HEUSSEN
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Newsletter Real Estate & Investments
März 2008

Zeige mir, wie Du baust und ich sage Dir, wer Du bist
CHRISTIAN MORGENSTERN

Gesetzgebung Vergaberecht

Bundesregierung: Keine Ausschreibungspflicht von Grundstückskaufverträgen mit der öffentlichen Hand

1. Die Problematik

Das OLG Düsseldorf hat seit 2007 in drei Entscheidungen städtebauliche Entwicklungsverträge unterschiedlicher Art dem deutschen Vergaberecht unterstellt (vgl. hierzu unseren letzten Newsletter zum Urteil vom 13.06.2007 „Ahlhorn-Entscheidung" sowie nunmehr zuletzt Urteil vom 06.02.2008, Az: VII-Verg 37/07). D.h. nach Ansicht des OLG Düsseldorf sind Kaufverträge, mit denen jemand von der Öffentlichen Hand ein Grundstück kauft, dann europaweit ausschreibungspflichtig, wenn sie (auch nur mittelbare) Bauverpflichtungen des Erwerbers enthalten und betragsmäßig die relevanten Schwellenwerte überschritten werden. Nach Ansicht der Vertreter dieser Rechtsauffassung ist bei Verstoß gegen die Ausschreibungspflicht der notarielle Grundstückskaufvertrag unwirksam (diese Rechtsfolge ist jedoch nicht abschließend geklärt; es besteht insoweit sogar Streit zwischen einzelnen BGH-Senaten: vgl. nur Beschluss des X. Zivilrechtssenats des BGH vom 01.02.2005, X ZB 27/04 der von Nichtigkeit des Vertrages ausgeht und dem entgegenstehend Urteil vom 22.02.2005 des Kartellsenates des BGH, K ZR 36/03, wonach eine Nichtigkeit des durch den Zuschlag begründeten Vertragsschlusses in der Regel nur dann eintreten soll, wenn ein in seinen Informationsrechten verletzter unterlegener Bieter eine Verletzung seiner Informationsrechte geltend macht und auf ein Nachprüfungsverfahren anträgt). Betroffen sind nicht nur Hunderte von laufenden Projekten, in denen keine Ausschreibung stattgefunden hat, sondern auch unzählige Fälle, in denen die Verträge schon geschlossen und inklusive Bauleistung vollzogen sind. Von vielen Seiten wird nunmehr die Rückabwicklung der Verträge gefordert – mit unüberschaubaren Konsequenzen für die Beteiligten.

2. Kritik/ Initiative der Bundesregierung

Die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf wird von vielen Richtern scharf kritisiert; insbesondere da zeitlich vorhergehend das BayObLG (NZBau 2002, 108) entschieden hatte, dass derartige Verträge nicht der Ausschreibungspflicht unterliegen. Daher hätte das OLG Düsseldorf die Sache eigentlich dem BGH bzw. dem EuGH vorlegen müssen. Verschiedene Richter haben im Rahmen von Seminarveranstaltungen bereits angekündigt, dem BGH oder dem EuGH die Prob-

lematik vorzulegen, sobald sie entsprechende Fallgestaltungen zu entscheiden haben.

Der Kritik hat sich erfreulicher Weise nunmehr auch die Bundesregierung mit einer entsprechenden Gesetzesinitiative angeschlossen (siehe beigefügte Antwort der Bundesregierung auf die Anfrage der FDP sowie Synopse zur Änderung der §§ 98 und 99 GWB). Allerdings geht der bisherige Entwurf zur Gesetzesänderung aus unserer Sicht nicht weit genug, um das Problem zu beseitigen. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass nur das nationale Recht geändert werden soll, nicht aber die entsprechende EU-Baukonzessionsrichtlinie, auf die sich die Anhänger der OLG Düsseldorf-Rechtsprechung ebenso berufen. Davon unabhängig können sich die durch die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf verunsicherten Marktteilnehmer auf die Äußerungen der Bundesregierung nicht verlassen, solange es kein entsprechendes Gesetz gibt.

3. Lösungsansätze

Der Problematik kann daher derzeit nur mit vertraglichen (Um-) Gestaltungen begegnet werden. Maßstab für die Vertragsgestaltung werden insbesondere folgende Passagen des o.g. Urteils des OLG Düsseldorf sein müssen:

„Dagegen wird im Sinn einer Ausnahme vom Vergaberechtsregime die Rechtslage im Ansatz anders zu beurteilen sein, sofern – ohne dass der jeweilige Fall Anhaltspunkte für eine Umgehung des Vergaberechts erkennen lässt- unabhängig von einem konkreten Bauvorhaben ein Bebauungsplan bereits besteht, und vom öffentlichen Auftraggeber im Plangebiet ein Grundstück veräußert wird, das ohne eine ausdrückliche Bauverpflichtung (und ohne Vereinbarung eines Rücktritts- oder Wiederkaufsrechts) ausschließlich im Rahmen der Festsetzungen des Bebauungsplans vom Erwerber bebaut werden kann.

…

Genauso sind im Prinzip Fallgestaltungen einer Anwendung des Vergaberechts entzogen, in denen der Veräußerung eines Grundstücks und seiner Bebauung keine wirtschaftliche, insbesondere keine raumordnende oder städtebauliche Funktion zuzuerkennen ist, dies z.B. dann, wenn ein auf den einzelnen Unternehmenszweck begrenztes Einzelbauvorhaben errichtet werden soll.“

Christian Weinheimer/ Jan Dittmann

Rechtsprechung Mietrecht

BGH: Ordentliche (fristgemäße) Kündigung des Mietverhältnisses wegen schuldhafter nicht unerheblicher Verletzung vertraglicher Pflichten des Mieters gemäß § 573 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB auch ohne vorherige Abmahnung des Mieters möglich / Nachzahlung der Miete durch den Mieter lässt die ordentliche Kündigung nicht nachträglich unwirksam werden

1. Ausgangspunkt

Der Vermieter einer Eigentumswohnung hatte aufgrund rückständiger Mieten und Betriebskostennachzahlungen sowie aufgrund nicht bezahlter erhöhter Betriebskostenvorauszahlungen das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs fristlos und hilfsweise fristgemäß gekündigt. Eine Nachzahlung des Mieters auf die Miete erfolgte erst mit erheblicher Verspätung; Nachzahlungen auf die Betriebskosten wie auch die Entrichtung der erhöhten monatlichen Betriebskostenvorauszahlungen wurden vom Mieter jeweils lediglich „unter Vorbehalt“ geleistet.

2. Die Entscheidung

Mit Urteil des Bundesgerichtshofes (BGH) vom 28.11.2007, AZ: IIX ZR 145/07, bestätigt dieser die Wirksamkeit der vom Vermieter hilfsweise erklärten ordentlichen (fristgemäßen) Kündigung des Mietverhältnisses gemäß § 537 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung im Sinne von § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB nimmt der BGH an, wenn ein Mieter die Miete oder den Betriebskostenvorschuss ständig unpünktlich und unvollständig bezahlt hat; das Gleiche soll gelten, wenn der Mieter mit seinen Zahlungen in Höhe eines Betrages in Verzug ist, der das Recht zur außerordentlichen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 a BGB begründet.

Ein nachträglicher Ausgleich der Rückstände innerhalb der Frist des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB lässt nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 2007, 428) zwar die fristlose Kündigung unwirksam werden, nicht hingegen die aus dem gleichen Grund erklärte ordentliche fristgemäße Kündigung.

Die bislang in Rechtsprechung und Literatur umstrittene Frage, ob einer ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses wegen schuldhafter nicht unerheblicher Vertragsverletzung (§ 573 Abs. 1, Abs. 2 Nr. BGB) wie grundsätzlich bei einer außerordentlichen Kündigung eine Abmahnung vorauszugehen habe, hat der BGH mit dem hier behandelten Urteil vom 28.11.2007 grundsätzlich verneint.

Gegen das Erfordernis einer Abmahnung spreche zum einen der Wortlaut der Regelung in § 573 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Hier ist für die ordentliche Kündigung des Vermieters – anders als bei § 543 Abs. 3 BGB grundsätzlich für die außerordentliche Kündigung – keine Abmahnung vorgesehen. Der BGH sieht bei der ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses wegen schuldhafter nicht unerheblicher Pflichtverletzung des Mieters für eine vorherige Abmahnung grundsätzlich auch keinen Bedarf. Da eine solche Kündigung Verschulden des Mieters voraussetzt, habe es dieser selbst in der Hand, ob er dem Vermieter Anlass zur Beendigung des Mietverhältnisses bietet. Eine ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs sei nur dann ausgeschlossen, wenn dieser darauf beruht, dass der Mieter unverschuldet in eine wirtschaftliche Notlage gekommen ist.

Der BGH weist allerdings darauf hin, dass eine Abmahnung für die ordentliche fristgemäße Kündigung nach § 573 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB ausnahmsweise von Bedeutung sein kann, etwa weil vorher nur ein schlichtes Versehen des Mieters vorgelegen hat oder eine Duldung des Vermieters zu vermuten war. Hierdurch werde die Abmahnung aber nicht zu einer zusätzlichen Voraussetzung der ordentlichen Kündigung, sondern kann lediglich ein Gesichtspunkt bei der Prüfung sein, ob überhaupt eine schuldhafte nicht unerhebliche Pflichtverletzung des Mieters im Sinne von § 573 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB vorliegt. War der Mieter – wie in dem hier entschiedenen Fall - mit seinen Zahlungen in Höhe eines Betrages in Verzug gekommen, der sogar das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 a BGB begründete, ist für die ordentliche fristgemäße Kündigung eine Abmahnung aus keinem Gesichtspunkt erforderlich.

3. Fazit

Der BGH hat mit dem vorstehend behandelten Urteil entschieden, dass für die ordentliche Kündigung des Vermieters wegen schuldhafter nicht unerheblicher Pflichtverletzung des Mieters eine vorherige Abmahnung des Mieters grundsätzlich nicht erforderlich ist. Trotzdem sollte dieser Grundsatz auch in Zukunft nicht bedenkenlos übernommen werden; bei einer vom Vermieter beabsichtigten ordentlichen (fristgemäßen) Kündigung des Mietverhältnisses wegen schuldhafter nicht unerheblicher Verletzung vertraglicher Pflichten des Mieters nach § 573 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, insbesondere wegen unpünktlicher oder unvollständiger Zahlung von Miete oder Betriebskosten, sollte ein Vermieter die Entbehrlichkeit einer vorherigen Abmahnung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls prüfen (z.B. ob schlichtes Versehen des Mieters vorliegt) um die evtl. Unwirksamkeit der Kündigung zu vermeiden.

Karl-Hubert Menne / Christoph Hamm

EU-Verwaltungsvollzug
Beihilfe/Privatisierung

Beihilferecht und Privatisierung von Immobilien der öffentlichen Hand

Privatisierungen von öffentlichen Immobilien und Unternehmensbeteiligungen beinhalten ein erhebliches Risiko unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten, wenn die öffentlichen Akteure vom Marktpreis abweichen oder sich sonst nicht nach den Prinzipien eines Privatinvestors verhalten. Begünstigen Privatisierungen bestimmte Unternehmen, wodurch der Wettbewerb verfälscht und der innergemeinschaftliche Handel beeinträchtigt werden, ist der Mitgliedsstaat zur Rückforderung der Beihilfe verpflichtet; zivilrechtlich kann sich hieraus die Nichtigkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes mit weitreichenden Folgen z. B. für die Kreditgeber ergeben.

Am 25. Okt. 2007 hat die EU-Kommission „Leitlinien zur Beschleunigung der Umsetzung von Entscheidungen über die Rückforderung staatlicher Beihilfen" erlassen (ABl. C 272 vom 15. 11. 2007, S.4). Die Mitteilung betrifft den zügigeren und wirksameren Vollzug von Rückforderungsentscheidungen für rechtswidrige und mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfen. Die Mitgliedsstaaten werden angewiesen, den sofortigen und vollständigen Vollzug der Rückforderung zu bewirken, ohne dass die Anwendung des nationalen Rechts die tatsächliche Durchführung der Kommissionsentscheidung erschwert. Sie verweist dabei auf die ihre strikten Rückforderungsentscheidungen stützende Rechtsprechung des EuGH.

Die Privatisierungsgrundsätze aus dem XXIII. Wettbewerbsbericht der Kommission (1993) gelten nach wie vor und werden in gängiger Verwaltungspraxis angewandt. Eindeutig ohne Beihilferelevanz sind danach nur Transaktionen, denen ein Ausschreibungswettbewerb zugrunde liegt und die zur Veräußerung an den Meistbietenden führen. Die Ausschreibung muss offen und transparent gestaltet sein, allen Bietern hinreichend Zeit und Informationen bieten und darf an keine weiteren Bedingungen geknüpft werden wie den Erwerb anderer Vermögenswerte, für die nicht geboten wird. Obwohl nicht direkt anwendbar ist die Orientierung eines strukturierten Bieterverfahrens an den Regeln des Vergaberechts für die Praxis nützlich.

Die Leitlinien sind ein weiterer Schritt der EU-Kommission, die Überwachung der gemeinschaftsrechtlichen Verfahrensvorgaben für Privatisierungen zu forcieren und die Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs durch eine schärfere Anwendung des Beihilferechts und einen effizienteren Vollzug zu beschleunigen. Die Kommission hat dabei zunehmend Erfolg; Anzahl und Summe der umgesetzten Rückforderungen steigen stark an.

Neben den im Fokus stehenden staatlichen Beteiligungsveräußerungen befindet sich der **Verkauf von Grundstücken** an Wirtschaftsbeteiligte durch die öffentlichen Hände auf dem beihilferechtlichen Prüfstand.

Bestehen Zweifel an der Beihilfefreiheit eines Immobilienverkaufs, ist durch den jeweiligen Mitgliedsstaat vorsorglich in Brüssel zu notifizieren. Da nach der Praxis der Kommission und der ständigen Rechtsprechung des EuGH der Entscheidungsspielraum der öffentlichen Hand im Hinblick auf die Preisgestaltung denkbar gering ist, ist jedenfalls eine rechtzeitige informelle Befassung der zuständigen Kommissionsdienststellen anzuraten. Denn die zunehmend härtere Anwendung der ohnehin rigiden Privatisierungsgrundsätze hat vor allem die Funktion, rechtzeitig transparente Verhältnisse herbeizuführen und der Kommission die Überprüfung zu erlauben.

Auch in diesem Bereich gilt, dass bestimmte Kategorien von Beihilfen bei Vorliegen der Voraussetzungen von der Notifizierungspflicht freigestellt sind. Das gilt insbesondere für De-minimis-Beihilfen bis zu einem Schwellenwert von 200.000,- Euro –VO(EG) Nr. 69/2001 – sowie Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen – VO(EG) Nr. 70/2001.

Fazit

An Rechtssicherheit über die Beihilferelevanz muss beiden Vertragsbeteiligten wegen der gravierenden Rechtsfolgen gelegen sein. Denn der Vollzug der Rückforderungsentscheidung erfolgt regelmäßig ohne Rücksicht auf die möglicherweise sensitive politische Interessenlage der Gebietskörperschaft, strikt und ohne die gewohnten Verfahren des nationalen Rechtsschutzes und für den Käufer möglicherweise zur Unzeit. Darüber hinaus ist der Verfahrensstand über die Kommission abrufbar; die Kommission pflegt zudem eine offensive Medienöffentlichkeit, die bei allen Beteiligten zu Imageschäden führen kann.

Bereits vor der Einleitung von Verfahren der Interessensbekundung oder gar des freihändigen Verkaufs sollte daher sachkundiger Rat zu den EG-rechtlichen Vorschriften und den Verfahrensvorgaben eingeholt werden.

Reinhold Kopp

Gesetzgebung Energierecht

Vorlage eines Gebäude-Energieausweises bei Vermietung oder Verkauf

1. Ausgangspunkt

Nach der neuen Energieeinsparverordnung (EnEV), die seit 01.10.2007 in Kraft ist, besteht für den Eigentümer von Gebäuden die Verpflichtung, Energieausweise ausstellen zu lassen und bei Verkauf oder Vermietung zugänglich zu machen, spätestens nachdem der potentielle Käufer/Mieter dies verlangt.

Bereits nach § 13 EnEV a. F. galt bei Neuerrichtung und Modernisierung von Gebäuden die Verpflichtung zur Ausstellung eines Energie- und Wärmebedarfs-

ausweises. Neu ist nun, dass auch beim Verkauf bzw. der Vermietung von Bestandsobjekten (sowohl Wohn- als auch Geschäftsgebäude) nunmehr ein Energieausweis dem potentiellen Käufer bzw. Mieter oder Pächter vorgelegt werden muss.

Hintergrund der Regelung ist die Umsetzung der EU-Richtlinie „Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden" vom Dezember 2002, welche die Einführung eines Energieausweises vorsieht.

2. Gesetzliche Regelung

Der Energieausweis ist für das jeweilige Gebäude auszustellen. Lediglich bei gemischt - genutzten Objekten hat die Ausstellung für einzelne abtrennbare Teile (Wohnungen/andere Einheiten) zu erfolgen. Die Gültigkeitsdauer beträgt 10 Jahre. Zur Ausstellung von Gebäude-Energieausweisen ist der Eigentümer gemäß § 16 EnEV folglich verpflichtet:

a. bei der Neuerrichtung von Gebäuden,

b. nach Modernisierung (Änderungen an Außenwänden, Dächern, Fenstern und Außentüren von Gebäuden etc. oder bei der Erweiterung der beheizten Nutzfläche von Gebäuden um das Doppelte),

c. bei dem Verkauf von Gebäuden oder Wohnungen,

d. bei der Vermietung und Verpachtung von Gebäuden oder Wohnungen,

e. bei öffentlichen Gebäuden, mit mehr als 11.000 qm Nutzfläche. Hier bedarf es eines Aushanges des Energieausweises für die Öffentlichkeit an sichtbarer Stelle.

Von der Verpflichtung ausgenommen sind lediglich kleine Gebäude mit einer Nutzfläche von weniger als 50 qm.

Diese Vorlagepflicht bei Verkauf bzw. Vermietung wird zeitlich gestaffelt eingeführt:

- ab 01. Juli 2008 gilt die Vorlageverpflichtung des Eigentümers für einen Energieausweis beim Verkauf bzw. der Vermietung von Wohngebäuden, die vor 1965 fertig gestellt wurden.
- ab 01. Januar 2009 besteht für alle Wohngebäude bei Verkauf bzw. Vermietung diese Verpflichtung.
- ab 01. Juli 2009 trifft die Vorlageverpflichtung auch den Eigentümer bei Verkauf bzw. Vermietung von Nichtwohngebäuden.

Grundsätzlich kann im Energieausweis wahlweise der berechnete Energiebedarf, der erfasste Energieverbrauch oder beides zu Grunde gelegt werden.

Eine Ausnahme gilt bei der Neuerrichtung, bei Modernisierungen von Gebäuden und ab Oktober 2008 für den Verkauf/die Vermietung von Wohngebäuden mit weniger als fünf Wohnungen, wenn für diese der Bauantrag vor dem 01.11.1977 gestellt wurde. In diesen Fällen muss der Energieausweis den Energiebedarf ausweisen.

3. Zweck der Neuregelung, Fazit

Zweck der neuen Regelung ist, dass der Käufer oder Mieter von Gebäuden oder Gebäudeteilen diese hinsichtlich des Energie- und Wärmebedarfs besser beurteilen kann und Vergleichsmaßstäbe erhält. Der Gebäude-Energieausweis dient folglich der Information des Verbrauchers. Wird dieser Gebäude-Energieausweis bei Vermietung oder Verkauf nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig vorgelegt bzw. zugänglich gemacht, kann dies ein Bußgeld von bis zu 15.000,00 € nach sich ziehen.

Zivilrechtliche Sanktionen sind sowohl in der EnEV als auch in der Richtlinie nicht vorgesehen. Nach beiden Vorschriften dient die Erstellung und Vorlage des Gebäude-Energieausweises der Information. Ob die bloße Nichterstellung oder Nichtvorlage eine Pflichtverletzung, ggf. auch im vorvertraglichen Bereich, darstellt und zum Schadensersatz verpflichten kann, ist fraglich und es bleibt abzuwarten, wie dies in Literatur und Rechtsprechung gesehen werden wird. Eine solche Betrachtung stünde m. E. aber im Widerspruch zum vom Gesetzgeber zum Ausdruck gebrachten Willen, dass der Energieausweis lediglich der Information dient (§ 5a Satz 3 EnEG; Art. 7 Abs. 2 Satz 3 der Richtlinie). Weiterhin steht es dem potentiellen Mieter/Käufer frei, bei Nichtvorlage vom Vertrag Abstand zu nehmen. Werden jedoch bewusst oder fahrlässig falsche Angaben zur Gesamtenergieeffizienz gemacht, kann dies aber als Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht zu einer Schadensersatzverpflichtung führen.

Die Kosten für die Erstellung des Gebäude-Energiepasses sind vom Eigentümer zu tragen. Eine Übertragung dieser Kosten auf den Mieter im Wege der Betriebskostenumlage dürfte nicht möglich sein, denn die Erstellungskosten sind keine Betriebskosten, die dem Eigentümer durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch laufend entstehen, sondern fallen einmalig an. Alternativ hierzu können diese Kosten aber in der Nettokaltmiete bzw. im Kaufpreis Berücksichtigung finden.

Jedem Miet- oder Kaufvertrag ist somit in Zukunft grundsätzlich ein solcher Energieausweis beizulegen.

Christiane Ilka Kunze

Rechtsprechung Vergaberecht

Rechtschutz unterhalb der Schwellenwerte? – Einstweiliger Rechtsschutz?

Sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch das Bundesverwaltungsgericht haben Primärrechtsschutz, zumindest vor den Verwaltungsgerichten, unterhalb der Schwellenwerte für nicht möglich erachtet. Gleichwohl geht die Diskussion vor den Landgerichten weiter, namentlich in aktuellen Entscheidungen der Landgerichte Cottbus, Potsdam, Arnsberg und Frankfurt/Oder. Hier wird die Frage erörtert, ob unterhalb der Schwellenwerte Primärrechtsschutz vor Zivilgerichten möglich sei.

1. Ausgangspunkt

Die meisten Auftragsvergaben finden unterhalb der Schwellenwerte statt, insbesondere bei Bauaufträgen aufgrund des hohen Schwellenwertes von über 5 Millionen Euro. Bekanntlich ist zwar auch hier das Vergaberecht einzuhalten, allerdings besteht dort keinerlei Primärrechtsschutz, wie z.B. ein Vergabenachprüfungsverfahren. Grundsätzlich wird der Bieter auf den sogenannten Sekundärrechtschutz, d.h. Schadenersatz vor den ordentlichen Gerichten, verwiesen. Dies ist allerdings in der Praxis kaum erfolgreich. Insbesondere die Bauindustrie ist daher mit den vorbenannten Entscheidungen des Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgerichts unzufrieden. Daher verwundert es nicht, dass dieses Thema nunmehr vor den Zivilgerichten neu erörtert wird.

2. Die Entscheidungen

Es soll hier kurz auf vier aktuelle Entscheidungen der o.g. Landgerichte eingegangen werden. Das Landgericht Cottbus (Urteil vom 24.10.2007, Az.: 5 O 99/07) hält den Primärrechtsschutz vor den Zivilgerichten für möglich. Mit der Abforderung der Verdingungsunterlagen entstehe ein vorvertragliches Schuldverhältnis. Hierdurch sei das Vertrauen des Bieters geschützt, dass die VOB/A eingehalten werde. Ist ein Verstoß zu bejahen, so kann nach Auffassung des LG Cottbus eine einstweilige Verfügung erlassen werden mit dem Inhalt, die Fortsetzung des Vergabeverfahrens zu untersagen. So hat jedenfalls das LG Cottbus agiert.

Die Entscheidung des LG Franfurt/Oder (Urteil vom 20.11.2007, Az.: 13 O 360/07) ist vergleichbar. Es wird hier allerdings herausgearbeitet, dass nicht jeder Verstoß gegen eine Vergabevorschrift für den Erlass einer Einstweiligen Anordnung genüge. Es sei ein Verstoß gegen Art. 3 des Grundgesetztes, namentlich gegen das Willkürverbot, zu „fordern“. Die Vorschriften müssen willkürlich verletzt werden. In dem zu entscheidenden Fall wurde dies bejaht, da die Leistungsbeschreibung derartig mangelhaft war, dass die Angebote nicht verglichen

werden konnten (im vorliegenden Fall ging es um einen Verstoß gegen die Energieeinsparverordnung). Betont wurde, dass der Bieter auch Pflichten hat, nämlich z.B. sich zu erkundigen und zu versuchen, Konkretisierungen zu erhalten. Offenbar sieht das LG Frankfurt/Oder eine Parallele zur Rügepflicht, was jedoch nach Auffassung des Unterzeichners eine sehr freie Rechtsschöpfung darstellt.

Das LG Arnsberg (Urteil vom 19.10.2007, Az.: 8 O 134/07) hingegen löst die Grundsatzfrage anders. Die vorbenannte Verletzung vorvertraglicher Pflichten führe nur zu einem Schadensersatzanspruch. Ein Unterlassungsanspruch im laufenden Vergabeverfahren sei jedoch ausgeschlossen.

Wiederum eine andere Meinung wird beim LG Potsdam (Beschluss vom 14.11.2007, Az.: 2 0 412/07) vertreten. Unterhalb der Schwellenwerte gebe es einen zivilrechtlichen Primärrechtsschutz. Das Gericht hält den Antrag zwar für zulässig, aber für unbegründet. Primärrechtsschutz sei durch den Gesetzgeber ausdrücklich auf Verfahren oberhalb des Schwellenwertes beschränkt.

3. Fazit

Einerseits ist die Frage, ob Primärrechtschutz vor der Ordentlichen Gerichtsbarkeit zu bejahen ist, nicht neu, anderseits ist diese Frage höchstrichterlich durch die Zivilgerichtsbarkeit noch nicht entschieden. Wenn einstweiliger Rechtsschutz vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit im laufenden Verfahren zugelassen wird, dann werden hierfür in der Regel hohe Hürden aufgestellt. Es muss sich um eine (grobe) Verletzung des Willkürverbotes handeln. Der Versuch, durch einstweiligen Rechtsschutz Vergabeverfahren auch unterhalb der Schwellenwerte zu stoppen, kann daher durchaus Erfolg haben. Ansonsten ist der Bieter auf den Sekundärrechtsschutz, d.h. eine etwaigen Schadensersatzanspruch, verwiesen, der in der Regel aber kaum erfolgreich geltend gemacht werden kann.

Dr. Jörg Pamperien

Gesetzgebung Energierecht

EEG-Novelle 2009: Vergütungen von Photovoltaikanlagen sollen schneller sinken

Nach dem vorliegenden Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 04.01.2008 zur Neufassung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG), Bundesrats-Drucksache 10/08, sind ab 2009 insbesondere bei der Solarstromvergütung erhebliche Minderungen zu erwarten. Die Novelle betrifft EEG-Anlagen, die ab 1. Januar 2009 in Betrieb gehen. Der Gesetzentwurf übernimmt im Wesentlichen

die Grundstruktur des seit 2004 geltenden EEG, verändert aber für neue Anlagen die Höhe der Vergütungen und zahlreiche andere Details.

1. Grundkonzept des EEG bleibt unverändert

Grundkonzept des EEG ist es, privaten Investoren die nötige Planungs- und Investitionssicherheit für die Errichtung von Anlagen zur Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien zu geben. Auf diese Weise werden mit Hilfe der Privatwirtschaft Erneuerbare Energien deutlich ausgebaut und so im Interesse des Klima-, Natur- und Umweltschutzes die nachhaltige Energieversorgung gefördert. Hierzu werden die mit einem natürlichen Monopol ausgestatteten Netzbetreiber verpflichtet, ihrer Infrastrukturverantwortung nachzukommen und EEG-Anlagen an ihr Netz anzuschließen (Anschlusspflicht), den Strom abzunehmen und zu übertragen (Abnahme- und Übertragungspflicht) und nach gesetzlich festgelegten Mindestpreisen für die Dauer von in der Regel 20 Jahren zu vergüten (Vergütungspflicht). Die im EEG geregelten Verpflichtungen bestehen kraft Gesetzes, so dass sogenannte gesetzliche Schuldverhältnisse zwischen den EEG-Anlagenbetreibern und den Netzbetreibern bestehen. Die gesetzlich festgelegten Vergütungspreise sind bislang so fixiert, dass einerseits der wirtschaftliche Betrieb der EEG-Anlagen möglich ist, andererseits aber Überförderungen vermieden werden. Für den an Planungs- und Investitionssicherheit interessierten Investor ist diese Preisregelung das Kernelement des EEG. An dieser Preisregelung setzt die EEG-Novelle 2009 an. Gegenüber den derzeitigen Vergütungen – die für Altanlagen weiterhin gelten – sind sowohl Erhöhungen als auch Kürzungen vorgesehen.

2. Einschnitte bei Photovoltaik

Sollte es im Verlauf des parlamentarischen Verfahrens im Frühjahr 2008 keine Änderungen mehr geben, werden ab 2009 insbesondere bei der Solarstromvergütung deutliche Kürzungen in Kraft treten. Die Vergütungssätze sollen nach dem vorliegenden Gesetzentwurf ab 2009 für Freiflächenanlagen 32,0 Cent/Kilowattstunde (ct/kWh) statt bisher 33,1 ct/kWh betragen, bei Photovoltaikanlagen auf Dächern (PV-Dachanlagen) bis einschließlich 30 kW 42,48 ct/kWh (statt bisher 44,41 ct/kWh), bei PV-Dachanlagen bis einschließlich 100 kW 40,36 ct/kWh (statt bisher 42,26 ct/kWh), bei PV-Dachanlagen bis einschließlich 1 MW 39,9 ct/kWh und bei PV-Dachanlagen mit mehr als 1 MW 34,48 ct/kWh (statt bisher 41,79 ct/kWh bei PV-Dachanlagen ab 100 kW).

Zu den niedrigeren Vergütungssätzen kommt noch ein rascheres Absinken der Vergütungssätze in den kommenden Jahren. Die Vergütung für Photovoltaik-Strom soll laut Entwurf im Jahre 2010 um 7% und ab 2011 jährlich um 8 % sinken (Degression). Im Vergleich dazu wurden die Vergütungssätze nach dem gel-

tenden EEG bei PV-Dachanlagen lediglich um 5 % und bei Freiflächenanlagen um 6,5 % pro Jahr gesenkt.

3. Offshore-Windkraftanlagen im Aufwind

Auch die Vergütung für landgestützte Windkraftanlagen soll in den ersten fünf Jahren von 8,7 auf 7,95 ct/kWh gesenkt werden.

Kräftig erhöht werden dagegen die Einspeisevergütungen für sogenannte Offshore-Windkraftanlagen, die sich mindestens drei Seemeilen von der Küste entfernt im Meer befinden. Bislang gibt es in deutschen Gewässern noch keine solchen Anlagen, so dass die derzeitige Regelung noch keine Anwendung fand. In den ersten zwölf Jahren sollen Offshore-Windkraftanlagen nun 15,00 ct/kWh anstelle von bisher 9,10 ct/kWh erhalten, wobei es ab einer Distanz von zwölf Seemeilen noch Zuschläge je nach Entfernung von der Küste und Wassertiefe gibt.

4. Erhöhung bei geothermischer Stromerzeugung

Deutlich verbessert wird die geothermische Stromerzeugung, die bisher in Deutschland ebenfalls kaum eine Rolle spielt. Für Anlagen im Leistungsbereich bis 10 MW, in dem am ehesten mit Inbetriebnahmen zu rechnen ist, gelten künftig einheitlich 16,00 ct/kWh. Im Normalfall erhöht sich diese Vergütung noch um weitere 2,00 ct/kWh durch den "Wärmenutzungsbonus", der sich aus der kombinierten Verwendung des Thermalwassers für Stromerzeugung und Fernwärmeversorgung ergibt. Daneben sieht der Gesetzentwurf einen speziellen Bonus von 2,00 ct/kWh für die Nutzung "petrothermaler Techniken" vor, d.h. wenn anstelle von natürlichen Thermalwasservorkommen das "Hot-Dry-Rock"-Verfahren (HDR) oder andere Techniken zur Erschließung heißer Gesteinsschichten als Wärmetauscher genutzt werden.

5. Wasserkraft: höhere Vergütung bei kürzerer Laufzeit

Für Strom aus kleinen Wasserkraftanlagen soll die Vergütung von 9,67 auf 12,67 ct/kWh (bis 500 kW) und von 6,65 auf 7,65 ct/kWh (bis 5 MW) steigen. Als neue Untergruppe werden außerdem Anlagen bis 2 MW mit 8,65 ct/kWh vergütet. Diese Erhöhungen sind als Kompensation dafür gedacht, dass die Dauer der Vergütung künftig nur noch 20 statt bisher 30 Jahre betragen soll. Die "große Wasserkraft" ab 5 MW kann wie bisher nach degressiv gestaffelten Leistungsklassen vergütet werden, soweit eine Leistungserhöhung durch Modernisierung erfolgt ist.

6. Entwicklung bei den übrigen Erneuerbaren Energien

Bei den übrigen Erneuerbaren Energien kommt es zu kleineren Abstrichen: Strom aus Biomasse wird ab 150 kW etwas geringer vergütet. Ähnlich sieht es bei Deponie-, Klär- und Grubengas aus, das im neuen EEG nicht mehr einheitlich behandelt werden soll, sondern auf drei Paragraphen aufgeteilt wird. Am stärksten ist die Kürzung bei Grubengas-Anlagen ab 5 MW. Eine höhere Vergütung gibt es nur für Deponiegas-Anlagen bis 500 kW.

7. Fazit

Die Konsequenz für Projektentwickler und Investoren scheint insbesondere bei den bislang boomenden Photovoltaikanlagen eindeutig: Wer nicht auf einen Preisverfall bei den Anlagenkosten hoffen will, sollte noch im Jahr 2008 investieren und die EEG-Anlage in Betrieb nehmen.

Bernhard Schex

Themenschwerpunkt Russland

Erlass Methodischer Empfehlungen für die Registrierung von Rechten an Immobilien bringt Rechtsvereinheitlichung und mehr Rechtssicherheit

Der Russische Föderale Registrierungsdienst (Rosregistracia) hat sog. „Methodische Empfehlungen über die Besonderheiten der staatlichen Registrierung von Immobiliengeschäften und Immobilienrechten von ausländischen natürlichen und juristischen Personen sowie Personen ohne Staatsbürgerschaft“ („Methodische Empfehlungen“) erlassen.

1. Hintergrund und Ziele der Methodischen Empfehlungen

Grundsätzlich bedürfen in Russland Rechte an Immobilien sowie Rechtsgeschäfte mit Immobilien zu ihrer Wirksamkeit der staatlichen Registrierung im Einheitlichen Staatlichen Register für Immobilienrechte und -geschäfte („Einheitliches Staatliches Register“). Das Einheitliche Staatliche Register wird beim Russischen Föderalen Registrierungsdienst geführt. In allen Regionen Russlands existieren regionale Zweigstellen des Russischen Föderalen Registrierungsdienstes, die für die Registerführung und Registrierung der Immobilienrechte und -geschäfte zuständig sind. Örtlich zuständig ist jeweils die Zweigstelle am Ort des Grundstücks.

Bei den Methodischen Empfehlungen handelt sich um eine Art Anleitung für diese regionalen Zweigstellen des Russischen Föderalen Registrierungsdienstes,

die eine einheitliche Verfahrensweise bei der Registrierung von Immobilienrechten und -geschäften von Ausländern und ausländischen Unternehmen gewährleisten soll. Hiermit soll sichergestellt werden, dass landesweit von Sankt Petersburg bis Vladivostok identische Anforderungen an die für die Registrierung nötigen Unterlagen gestellt werden.

Die Methodischen Empfehlungen ergänzen somit das Föderale Gesetz „Über die staatliche Registrierung von Immobilienrechten und -geschäften" vom 21.07.1997, die „Regelungen über die Führung des Einheitlichen Staatlichen Registers von Immobilienrechten und -geschäften" gemäß der Verordnung Nr. 219 der Regierung der Russischen Föderation vom 18.02.1999 sowie die „Methodischen Empfehlungen zur Durchführung der staatlichen Registrierung von Immobilienrechten und -geschäften" gemäß der Verfügung Nr. 184 des Justizministeriums der Russischen Föderation vom 01.07.2002.

2. Inhalt

Grundsätzlich hat der ausländische Antragssteller zunächst den Registrierungsantrag, die Dokumente, die den Rechtserwerb oder dessen Inhaberschaft dokumentieren, also beispielsweise den Kaufvertrag, sowie den Nachweis über die Zahlung der staatlichen Registrierungsgebühr vorzulegen. Der Antragssteller legitimiert sich durch Vorlage eines Personalausweises oder Reisepasses. Organschaftliche Vertreter juristischer Personen haben darüber hinaus die Gründungsdokumente der Gesellschaft im Original oder als notariell beglaubigte Kopie vorzulegen. Sonstige Vertreter der Gesellschaft haben die ihnen erteilte Vollmacht vorzulegen.

Zukünftig soll verstärkt die Aufenthaltsgenehmigung des ausländischen Antragsstellers auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden.

Werden ausländische Dokumente bei der Antragsstellung vorgelegt, sind diese grundsätzlich zu legalisieren. Allerdings wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass bestimmte Dokumente aus den Vertragsstaaten des Haager Übereinkommens vom 05.10.1961 zur Befreiung öffentlicher Urkunden von der Legalisation nicht legalisiert werden müssen. Diese Befreiung betrifft folgende Dokumente, die in der Bundesrepublik Deutschland ausgestellt wurden:

- Gerichtliche Urkunden, einschließlich Dokumente der Staatsanwaltschaft, von Protokollführern oder Gerichtsvollziehern;
- Verwaltungsdokumente;
- Notarielle Urkunden; und
- Offizielle Vermerke, insbesondere Registereintragungen, Visa, Unterschriftsbeglaubigungen auf Dokumenten, die nicht durch einen Notar vorgenommen wurden.

Für diese Dokumente genügt vielmehr eine Apostille zum Nachweis ihrer Echtheit. Die Unterschrift, das Siegel und der Stempel, die auf der Apostille angebracht sind, bedürfen keiner Beglaubigung.

Schließlich wird klargestellt, dass alle für die Registrierung erforderlichen Unterlagen in ausländischen Sprachen mit einer notariell beglaubigten Übersetzung ins Russische eingereicht werden müssen.

3. Fazit

Die durch die Methodischen Empfehlungen bezweckte Vereinheitlichung des Verfahrens sowie der Anforderungen an die Registrierung von Immobilienrechten und -geschäften durch detaillierte Regelung der Art und Weise der vorzulegenden Unterlagen schafft mehr Rechtssicherheit und -klarheit, insbesondere und gerade für Ausländer und ausländische Unternehmen, und ist daher sehr zu begrüßen.

Thomas Fischer

Themenschwerpunkt Russland

Gesetz über die Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen

Am 01.01.2008 ist das Föderale Gesetz „Über die Entwicklung des kleinen und mittleren Unternehmertums in der Russischen Föderation“ vom 24.07.2007 in Kraft getreten (das „Gesetz“). Es tritt an die Stelle des Föderalen Gesetzes zur Förderung des Kleinunternehmertums aus dem Jahre 1995.

1. Gesetzeszweck und Ziele der Förderung

Gesetzeszweck ist es, die Entwicklung von kleinen und mittleren Unternehmen zu fördern, indem durch staatliche Programme und Maßnahmen günstige Investitionsbedingungen geschaffen werden, mit dem Ziel, die Selbständigkeit und Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen zu erhöhen. Darüber hinaus soll der Anteil kleiner und mittlerer Unternehmen am Bruttoinlandsprodukt der Russischen Föderation und somit deren Steueraufkommen gesteigert werden.

2. Anwendungsbereich

Das Gesetz unterscheidet zwischen sog. Mikrounternehmen mit bis zu 15 Mitarbeitern, Kleinunternehmen mit bis zu 100 Mitarbeitern und mittleren Unternehmen mit bis zu 250 Mitarbeitern.

Förderungswürdig sind diese Unternehmen, wenn

- an ihnen die öffentliche Hand oder ausländische natürliche oder juristische Personen nicht mit mehr als 25 % am Grund- bzw. Stammkapital beteiligt sind; und
- die Höhe der Gewinne aus dem Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen und/oder der Bilanzwert des Unternehmens einen von der Regierung der Russischen Föderation festzusetzenden Betrag nicht überschreiten.

Dieser Betrag wird alle fünf Jahre für jede Region durch die Regierung der Russischen Föderation neu festgelegt. Dabei bestimmt sich der Gewinn in Übereinstimmung mit dem im Steuergesetzbuch der Russischen Föderation festgelegten Verfahren. Der Bilanzwert des Unternehmens berechnet sich in Übereinstimmung mit der Gesetzgebung über die Rechnungslegung der Russischen Föderation.

3. Förderungsmaßnahmen

Die Förderung besteht in der Vergabe von Steuervergünstigungen, vereinfachter Buchführung, günstigeren Zahlungsbedingungen bei Privatisierungen, Aufträgen der öffentlichen Hand, finanzieller Förderung, Maßnahmen zur Entwicklung der entsprechenden Infrastruktur u.a.

Geförderte Unternehmen sind aus Gründen der Transparenz in einem Register kleiner und mittlerer Unternehmen zu erfassen.

4. Fazit

Die mit dem Föderalen Gesetz „Über die Entwicklung des kleinen und mittleren Unternehmertums in der Russischen Föderation“ angestrebte Förderung des Mittelstandes in der Russischen Föderation ist begrüßenswert und nötig, um ein langfristig stabiles Wirtschaftswachstum zu sichern, die Diversifizierung der Volkswirtschaft voranzutreiben und die einseitige Abhängigkeit von Rohstoffzyklen, insbesondere von Energieressourcen, zu beenden.

Thomas Fischer

Über diesen Newsletter

Die Autoren dieser Ausgabe sind in der Praxisgruppe Real Estate & Investments 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. Bitte wenden Sie sich an:

Christian.Weinheimer@heussen-law.de (Büro München) oder

Karsten.Kuehne@heussen-law.de (Büro Berlin).

Weitere Informationen

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

Herausgeber

Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Amtsgericht Frankfurt am Main, HRB: 46524

Geschäftsführung:

RA Georg-René Lubinski; RA Christian Weinheimer

Verantwortlich i.S.d. MDStV und des Presserechts:

Jan Dittmann	Dr. Ulrich Keunecke
Büro München:	***Büro Berlin:***
Brienner Straße 9 / Amiraplatz	Lise-Meitner-Straße 1
80333 München	10589 Berlin
Telefon: +49 (0) 89 29 09 7-0	Telefon: +49 (0) 30 7009 49-10
Telefax: +49 (0) 89 29 09 7-200	Telefax: + 49 (0) 30 7009 49-89

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.