsvorschlägen und vertraulichen Informationen Kenntnis erlangen. Als besonders problematisch wird vor allem erachtet, dass für das Verfahren kein fester Zeitrahmen vorgegeben wird. Dadurch wird eine Rechts- und Planungssicherheit gerade nicht erreicht. Bezweifelt werden kann auch, dass der wettbewerbliche Dialog zur Senkung der Transaktionskosten führt, denn die Organisation der drei Phasen verlangt sowohl von der öffentlichen Hand als auch von den privaten Investoren einen erheblichen Aufwand. Zwar kann der Erfolg des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes erst nach der Umsetzung der Regelungen endgültig beurteilt werden. Bereits jetzt ist aber die Vermutung gerechtfertigt, dass das ÖPP-Beschleunigungsgesetz einige Nachteile beseitigt, jedoch an der Rechtsunsicherheit und den hohen Transaktionskosten für PPP-Projekte nichts ändert.

7 KOPIEN

Wenn Sie Kopien der hier behandelten Entscheidungen wünschen, wenden Sie sich bitte per E-mail an

(1) Frau Christiane Stock (Christiane.Stock@lw.com)

oder

(2) Frau Annette Wurzer (Annette.Wurzer@lw.com)

ImmoInfo wird von Latham & Watkins LLP für Mandanten und andere Geschäftspartner herausgegeben. Die hierin enthaltenen Informationen dienen nicht als konkreter Rechtsrat. Bei weitergehendem Bedarf an Ausführungen oder Beratung über ein hier dargestelltes Thema wenden Sie sich bitte an einen der unten genannten Rechtsanwälte oder Ihren üblichen Ansprechpartner in unserem Hause.

ImmoInfo is published by Latham & Watkins LLP as a news reporting service to clients and other friends. The information contained in this publication should not be construed as legal advice. Should further analysis or explanation of the subject matter be required, please contact the attorneys listed below or the attorney whom you normally consult.

Latham & Watkins LLP

Dr. Rainer Algermissen
Annette Griesbach
Dr. Antje Hoffmann
Dr. Jürgen Hübner
Dr. Michael Jani
Dr. Anne Caroline Krenz
Dr. Cord Lübke-Detring
Dr. Christoph Priebe
Oliver Reimann
Dr. Stefanie Schreiber
Julia Thünken
Warburgstraße 50
20354 Hamburg
Tel: +49 (40) 41 40 30
Fax: +49 (40) 41 40 31 30

Harald Horstkotte
Dr. Inke Hülsdunk
Prof. Dr. Martin Meissner

Frankfurter Welle
Reuterweg 20
60323 Frankfurt am Main
Tel: +49 (69) 60 62 60 00
Fax: +49 (69) 60 62 60 60

Boston • Brüssel • Chicago • Frankfurt • Hamburg • Hongkong • London • Los Angeles • Mailand • Moskau • New Jersey New York • Northern Virginia • Orange County • Paris • San Diego • San Francisco • Silicon Valley • Singapur • Tokio Washington, D.C.

www.lw.com