

1. Quartal 2011

RECHTSPRECHUNG GESELLSCHAFTSRECHT	BGH: Quotale Haftung von Gesellschaftern geschlossener Immobilienfonds, Urteile vom 08.02.2011 BGH II ZR 243/09 und II ZR 263/09	Herwig Pape	Seite 2
RECHTSPRECHUNG MIETRECHT	BGH: Verwertungskündigung einer Mietwohnung wirksam, Urteil vom 09.02.2011 BGH VIII ZR 155/10	Christoph Hamm Nina Klotz	Seite 4
RECHTSPRECHUNG MAKLERRECHT	OLG Frankfurt: Die Vereinbarung einer pauschalen Aufwandsvergütung von mehr als 40% des Erfolgshonorars in einem Maklervertrag bzgl. eines Sale-&-Lease-Back Geschäftes ist beurkundungsbedürftig, Urteil vom 22.09.2010 OLG Frankfurt 19 U 120/10	Christoph Hamm Nina Klotz	Seite 6
RECHTSPRECHUNG BAURECHT	BGH: Amtshaftung wegen rechtswidriger Versagung der Baugenehmigungen für eine Windkraftanlage, Urteil vom 02.12.2010 BGH III ZR 251/09	Dr. André Turiaux	Seite 8
RECHTSPRECHUNG VERGABERECHT	BGH: S-Bahn-Leistungen müssen ausgeschrieben werden, Beschluss vom 08.02.2011 BGH X ZB 4/10	Manuela Herrmann	Seite 10
PRAXISHINWEIS	BGH X ZB 4/10	Dr. Norbert Huber Manuela Herrmann	Seite 12
WEITERE RECHTSPRECHUNG	Weitere Rechtsprechung im Überblick	Benedikt Lehr	Seite 13

1. Quartal 2011

RECHTSPRECHUNG

BGH: Quotale Haftung von Gesellschaftern geschlossener Immobilienfonds

Urteile vom 08.02.2011

BGH II ZR 243/09 und II ZR 263/09

1. Ausgangspunkt

Geschlossene Immobilienfonds wurden in der Vergangenheit häufig in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) aufgelegt. Da für die Verbindlichkeiten der GbR grundsätzlich auch deren Gesellschafter persönlich und der Höhe nach unbeschränkt haften, bringt diese Rechtsform für den einzelnen Anleger ein kaum einzuschätzendes, ihn im Regelfall wirtschaftlich überforderndes Haftungsrisiko mit sich. Die Beschränkung der Haftung des einzelnen Anlegers ist daher ein unverzichtbares Element für den Vertrieb dieser Anlagen.

Aus diesem Grund wurde und wird häufig eine quotale Beschränkung der persönlichen Haftung der Gesellschafter auf einen ihrer Gesellschaftsbeteiligung entsprechenden Anteil vereinbart (quotale Haftungsbeschränkung). Auf die Rechtsprechung des BGH, wonach eine solche Haftungsbeschränkung grundsätzlich nur individualvertraglich mit den Gläubigern der Gesellschaft vereinbart werden kann (Urteil vom 27.09.1999 – Az. II ZR 371/98), und die insoweit vom BGH zugelassenen Ausnahmen für geschlossene Immobilienfonds in der Rechtsform der GbR wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen.

Im Zusammenhang mit der quotalen Haftungsbeschränkung ergeben sich regelmäßig dann Probleme, wenn ein Immobilienfonds in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät, in deren Folge die den Fonds finanzierenden Banken ihre Kredite kündigen und die Fondsimmobilien verwerten. In diesen Fällen stellt sich vielfach die Frage, ob die aus der Verwertung der Immobilien erzielten Erlöse anteilig die persönliche Haftung der Gesellschafter vermindern.

Der BGH hat zwar bereits in einem Urteil vom 16.12.1996 (Az. II ZR 242/95) entschieden, dass den aus dem Gesellschaftsvermögen auf eine Darlehensschuld erbrachten Teilleistungen keine den Beteiligungs- bzw. Haftungsquoten der Gesellschafter entsprechende automatische Tilgungswirkung hinsichtlich deren persönlicher Haftung zukomme, sondern dass eine Anrechnung in entsprechender Anwendung der §§ 366, 367 BGB vorzunehmen sei. Demnach komme eine verhältnismäßige Tilgung der persönlichen Gesellschafterschuld nur in Betracht, wenn entweder eine entsprechende (ausdrückliche oder konkludente) Tilgungsbestimmung der Gesellschaft zu Gunsten der Gesellschafter besteht (§ 366 Abs. 1 BGB) oder, bei Fehlen einer solchen Tilgungsbestimmung, sämtliche vorgehenden Anrechnungen in der gesetzlichen Tilgungsreihenfolge nach Maßgabe von § 366 Abs. 2 BGB ausscheiden. Das Urteil des BGH vom 16.12.1996 erging allerdings noch auf der dogmatischen Grundlage der damals in Rechtsprechung und Literatur überwiegend vertretenen Doppelverpflichtungstheorie. Seit jedoch

1. Quartal 2011

auch der BGH die persönliche Haftung der GbR-Gesellschafter mit Hilfe der Akzessorietätstheorie begründet, hatte er über die Frage der Anrechnung von Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen bislang nicht wieder zu entscheiden. In der obergerichtlichen Rechtsprechung wurde diese Frage seither unterschiedlich beantwortet.

2. Entscheidung

Der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des BGH hat nunmehr mit seinen – bei Redaktionsschluss dieses Newsletters noch nicht veröffentlichten – Urteilen vom 08.02.2011 (Az. II ZR 243/09 und II ZR 263/09) entschieden, dass bei der Vereinbarung einer quotalen Haftung der Gesellschafter einer GbR Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen die Haftung der Gesellschafter nicht automatisch vermindern.

Den beiden Urteilen des BGH lagen ein Verfahren vor dem OLG Frankfurt am Main sowie ein ähnlich gelagertes Verfahren vor dem Kammergericht in Berlin zugrunde. In beiden Verfahren nahmen die einen Fonds finanzierenden Banken die Fondsgesellschafter persönlich auf Rückzahlung in Anspruch. In den Darlehensverträgen war vereinbart, dass die Gesellschafter entsprechend ihrem Anteil am Gesellschaftsvermögen persönlich haften (quotale Haftung). Nachdem die Fonds in Zahlungsverzug geraten waren, kündigten die Banken die Kredite und verwerteten die Fondsgrundstücke. Die Parteien streiten darüber, ob und welchem Umfang die Erlöse auf die persönliche Haftung der Gesellschafter anzurechnen sind.

Das OLG Frankfurt am Main hatte angenommen, bei einer quotalen Haftung müsse die Bank den Erlös aus der Verwertung des Grundstücks anteilig zu Gunsten der Gesellschafter berücksichtigen. Dagegen hatte das Kammergericht die Verträge dahingehend ausgelegt, dass darin keine anteilige Anrechnung der Erlöse vereinbart sei und die Haftungssumme der einzelnen Gesellschafter daher unverändert bleibe.

Der BGH hat die Entscheidung des OLG Frankfurt am Main aufgehoben und die Revision gegen das Urteil des Kammergerichts zurückgewiesen. Ob die Erlöse aus der Verwertung des Gesellschaftsvermögens anteilig die Haftung jedes Gesellschafters mindern, hänge von den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen ab. Die quotale Haftung sei kein gesetzlich geregeltes Haftungskonzept, so dass die Vertragsparteien in der Gestaltung frei seien. Da in beiden entschiedenen Fällen die Verträge keine Anrechnung der Erlöse vorgesehen hätten, verminderten hier die Einnahmen aus der Grundstücksverwertung den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter nicht.

1. Quartal 2011

3. Fazit

Da die Urteile des BGH vom 08.02.2011 noch nicht veröffentlicht sind und daher auch die ausführliche Begründung der Entscheidungen noch nicht vorliegt, kann an dieser Stelle noch kein abschließendes Fazit gezogen werden. Bereits der Pressemitteilung, mit welcher der BGH über die Entscheidungen informiert, ist jedoch zu entnehmen, dass auch in Zukunft bei Vereinbarung einer quotalen Haftungsbeschränkung zu Gunsten der Gesellschafter einer GbR besondere Vorsicht geboten ist. Sofern etwaige Erlöse aus der Verwertung des Gesellschaftsvermögens eine anteilige Anrechnung auf die persönliche Haftung der Gesellschafter finden sollen, wäre dies – sofern im jeweiligen Einzelfall tatsächlich möglich – in den Verträgen mit den Gläubigern der Gesellschaft, insbesondere also in den Kreditverträgen mit den finanzierenden Banken, ausdrücklich zu vereinbaren.

Herwig Pape

RECHTSPRECHUNG

BGH: Verwertungskündigung einer Mietwohnung wirksam

Urteil vom 09.02.2011

BGH VIII ZR 155/10

1. Ausgangspunkt

Eigentümer von älteren, nicht historisch wertvollen Immobilien werden sich fragen, ob ein Abriss und Neubau wirtschaftlich sinnvoller sind, als eine Sanierung. Bei vermieteten Wohnimmobilien setzt dies eine Beendigung aller Mietverhältnisse im Wege der Kündigung voraus. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat nun zugunsten eines Vermieters die Zulässigkeit einer sogenannten Verwertungskündigung einer Wohnung bestätigt und die Voraussetzungen für diese Art der Kündigung weiter konkretisiert (Urteil des BGH vom 09.02.2011, Az.: VIII ZR 155/10). Eine solche Verwertungskündigung soll danach unter anderem möglich sein, wenn die Immobilie nicht mehr den heute geltenden Wohnbedürfnissen entspricht und deshalb nicht mit angemessenem Aufwand saniert werden kann. Besteht ein gewisser Zwang, ein Mietobjekt etwa zur Altersversorgung oder im Scheidungsfall zu verkaufen und kann bei Verkauf im unvermieteten Zustand ein deutlich besserer Erlös erreicht werden, kommt ebenfalls eine Verwertungskündigung in Betracht.

Ausgangslage ist die gesetzliche Regelung der sog. Verwertungskündigung in § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Danach kann ein Vermieter einen Mietvertrag über eine Wohnung kündigen, wenn die Fortsetzung des Mietverhältnisses die angemessene wirtschaftliche Verwertung ver-

1. Quartal 2011

hindert und dies zu erheblichen Nachteilen führt. Die Verwertungskündigung hat vier Voraussetzungen:

Der Vermieter will sein Objekt verwerten (1), diese Verwertung ist objektiv angemessen (2), ist ohne Beendigung des Mietverhältnisses nicht machbar (3) und der Vermieter erleidet erhebliche Nachteile, wenn er nicht verwerten kann (4).

Die Verwertungskündigung wurde stets – auch wegen verfassungsrechtlicher Vorgaben – sehr restriktiv durch die Gerichte behandelt und spielte in der Praxis eine untergeordnete Rolle. Mit Urteil vom 09.02.2011 (Az.: VIII ZR 155/10) hat der BGH in Fortführung seiner Entscheidung vom 28.01.2009 (Az.: VIII ZR 8/08) die dort gegenständliche Kündigung bestätigt und die Voraussetzungen der Verwertungskündigung verdeutlicht.

2. Die Entscheidung

Dem Urteil lag der Fall zugrunde, dass die Vermieterin im Jahr 1996 eine in den 1930er Jahren errichtete Wohnsiedlung erwarb, in der auch die betroffene Wohnung lag. Das Objekt sollte abgerissen und an gleicher Stelle sollten öffentlich geförderte Neubaumietwohnungen errichtet werden. Die Vermieterin hatte mit Ausnahme des Wohnblocks, in dem sich die hier betroffene Wohnung und acht weitere, leer stehende Wohnungen befanden, alle anderen Gebäude der Siedlung bereits abgerissen. Im Jahr 2008 sprach sie eine Verwertungskündigung aus und wies auf städtebauliche und gebäudetechnische Mängel hin.

Anders als das Amtsgericht hat das Landgericht der Räumungsklage stattgegeben, weil sich die Wohnungen in einem schlechten baulichen Zustand befänden, heutigen Wohnvorstellungen nicht entsprächen und die geplanten Baumaßnahmen vernünftig und nachvollziehbar wären. Der BGH hat das landgerichtliche Urteil bestätigt:

Die geplanten Baumaßnahmen stellten eine angemessene wirtschaftliche Verwertung des Grundstück gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB dar, weil sie auf vernünftigen und nachvollziehbaren Erwägungen beruhen. Der noch vorhandene Wohnblock befinde sich in einem schlechten Bauzustand und entspreche in mehrfacher Hinsicht (kleine Räume, niedrige Decken, schlechte Belichtung) nicht den heutigen Wohnvorstellungen. Der Vermieterin würden durch die Fortsetzung des Mietverhältnisses erhebliche Nachteile entstehen, weil durch bloße Sanierungsmaßnahmen der alten Bausubstanz kein heutigen Wohnbedürfnissen entsprechender baulicher Zustand erreicht werden könne. Die Erhaltung des Wohnblocks unter Verzicht auf die vollständige Verwirklichung des städtebaulichen Konzepts sei der Vermieterin deshalb auch unter Berücksichtigung der Interessen der Mieterin nicht zuzumuten.

1. Quartal 2011

3. Fazit

Der BGH hat bestätigt, dass der Vermieter nicht aus Gründen des Mieterschutzes seine veraltete und nicht mehr rentable Immobilie erhalten muss, statt Neubaumietwohnungen zu errichten. Vermieter, die bisher die verbleibenden Mieter teuer „herauskaufen“ mussten, haben künftig unter Berufung auf den BGH bessere Aussichten für eine wirksame Verwertungskündigung. Gleichwohl müssen aufgrund der hohen Anforderungen an eine wirksame Verwertungskündigung vorab die Erfolgchancen genau geprüft werden.

Christoph Hamm / Nina Klotz

RECHTSPRECHUNG

OLG Frankfurt: Die Vereinbarung einer pauschalen Aufwandsvergütung von mehr als 40 % des Erfolgshonorars in einem Maklervertrag bzgl. eines Sale-&-Lease-Back Geschäftes ist beurkundungsbedürftig

Urteil vom 22.09.2010

OLG Frankfurt 19 U 120/10

1. Ausgangspunkt

§ 311 b BGB bestimmt, dass ein Vertrag, in dem sich ein Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung bedarf. Hierdurch wird sichergestellt, dass der Verkaufs- oder Erwerbsinteressent nicht übereilt handelt und sich sachkundig beraten lassen kann. Zur Vermeidung von Umgehungsgeschäften gilt nach ständiger Rechtsprechung dieser Formzwang auch für einen Vertrag, mit dem über die Vereinbarung eines empfindlichen Nachteils ein mittelbarer Zwang ausgeübt werden soll oder wird, Immobilien zu erwerben oder zu veräußern. Daher müssen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (06.02.1980 – IV ZR 141/78) Maklerverträge, die eine pauschale Entschädigung des Maklers für den Fall des Nichtzustandekommens des Grundstücksgeschäfts vorsehen, ebenfalls notariell beurkundet werden, wenn diese Aufwandsentschädigung 10 % bis 15 % der vereinbarten Erfolgsprovision übersteigt.

2. Entscheidung

Das OLG Frankfurt hat in seinem Urteil vom 22.09.2010 (Az.: 19 U 120/10) diese Grundsätze auch auf einen Maklervertrag angewandt, der die Vermittlung von Kontakten zu Investoren für ein Sale-&-Lease-Back Geschäft zum Gegenstand hatte.

1. Quartal 2011

Bei diesem Fall schlossen die Beklagte und die Klägerin einen Mandatsvertrag bezüglich zu verkaufender Grundstücke der Beklagten, die nach Veräußerung von der Beklagten geleast werden sollten (Sale-&-Lease-Back). Für diese Transaktion sollte die Klägerin Kontakte zu Investoren vermitteln. Der Vertrag sah eine Erfolgsprovision in Höhe von 3,5 % des Transaktionswertes von ca. 6 Mio. € vor. Für den im Mandatsvertrag definierten Fall der Absage oder Nichtdurchführung der Transaktion durch die Beklagte war eine pauschale Aufwandsvergütung in Höhe von 1,5 % des geplanten Transaktionsvolumens vereinbart. Nachdem die Beklagte trotz potentieller Investoren von der Transaktion Abstand nahm, verlangte die Klägerin die pauschale Aufwandsvergütung. Das Landgericht gab der Klage der Maklerin statt.

Die Berufung der Beklagten zum OLG Frankfurt hatte Erfolg. Der Anspruch der Klägerin auf die vereinbarte pauschale Aufwandsentschädigung sei nicht gegeben, weil der Mandatsvertrag mangels notarieller Beurkundung gemäß § 125 BGB nichtig sei. Der Mandatsvertrag, der auf die Durchführung eines Sale-&-Lease-Back Geschäfts gerichtet war, wäre seinem Inhalt nach ein Maklervertrag: Die im Vertrag vorgesehene Kontaktvermittlung durch die Maklerin bezweckte als Nachweistätigkeit die Möglichkeit zum Abschluss der vorgesehenen Hauptverträge. Die von der Maklerin vertraglich übernommene Verpflichtung zum Tätigwerden führe daher zur Qualifizierung des Vertrages als sogenannter Maklerdienstvertrag. Dem stehe nicht entgegen, dass eine ausdrückliche Verpflichtung zum Verkauf der Immobilie nicht vereinbart wurde.

Vergleiche man die Erfolgsprovision von 3,5 % des Transaktionswertes mit der pauschalen Aufwandsvergütung für den Fall der Absage von 1,5 % des geplanten Transaktionsvolumens ergebe dies mehr als 40 % der Erfolgsprovision. Hierdurch bestehe für die Verkäuferin ein mittelbarer Verkaufszwang, der auch nicht dadurch entfalle, dass im Mandatsvertrag auch Fallkonstellationen geregelt wurden, in denen der Anspruch auf die pauschale Aufwandsvergütung nicht entsteht, wie etwa bei Abstandnahme von der Transaktion, bevor zwischen Verkäuferin und Investor bezüglich der Vertragskonditionen Einigkeit erzielt worden ist. Aufgrund des mittelbaren Verkaufszwangs hätte der Mandatsvertrag gemäß § 311b BGB notariell beurkundet werden müssen. Im Übrigen hätte der Maklerin der pauschalierte Aufwandsersatzanspruch auch aus anderen Gründen nicht zugestanden.

3. Fazit

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts verdient Zustimmung. Tatsächlich begründen Aufwandsentschädigungen in Höhe von nahezu der Hälfte der vereinbarten Provision eine Drucksituation für den Maklerkunden. Aus diesem Grunde verlangt die Rechtsprechung bei derartigen Zwangssituationen eine notarielle Beurkundung. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob ein klassischer Immobilienmaklervertrag oder – wie vorliegend – im Rahmen eines Sale-&-Lease-Back ein Mandatsvertrag bzgl. der Vermittlung von Kontakten zu Investoren

1. Quartal 2011

gegeben ist, nachdem in beiden Fällen ein Kaufvertrag über ein oder mehrere Grundstücke abzuschließen ist und bei Sale-&-Lease-Back das Transaktionsvolumen im Regelfall deutlich höher ist als bei einem gewöhnlichen Grundstücksverkauf.

Christoph Hamm / Nina Klotz

RECHTSPRECHUNG

BGH: Amtshaftung wegen rechtswidriger Versagung der Baugenehmigungen für eine Windkraftanlage; Berücksichtigung von Darstellungen in einem in Aufstellung befindlichen Flächennutzungsplan

Urteil vom 02.12.2010

BGH III ZR 251/09

1. Ausgangspunkt

Wird die Genehmigung für ein grds. genehmigungsfähiges Vorhaben beantragt, gegen das bei der Gemeinde Bedenken bestehen, stellt sich die Frage, inwieweit die Gemeinde das Vorhaben durch planerische Maßnahmen noch verhindern kann. In Betracht kommt die Änderung des bestehenden oder die erstmalige Aufstellung eines Bebauungsplanes oder die Änderung des Flächennutzungsplanes. Wird die Genehmigung versagt, obwohl die geplante Änderung das noch nicht rechtfertigt, macht sich die Genehmigungsbehörde schadensersatzpflichtig.

2. Entscheidung

Im vorliegenden Fall hatte die beklagte Stadt während des Genehmigungsverfahrens das Verfahren zur Änderung des Flächennutzungsplans begonnen und die Genehmigung für die Errichtung einer Windkraftanlage mit Hinweis auf die neue Planung versagt. Der Vorhabenträger unterlag mit seiner Klage auf Erteilung der Genehmigung vor dem Verwaltungsgericht und klagte danach bei den Zivilgerichten gegen die Stadt auf Schadensersatz, weil er die Versagung der Genehmigung für rechtswidrig hielt. Der Kläger hatte einen Schaden von ca. EUR 1,7 Mio. geltend gemacht. Der BGH bejahte den Schadensersatzanspruch.

Nach der Entscheidung steht ein in Aufstellung befindlicher Flächennutzungsplan der Genehmigung eines Außenbereichsvorhabens (hier: der Windkraftanlage) als öffentlicher Belang erst dann entgegen, wenn die Planänderung inhaltlich so konkretisiert ist, dass mit einem entsprechenden Beschluss des zuständigen Gremiums (hier: Stadtrat) zu rechnen ist. Wird die Genehmigung mit Hinweis auf eine Flächennutzungsplanänderung verweigert, die dieses Stadium noch nicht erreicht hat, so ist die Versagung rechtswidrig und begründet einen Amtshaftungsanspruch des Vorhabenträgers.

1. Quartal 2011

Wichtig ist für den vorliegenden Fall der zeitliche Ablauf:

Am 13. Februar 2002 wurde die Genehmigung zur Errichtung der Windkraftanlage im Außenbereich beantragt. Das betreffende Gebiet war im damals gültigen Flächennutzungsplan als Fläche für die Landwirtschaft dargestellt. Die Windkraftanlage war nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB als privilegiertes Vorhaben grds. zulässig. Am 31. Mai 2002 erteilte die Bezirksregierung die luftrechtliche Zustimmung zum Bau der Anlage. Diese Zustimmung ging bei der beklagten Stadt am 6. Juni 2002 ein. Damit lagen die Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung vor.

Die Stadt betrieb zeitgleich die Änderung des Flächennutzungsplans, der Stadtrat beschloss jedoch erst am 27. Juni 2002 über die Änderung, also 3 Wochen nach dem Zeitpunkt, an dem die Genehmigung hätte erteilt werden können und müssen. Der geänderte Flächennutzungsplan trat am 25. September 2002 in Kraft. In diesem Flächennutzungsplan war nunmehr im nordöstlichen Stadtgebiet erstmals eine Konzentrationsfläche für Windkraftanlagen vorgesehen. Die vom Kläger beantragte Genehmigung sah jedoch einen anderen Standort für die Windkraftanlagen außerhalb der Konzentrationsfläche vor. Nach Auffassung der Stadt stand damit dem Vorhaben die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entgegen. Danach stehen einem privilegierten Vorhaben öffentliche Belange entgegen, wenn der Flächennutzungsplan derartige Vorhaben (ausschließlich) an anderer Stelle vorsieht.

Der BGH hat entschieden, dass die Stadt die Genehmigung umgehend hätte erteilen müssen, nachdem am 6. Juni 2002 die letzte Stellungnahme der Träger öffentlicher Belange eingegangen war. Der Flächennutzungsplan in der geänderten Fassung könne jedenfalls vor dem Beschluss des Stadtrates vom 27. Juni 2002 nicht als öffentlicher Belang der Genehmigungsfähigkeit der beantragten Windkraftanlage entgegengehalten werden. Maßstab sind nach Auffassung des BGH die Anforderungen, unter denen nach § 33 BauGB ein in der Aufstellung befindlicher Bebauungsplan Wirkung entfaltet. Dies setzt nach § 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB („formelle Planreife“) insbesondere voraus, dass das Anregungsverfahren nach § 3 Abs. 2 BauGB durchgeführt worden ist (so die Rechtsprechung des BVerwG). Das ist erst der Fall, wenn die Gemeinde die vorgebrachten Anregungen geprüft hat. Im vorliegenden Fall beschloss der Rat der Beklagten am 27. Juni 2002 die Änderung des Flächennutzungsplans und befand dabei auch über die im Anregungsverfahren vorgebrachten Änderungsvorschläge. Formelle Planreife lag damit erst am 27. Juni 2002 vor. Die Genehmigung hätte mithin am 06. Juni 2002 erteilt werden müssen.

Daher stehe dem Kläger gegen die Stadt ein Amtshaftungsanspruch zu, der die Stadt zur Schadensersatzleistung verpflichte.

1. Quartal 2011

3. Fazit

Dem Urteil ist zuzustimmen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts können Darstellungen in noch in Aufstellung befindlichen Flächennutzungsplänen nur dann einem Bauvorhaben als öffentlicher Belang entgegenstehen, wenn sie inhaltlich so konkretisiert sind, dass hinreichend sicher zu erwarten ist, dass der Plan in der Form beschlossen und wirksam werden wird (vgl. BVerwGE 122, 364, 372, Urteil vom 27. 1. 2005, 4 C 5/04). Es würde gegen das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 GG verstoßen, wenn ein zulässiges Vorhaben an bloßen Zielvorstellungen des Planungsträgers scheitern würde.

Dr. Andre Turiaux

RECHTSPRECHUNG

BGH: S-Bahn-Leistungen müssen ausgeschrieben werden

Beschluss vom 08.02.2011

BGH X ZB 4/10

1. Ausgangspunkt

Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennahverkehr wurden in der Vergangenheit oft direkt an die Deutsche Bahn vergeben: ohne vorherige Ausschreibung. Dadurch war ein Wettbewerb im Personennahverkehr nicht möglich.

Bisher bestand Streit über die Frage, ob die Unwirksamkeit solcher Verträge im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) überprüfbar ist oder ob das Allgemeine Eisenbahngesetz (AEG) als spezielleres Gesetz ein solches Nachprüfungsverfahren ausschließt.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH (BGH, Beschluss vom 01.12.2008, Az.: X ZB 31/08) enthält der Ausnahmekatalog des § 100 Abs. 2 GWB eine abschließende Aufzählung über Bereiche, die nicht nach den vergaberechtlichen Bestimmungen des GWB zu prüfen sind. Der S-Bahn-Betrieb fällt nicht darunter.

Ebenfalls untersuchte der BGH, ob es sich beim S-Bahn-Betrieb um eine Dienstleistungskonzession handelt. Diese wäre einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren entzogen.

Die Möglichkeit der freihändigen Vergabe bei Personennahverkehrsleistungen bietet § 4 Abs. 3 Nr. 2 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV), wenn ein wesentlicher Teil der durch den Vertrag bestellten Leistungen während der Vertragslaufzeit ausläuft und anschließend im Wettbewerb vergeben wird. Der BGH untersuchte, ob

1. Quartal 2011

Verlängerungsverträge unter diese Vorschrift fallen oder die Möglichkeit der freihändigen Vergabe bereits durch Abschluss des ursprünglichen Vertrags ausgeschöpft wurde.

2. Entscheidung

Diese Fragen hat der BGH in seinem Beschluss vom 08.02.2011 (Az.: X ZB 4/10) entschieden. Hier schlossen der Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (VRR) und die Deutsche Bahn einen Verkehrsvertrag im Schienenpersonennahverkehr im Jahre 2004, der auch einen Zuschuss pro gefahrenen Zugkilometer an die Deutsche Bahn vorsah. Der VRR erhält seine erforderlichen Geldmittel vom Land Nordrhein-Westfalen, welches wiederum Bundeszuwendungen für den öffentlichen Personennahverkehr erhält. Nachdem der VRR und die Deutsche Bahn den Verkehrsvertrag kündigten, kam es zu verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten, die zu Vergleichsverhandlungen führten. Der VRR und die Deutsche Bahn schlossen 2009 einen Änderungsvertrag, wonach die Deutsche Bahn weiterhin S-Bahn-Leistungen bis 2023 erbringt. Ein niederländisches Konkurrenzunternehmen leitete bei der Vergabekammer der Bezirksregierung Münster ein Nachprüfungsverfahren zur Frage der Unwirksamkeit des Änderungsvertrags ein. Die Bezirksregierung Münster sowie das Oberlandesgericht Düsseldorf entschieden im Sinne des Bahn-Konkurrenten (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.07.2010, Az.: VII-Verg 19/10).

Der BGH bestätigte, dass ein solches Nachprüfungsverfahren nach GWB zulässig ist und knüpfte damit an seine bisherige Rechtsprechung an. Weder die Entstehungsgeschichte des GWB noch der Wortlaut des § 100 Abs. 2 GWB sprechen dafür, die S-Bahn-Leistungen seinem Anwendungsbereich zu entziehen. Die Norm enthält einen abschließenden Ausnahmekatalog, worunter S-Bahn-Leistungen nicht fallen.

Überdies liegt keine das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren ausschließende Dienstleistungskonzession vor. Der BGH lehnte sich hierbei an die Rechtsprechung des EuGH an (EuGH, Urteil vom 13.10.2005, Az.: C – 458/03). Das für eine Dienstleistungskonzession maßgebliche Charakteristikum für den Konzessionär, den Risiken des Marktes ausgesetzt zu sein, liegt bei einem durch Zuzahlungen der öffentlichen Hand gesicherten S-Bahn-Betrieb nicht vor. Es handelt sich daher um einen Dienstleistungsauftrag, der dem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren unterliegt.

Der VRR konnte die Leistung auch nicht durch freihändige Vergabe nach § 4 Abs. 3 Nr. 2 VgV an Deutsche Bahn vergeben. Nach Ansicht des BGH hatte der VRR diese Möglichkeit bereits durch den ursprünglichen Verkehrsvertrag ausgeschöpft und kann sie nicht erneut nutzen.

Offen gelassen hat der BGH hingegen die Rolle der Vergleichsverhandlungen und inwieweit sie es erlaubt hätten, den Änderungsvertrag mit Blick auf die Vertragslaufzeit zu modifizieren. Denn bei bloßer Vertragsmodifizierung besteht keine Ausschreibungspflicht (OLG Düsseldorf, Beschluss 14.2.2001, NZBau 2002, 54).

1. Quartal 2011

3. Fazit

Mit seiner Entscheidung bestimmt der BGH, dass die S-Bahn-Linien in Nordrhein-Westfalen ausgeschrieben werden müssen, statt direkt an die Deutsche Bahn vergeben zu werden.

Diese Entscheidung ist über Nordrhein-Westfalen hinaus richtungweisend für den Schienenverkehr in ganz Deutschland, da in den kommenden Jahren viele Nahverkehrslinien neu ausgeschrieben werden müssen. Der Betrieb von S-Bahnen sowie RE- oder RB-Leistungen ist durch die überwiegende Finanzierung der öffentlichen Hand ein lukrativer Milliardenmarkt. Es ist zu erwarten, dass auf dem Nahverkehrsmarkt verstärkt Wettbewerb durch Bahn-Konkurrenten auch aus dem Ausland stattfinden wird.

Hier müssen Sektorenauftraggeber im Bereich Nahverkehr bei Änderung oder Verlängerung der Verträge und bei Neuvergabe von Leistungen die aktuelle Rechtslage beachten. Siehe insoweit unseren Praxishinweis.

Manuela Herrmann

PRAXISHINWEIS

Praxishinweis zu BGH X ZB 4/10

Die Entscheidung des BGH ist für Sektorenauftraggeber von enormer Bedeutung, da nunmehr S-Bahn sowie RE- und RB-Leistungen öffentlich ausgeschrieben werden müssen und nicht mehr direkt vergeben werden können. Die §§ 97 ff. GWB sind damit anzuwenden.

Die betroffenen Sektorenauftraggeber müssen sich mit folgenden Fragestellungen auseinandersetzen:

Gibt es noch laufende Verträge mit Verlängerungsoptionen, muss gleichwohl die Ausschreibungspflichtigkeit im Einzelfall geprüft werden. Bei Verträgen mit klaren Optionen für bestimmte Verlängerungszeiträume, die bereits in einem wettbewerblichen Verfahren vergeben worden sind, erfolgt die Option noch im Rahmen des Basisvertrages und stellt damit keine Neuvergabe dar. Etwas anderes kann sich ergeben, wenn die Verlängerungsoption nur zugunsten des Auftraggebers besteht. Hier kann sich eine Ausschreibungspflicht im Einzelfall ergeben, da die Optionsvertragsgestaltung nicht dazu führen darf, dass die zu vergebende Leistung dauerhaft dem Wettbewerb entzogen wird. Auch inhaltliche Änderungen eines bestehenden Vertrages können im Einzelfall eine Neuvergabe erfordern.

Läuft ein Vertrag aus, stellt sich bei dem Sektorenauftraggeber die Frage, ob er die Leistungen wiederum an einen Dritten vergeben will oder, ob er diese Leistung nicht möglicherweise

1. Quartal 2011

selbst oder im Wege der interkommunalen Zusammenarbeit durch andere kommunale Gesellschaften erbringen lassen will. Diese Entscheidung ist mit schwierigen Abgrenzungsfragen verbunden. Will die Kommune die Verkehrsleistung eher durch eine kommunale Eigengesellschaft selbst erbringen, sind die Grundsätze der sogenannten Inhousevergabe zu beachten. Denkbar wäre aber auch eine kommunale Zusammenarbeit auf Basis der jüngst in der sogenannten Stadtreinigung-Hamburg Entscheidung herausgearbeiteten Grundsätze des europäischen Gerichtshofes. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die Grenzen zur vergaberechtigten Drittvergabe durchaus noch fließend sind.

Einer Ausschreibung im Wege einer vergaberechtsfreien Dienstleistungskonzession hat der BGH mit der Entscheidung grundsätzlich eine Absage erteilt.

Dr. Norbert Huber / Manuela Herrmann

Gerne verweisen wir diesbezüglich auch auf die Veröffentlichung von Wolfgang Trautner im Boorberg Verlag, siehe auch http://heussen-law.de/download/Publicus-Artikel_Trautner_0311.pdf.

RECHTSPRECHUNG

Weitere Rechtsprechung im Überblick

Baurecht

BGH v. 27.01.2011 - VII ZR 175/09 Eine **konkludente Abnahme** durch Entgegennahme der Leistung kommt regelmäßig nicht in Betracht, wenn die Leistung noch nicht vollständig erbracht worden ist.

BGH v. 27.01.2011 – VII ZR 186/09 **Baustellenverhandlungsprotokoll als kaufmännisches Bestätigungsschreiben**: Werden auf der Baustelle Vertragsänderungen nur vom nicht bevollmächtigten Bauleiter besprochen und in einem Protokoll festgehalten, so muss der Auftragnehmer, wenn er hiermit nicht einverstanden ist, nach Erhalt des Protokolls widersprechen, sonst wird sein Schweigen als konkludente Genehmigung behandelt.

OLG Brandenburg v. 13.01.2011 - 12 U 129/09 **Normale Baumängel** berechtigen nicht zur Kündigung aus wichtigem Grund.

1. Quartal 2011

OLG München v. 24.01.2011 - 13 U 3970/10 Keine Haftung des **Gewährleistungsbürgen** bei Abweichung von Abnahmemodalitäten.

OLG Stuttgart v. 7.12.2010 - 10 U 140/09 **Mithaftung des bauüberwachenden Architekten** - Für einen Planungsfehler des Architekten, der mitursächlich für einen Mangel des Bauwerkes ist, haftet dieser in der Regel teilweise allein, teilweise als Gesamtschuldner mit dem Unternehmer, soweit dieser den Planungsfehler hätte erkennen können und/oder soweit diesem mitursächliche Ausführungsfehler zur Last fallen. Für einen schadensursächlichen Fehler des bauaufsichtführenden Architekten und einen Ausführungsfehler des Unternehmers haften beide in voller Höhe als Gesamtschuldner.

Mietrecht

BGH v. 02.03.2011 - VIII ZR 164/10 Eine **Mieterhöhung**, die nach einer tatsächlich durchgeführten **Modernisierung** vorgenommen wird, ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Vermieter die Arbeiten nicht ordnungsgemäß angekündigt hatte. Die gesetzliche Ankündigungspflicht soll es dem Mieter ermöglichen, sich auf die zu erwartenden Baumaßnahmen in seiner Wohnung einzustellen und ggf. sein Sonderkündigungsrecht auszuüben. Zweck der Ankündigungspflicht ist es nicht, die Möglichkeit des Vermieters zur Modernisierungsmieterhöhung einzuschränken.

BGH v. 02.02.2011 - VIII ZR 74/10 Hat der Mieter vom Vermieter die Erlaubnis zur **Untervermietung** rechtzeitig erbeten, so ist eine auf die fehlende Erlaubnis gestützte Kündigung rechtsmissbräuchlich, wenn der Vermieter zur Erteilung der Erlaubnis verpflichtet war.

BGH v. 10.11.2010 - VIII ZR 300/09 Große Hausverwaltungen erstellen **Mieterhöhungsverlangen** oft durch EDV ohne dass diese eigenhändig unterschrieben sind. Der vorliegende Mietvertrag enthielt die übliche Klausel, wonach Änderungen und Ergänzungen des Vertrages schriftlich zu vereinbaren sind. **Schriftform** gemäß § 126 BGB verlangt die eigenhändige Unterschrift der Urkunde. Die Untergerichte ließen das Mieterhöhungsverlangen daran scheitern. Der BGH hat entschieden, dass die Klausel nicht für einseitige Erklärungen gilt. Gemäß § 558a Abs. 1 BGB muss das Mieterhöhungsverlangen lediglich in Textform erklärt werden. Das war geschehen, das Mieterhöhungsverlangen war wirksam.

1. Quartal 2011

KG v. 17.05.2010 - 8 U 17/10 Das KG überträgt die Entscheidung des BGH VIII ZR 199/06 auf das Gewerbemietrecht: Eine in den AGB eines Gewerberaummietvertrags enthaltene Regelung, die dem Mieter die Verpflichtung zur Ausführung der **Schönheitsreparaturen** auferlegt und bestimmt, dass der Mieter nur mit Zustimmung des Vermieters von der bisherigen Ausführungsart abweichen darf, ist unwirksam, weil nicht eindeutig ist, was unter "Ausführungsart" zu verstehen ist.

Wohnungseigentumsrecht

BGH v. 11.02.2011 - V ZR 66/10 Das Recht des Wohnungseigentümers auf **Einsichtnahme** in Verwaltungsunterlagen ist grundsätzlich in den Geschäftsräumen des Verwalters auszuüben; dort kann er sich auf seine Kosten Ablichtungen der Unterlagen anfertigen oder anfertigen lassen.

BGH v. 21.01.2011 – V ZR 140/10 **Anfechtungsklagen** gegen Beschlüsse der Wohnungseigentümer müssen innerhalb von einem Monat erhoben werden. Klagegegner sind alle anderen Eigentümer. Nach dem BGH genügt nun auch eine Klage gegen die WEG, wenn der Kläger diese bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung auf eine Klage gegen die anderen Eigentümer umstellt.

Gerne übersenden wir Ihnen auch die Entscheidungen – fragen Sie uns einfach.

1. Quartal 2011

Über diesen Newsletter

Die Autoren dieser Ausgabe sind in den Praxisgruppen Real Estate & Investments, Corporate / Unternehmensrecht, Erneuerbare Energien sowie Öffentliches Wirtschaftsrecht unserer Kanzlei tätig.

Mit unserem Newsletter möchten wir unsere Mandanten und interessierte Dritte über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur informieren. Sollten Sie an diesen Informationen nicht interessiert sein, bitten wir Sie, uns dies per E-Mail mitzuteilen.

Sofern Sie zu bestimmten Themen oder zum Newsletter insgesamt Fragen oder Anregungen haben, können Sie sich jederzeit gerne an die Ihnen bekannten Ansprechpartner wenden. Gerne greifen wir auch Ihre Ideen für künftige Beiträge oder weitere Empfänger des Newsletters auf.

Weitere Informationen

Besuchen Sie auch unsere Homepage unter der URL <http://www.heussen-law.de>.

Herausgeber

Heussen Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
Amtsgericht Frankfurt am Main, HRB 46524

Geschäftsführung

RA Christoph Hamm

Verantwortlich i.S.d. § 55 RStV und des Presserechts:

Dr. Jan Dittmann und Benedikt Lehr
HEUSSEN-LAW München
Brienner Straße 9 / Amiraplatz
80333 München
Telefon: +49 (0) 89 29 09 7-0
Telefax: +49 (0) 89 29 09 7-200

Haftungsausschluss

Dieser Newsletter stellt ausgewählte Themen aus dem Bau- und Immobilienrecht im Überblick dar und ersetzt nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall. Wir bitten um Ihr Verständnis dafür, dass wir für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Angaben trotz sorgfältiger Recherche keine Haftung übernehmen.

Foto

Maik Schulze Fotografie – MFX.de