

Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner
Bismarckstraße 11-13 | D-50672 Köln

Stadt Köln
Frau Stadtkämmerin Gabriele C. Klug
Heumarkt 14
50667 Köln

Stadt Köln - Kämmerei
Herrn Hans Dieter Körber
Heumarkt 14
50667 Köln

Registernummer	Telefon	Telefax	E-Mail
10/900066 9/oe	+49.221.95190-89	+49.221.95190-99	s.hertwig@cbh.de

Köln, den 2. September 2011

**Stadt Köln ./ Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15-18 GbR -
Messehallen**

Sehr geehrte Frau Klug,
sehr geehrter Herr Körber,

das Urteil des Landgerichts, mit welchem die Klage der Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15-18 GbR „als im Urkundenprozess unstatthaft“ abgewiesen wurde, haben wir Ihnen bereits übersandt. Mit diesem Schreiben möchte ich zu der Frage Stellung nehmen, ob die Stadt Köln ihrerseits ein Rechtsmittel gegen das Urteil einlegen sollte. Ich würde im Ergebnis eine sog. „unselbständige Anschlussberatung“ empfehlen.

Durch das Urteil ist auch die beklagte Stadt Köln beschwert, weil wir die endgültige Abweisung der Klage beantragt hatten. Das Gericht

Dr. Gert Cornelius ^{bis 1999}
Prof. Dr. Kurt Bartenbach ^{1 4}
Manfred Haesemann ²
Werner M. Mues ¹
Dr. Manfred Hecker ⁵
Dr. Joachim Strieder
Ernst Eisenbeis ¹
Dieter Maier-Peveling
Prof. Dr. Stefan Hertwig ^{2 3}
Dieter Korten M.A.
Arnd Holzapfel ³
Stefan Rappen ²
Dr. Jörg Laber ¹
Paul H. Assies ⁷
Paul M. Kiss
Dr. Ingo Jung ⁴
Johannes Ristelhuber
Jens Kunzmann ⁴
Falk Newj ⁶
Volker Werxhausen ¹
Markus Vogelheim ³
Andrea Heuser ⁸
Doris Deucker
Stefan Koch ²
André Ueckert ¹
Nadja Siebertz ⁴
Franziska Anneken
Dr. Martin Quodbach, LL.M. ⁴
Dr. Markus Ruttig ⁴
Dr. Eike N. Najork, LL.M.
Dr. Tassilo Schiffer ²
Andreas Haupt ²
Dr. Markus J. Goetzmann, LL.M.
Christian Schmitt ⁴
Christine Püschmann
Nils Mrazek ³
Torsten Bork ³
Dr. Anja Bartenbach-Fock, LL.M. ⁴
Dr. Sascha Vander, LL.M.
Christopher Küas
Dr. Jochen Hentschel
Dr. Falk Müller, LL.M. ^{1 9}
Tobias Gabriel
Dr. Marie Teworte-Vey
Lars Christoph
Niklas Kinting
Alexander Brierley, LL.M.
Dr. Cornelia Wellens
Kristin Kingerske, LL.M.
Katharina Slawinski
Dr. Jochen Kotzenberg, LL.M.
Andrea Renvert, LL.M.
Dr. Thomas Gerdom
Christoph Naendrup, LL.M.
Linda Kulczynski
Christoph Heibel

Prof. Dr. Max Dietlein ^{bis 2005}
Präsident des OVG und VGH NRW a.D.
Verwaltungs- und Verfassungsrecht

Dr. Gabriele Wurzel
Staatssekretärin a.D.
Verwaltungs- und Verfassungsrecht

Prof. Dr. Winfried Pinger
Unternehmensnachfolge und Erbrecht

Dr. Martin Pagenkopf
Richter am BVerwG a.D.
Verwaltungs- und Verfassungsrecht

- 1 Fachanwalt für Arbeitsrecht
- 2 Fachanwalt für Verwaltungsrecht
- 3 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
- 4 Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz
- 5 Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht
- 6 Fachanwalt für Versicherungsrecht
- 7 Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
- 8 Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
- 9 Fachanwalt für Strafrecht

hat die Klage lediglich als „im Urkundenprozess unstatthaft“ abgewiesen, was bedeutet, dass die Klägerin ihre Ansprüche im ordentlichen Verfahren nochmals geltend machen kann. Über die Ansprüche der Klägerin wurde mithin endgültig in diesem Verfahren noch nicht entschieden.

Die Klägerin hat bereits angekündigt, gegen dieses Urteil Berufung einlegen zu wollen. Sollte das Oberlandesgericht die Rechtsauffassungen des Landgerichts zu den fortbestehenden Übergabemängeln oder zu den europarechtlichen/beihilfenrechtlichen Einwendungen gegen das Urkundenverfahren nicht teilen, müssen wir die „Flucht nach vorne“ antreten und argumentieren, dass sich bereits aus den vorhandenen Urkunden die Richtigkeit unserer Argumentation im Hinblick auf das verbotene Beihilfenelement ergebe. Wir müssen also vortragen, dass der Mietzins über dem Marktzins liegt und dies bereits durch das Vorbringen der Klägerin selbst und die von beiden Seiten in den Prozess eingeführten Urkunden belegt sei, so dass es keiner weiteren Beweiserhebung mehr bedarf. In diesem Falle wäre der Mietvertrag unwirksam und die Klage endgültig abzuweisen. Hierfür spricht, dass die Sachverständigen beider Seiten zu ganz ähnlichen Gebäudewerten kommen und dann im Grunde nur gefragt werden muss, was für einen privaten Investor eine angemessene Verzinsung des damit verbundenen Kapitaleinsatzes gewesen wäre.

Ohne eine eigene Berufung der beklagten Stadt Köln darf das Gericht das erstinstanzliche Urteil nicht zu Lasten der Klägerin abändern. Selbst wenn das Oberlandesgericht von unseren Ausführungen überzeugt werden könnte, würde es bei einer Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils bleiben und wird der Anspruch der Klägerin nicht endgültig abgewiesen. Durch eine eigene Berufung erreichen wir, dass das erstinstanzliche Urteil auch zu Lasten der Klägerin abgeändert werden kann und eine endgültige Abweisung der Klage erfolgt.

Die Erfolgsaussichten mit einer eigenen Berufung der Stadt Köln bereits im Urkundenverfahren die endgültige Klageabweisung zu erreichen, sind allerdings nicht eindeutig. Gleichwohl würde ich dieses Vorgehen empfehlen, denn andernfalls beschäftigt sich das Berufungsgericht nur mit den Einwendungen der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts und sieht möglicherweise gar keinen Anlass, die Frage aufzuwerfen, ob nicht die Klage bereits endgültig abzuweisen wäre.

Selbst wenn das Oberlandesgericht zu dieser Auffassung käme, könnte es ohne eine eigene Berufung der Stadt Köln – wie dargelegt – gar keine endgültige Abweisung der Klage aussprechen, sondern lediglich das Urteil des Landgerichts bestätigen.

Die Stadt Köln hat prozessual zwei Möglichkeiten. Sie kann zum einen innerhalb der Berufungsfrist, also bis zum 30.09.2011, eine selbständige Berufung einlegen. Die Stadt Köln kann aber auch eine sog. „Anschlussberufung“ einlegen, sich also dem einmal eingelegten Rechtsmittel der Klägerin anschließen. Die sog. Anschlussberufung ist unselbständig, d.h. sie entfällt, wenn die Klägerin ihre Berufung zurücknehmen sollte. Die Anschlussberufung muss erst innerhalb der Frist eingelegt und begründet werden, die der Stadt Köln zur Erwidern auf die Berufung der Klägerin gesetzt wird. Die Anschlussberufung verliert jedoch ihre Wirkung, wenn die gegnerische Berufung zurückgenommen oder als unzulässig oder offensichtlich unbegründet bereits durch Beschluss zurückgewiesen wird. In diesem Fall hat die Anschlussberufung aber auch Kostenvorteile: Die Klägerin, welche eine selbständige Berufung eingelegt hat, muss dann auch die Kosten der Anschlussberufung tragen.

Angesichts der nicht eindeutigen Erfolgsaussichten einer Berufung der Stadt Köln gegen das Urteil ist eine selbständige Berufung nicht anzuraten. Aus den dargelegten Gründen empfehle ich jedoch, sich einer Berufung der Klägerin anzuschließen. Wir erweitern auf diese Weise das Prüfungsprogramm des Oberlandesgerichts und verlagern den Schwerpunkt des Berufungsverfahrens von rein prozessualen Fragen auf den eigentlichen Kern des Rechtsstreits, nämlich die Frage, ob eine nicht marktübliche Miethöhe vorliegt, die eine verbotene Beihilfe darstellt.

Bitte lassen Sie mich vor Ablauf der Berufungsfrist (30.09.2011) wissen, ob Sie dieser Empfehlung folgen möchten.

Mit freundlichen Grüßen

(Prof. Dr. Stefan Hertwig)
Rechtsanwalt