

---

Newsletter, 1. Quartal 2011

---

## Real Estate

---

Vergaberecht

**Umfassende Akteneinsicht bei Nachprüfungsverfahren**

(OLG München, Entscheidung vom 8. November 2010 – Verg 20/10)

Seite 2

Mietrecht

**Vorwegabzug für gewerbliche Nutzung nicht zwingende**

**Voraussetzung für formelle Wirksamkeit einer Betriebskostenabrechnung**

(BGH, Urteil vom 11. August 2010 – VII ZR 45/10)

Seite 3

Grundstücksrecht

**Beurkundungspflicht für Bauverträge**

(BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 – VII ZR 246/08)

Seite 5

Umweltrecht

**Klagerechte von Umweltverbänden auf dem Prüfstand**

(OVG NRW, Vorlagebeschluss vom 5. März 2009 – 8 D 58/08.AK; EuGH, Rechtssache C-115/09)

Seite 6

Steuerrecht

**Konzernvergünstigung im Grunderwerbsteuerrecht –**

**Konkretisierungen durch Ländererlass der Finanzverwaltung**

Seite 8

**Grunderwerbsteuer: Gestiegene Steuersätze**

Seite 9

---

Vergaberecht

# Umfassende Akteneinsicht bei Nachprüfungsverfahren

(OLG München, Entscheidung vom 8. November 2010 – Verg 20/10)

**Häufig wird in Nachprüfungsverfahren das Recht auf Akteneinsicht zu Lasten des Unternehmens, das die Beschwerde erhoben hat, unzulässig eingeschränkt. Vergabekammern berufen sich für eine restriktive Handhabung dieses Rechts oft auch auf eine voraussichtliche Erfolglosigkeit des Antrags. Hierdurch wird das Gebot effektiven Rechtsschutzes aber nicht nur erheblich verkürzt, sondern dem Antragsteller seinerseits die Möglichkeit genommen, sich durch Akteneinsicht ein Bild darüber zu machen, ob die gerügten Vergaberechtsverletzungen vorliegen. Das OLG München tritt der weit verbreiteten Praxis jetzt entgegen und gewährt umfassende Akteneinsicht auch bei voraussichtlich erfolglosen Nachprüfungsverfahren.**

## Entscheidung

Das Gericht hat entschieden, dass ein Anspruch auf Akteneinsicht auch dann besteht, wenn ein Nachprüfungsantrag im Ergebnis unzulässig oder unbegründet ist. Nach überzeugender Ansicht des OLG ist es ein Gebot des fairen Verfahrens und des Anspruchs auf rechtliches Gehör, dem Antragsteller eines Nachprüfungsverfahrens in angemessenem Umfang Einsicht in die Unterlagen der Vergabestelle zu gewähren, die zur Beurteilung der Unzulässigkeit oder Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags bedeutsam sein können. Akteneinsicht ist erst dann zu versagen, soweit der Geheimnisschutz anderer Bieter dagegen steht oder der Bieter „ins Blaue“ Fehler oder mögliche Verstöße rügt, um dann mit Hilfe der Akteneinsicht zusätzliche Informationen zur Untermauerung bloßer substanzloser Mutmaßungen zu erhalten. Das Recht auf Akteneinsicht gemäß § 111 GWB ist Ausfluss verfassungsrechtlich geschützter Rechte. Es dient der Gewährleistung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) bzw. der Wahrung des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG), wonach ein Gericht – oder auch eine gerichtsähnliche Institution wie die Vergabekammer im Nachprüfungsverfahren – seiner Entscheidung nicht Tatsachen oder Beweisergebnisse zugrunde legen darf, zu denen sich die Beteiligten nicht äußern konnten. Auch sichert das Akteneinsichtsrecht das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 GG.

Beschränkt ist der Anspruch auf Akteneinsicht allein durch das berechnete Interesse anderer Bieter – so auch der ausdrückliche Hinweis in § 111 Abs. 2 GWB – an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse. Deswegen ist in die Angebote der Konkurrenten grundsätzlich keine Akteneinsicht zu gewähren, zudem sind typischerweise bei der Einsicht in Dokumente der Vergabestelle gegebenenfalls Schwärzungen zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse anderer Beteiligter vorzunehmen. Zwar verweigert die Rechtsprechung gelegentlich Akteneinsicht mit der Begründung, die Einsicht in Unterlagen sei zur Durchsetzung der subjektiven Rechte des betroffenen Verfahrensbeteiligten nicht erforderlich. Daraus folgt jedoch nicht, dass ein Antragsteller, dessen Nachprüfungsantrag die Vergabekammer im Ergebnis als unzulässig oder unbegründet beurteilt, a priori keinen Anspruch auf Akteneinsicht haben kann. Auch ihm ist Einsicht in die Unterlagen zu gewähren, die für die Beurteilung der Unzulässigkeit bzw. Unbegründetheit seines Antrags bedeutsam sein können, so beispielsweise in die Dokumente, in denen die Vergabestelle wie hier die Gründe für einen strittigen Angebotsausschluss niedergelegt hat.

Entscheidend stellt das Gericht fest, dass wegen des grundrechtlichen Hintergrundes die Gewährung von Akteneinsicht *nicht* im Ermessen der Vergabekammer steht, sondern die Beteiligten einen Rechtsanspruch auf Akteneinsicht haben. Die Vergabekammer hätte in dem entschiedenen Fall der Antragstellerin weitaus umfangreicher Akteneinsicht gewähren müssen. Hier hatte das zur Beratung der Vergabestelle eingeschaltete Ingenieurbüro mehrseitige Übersichten zu den wesentlichen Streitpunkten des Verfahrens zusammengestellt, bspw. welche Anforderungen im Leistungsverzeichnis an die vom Bieter ausgewählten Produkte festgelegt sind und inwieweit und aus welchen Sachgründen die Angaben der Antragstellerin unzureichend waren. Auch lag ein ausführlicher Vergabevorschlag mit handschriftlichen Vermerken der Vergabestelle vor. Nach Ansicht des Gerichts hätte die Vergabekammer diese Dokumente in Kopie zur Verfügung stellen müssen. Aufgrund der tatsächlichen und rechtlichen Streitfragen waren die Unterlagen für die Frage, ob das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschlossen wurde, bedeutsam. Sie betrafen auch ausschließlich das Angebot der An-

tragstellerin, weswegen berechnete Interessen anderer Bieter der Akteneinsicht nicht entgegenstehen konnten.

### Bewertung

Der Entscheidung des OLG München liegt richtigerweise das Verständnis zugrunde, dass es zunächst dem Antragsteller des Nachprüfungsverfahrens obliegt, anhand sämtlicher vergaberelevanter Informationen zu beurteilen, ob er mit Aussicht auf Erfolg eine mögliche Rechtsverletzung angreifen kann. Hierzu gehört – so die ausdrückliche Regelung in § 111 GWB – auch das Recht auf Akteneinsicht. Die Vergabekammer hat den Akteninhalt bei der Festlegung des Umfangs der Einsicht allein daraufhin zu beurteilen, ob durch eine extensive Offenlegung Rechte Dritter beeinträchtigt oder aber erst – was nicht zulässig ist – die substantielle Begründung für einen angeblichen Vergabeverstoß ermöglicht wird. Einer „Rüge ins Blaue“ soll nicht nachträglich Substanz verschafft werden. Das Recht auf Akteneinsicht soll aber gerade sicherstellen, dass den Verfahrensbeteiligten angemessen

Gelegenheit gegeben wird, Dokumente, die die entscheidenden Streitfragen betreffen, selbst zu prüfen und Argumente zu ihren Gunsten vorbringen zu können. Letztendlich dient dieser Ansatz auch der Verfahrensökonomie, da der Antragsteller nach Einsicht – und bei offensichtlicher Erfolglosigkeit seines Antrages – noch die Möglichkeit hat, den Antrag kostenmindernd zurückzunehmen.

---

**Henner M. Puppel, Partner**  
**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Essen**  
**Telefon +49 201 9220 24037**  
**henner.puppel@luther-lawfirm.com**

---

**Martin Steuber, LL.M.**  
**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Essen**  
**Telefon +49 201 9220 24797**  
**martin.steuber@luther-lawfirm.com**

---

## Mietrecht

# Vorwegabzug für gewerbliche Nutzung nicht zwingende Voraussetzung für formelle Wirksamkeit einer Betriebskostenabrechnung

(BGH, Urteil vom 11. August 2010 – VII ZR 45/10)

Mit Urteil vom 11. August 2010 (VIII ZR 45/10) entschied der Bundesgerichtshof (BGH), dass bei der Abrechnung von Betriebskosten für ein teils gewerblich, teils zu Wohnzwecken genutztes Gebäude die Vornahme eines Vorwegabzugs für die gewerbliche Nutzung selbst dann nicht zu den an eine Abrechnung zu stellenden Mindestanforderungen gehört, wenn durch die gewerbliche Nutzung ein erheblicher Mehrverbrauch verursacht wird und ein Vorwegabzug deshalb an sich geboten ist.

Zudem entschied der BGH, dass dem Mieter eines gemischt genutzten Objekts bei einer Abrechnung der Betriebskosten nach dem Flächenmaßstab die Darlegungs- und Beweislast dafür obliegt, dass durch die gewerbliche Nutzung tatsächlich erhebliche Mehrkosten pro Quadratmeter entstehen.

### Sachverhalt

Die Beklagten sind Mieter einer Wohnung der Klägerin in einem Bahnhofscenter, dessen unterste drei Stockwerke gewerblich genutzt sind. Die Klägerin verlangte Zahlung der sich aus mehreren Betriebskostenabrechnungen ergebenden Salden. Die Parteien streiten darüber, ob bei der Abrechnung der Betriebskosten ein Vorwegabzug für die gewerblichen Nutzungen vorzunehmen ist.

### Entscheidung

Eine Betriebskostenabrechnung sei formell ordnungsgemäß, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält. Bei Gebäuden mit meh-

rerer Wohneinheiten sind nach der ständigen Rechtsprechung des BGH regelmäßig die folgenden Mindestangaben mit aufzunehmen; eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe des zu Grunde gelegten Verteilerschlüssels – ggf. mit Erläuterung –, die Berechnung des Mieteranteils und der Abzug der Vorauszahlungen des Mieters (BGH Urteil vom 19. November 2008 – VIII ZR 295/07; Urteil vom 28. Mai 2008 – VIII ZR 261/07; Urteil vom 09. April 2008 – VIII ZR 84/07). Entgegen der Auffassung einiger Instanzgerichte gehöre die Vornahme eines Vorwegabzugs für die gewerbliche Nutzung jedoch selbst dann nicht zu den Mindestanforderungen einer Abrechnung, wenn durch die gewerbliche Nutzung ein erheblicher Mehrverbrauch verursacht wird und deshalb ein solcher Vorwegabzug geboten wäre. Der BGH stellte insoweit klarstellend fest, dass formelle Abrechnungsfehler nur dann zu einer vollständigen Unwirksamkeit von Betriebskostenabrechnungen führten, wenn diese sich durch die gesamte Abrechnung ziehen. Betreffe ein formeller Fehler nur einzelne Kostenpositionen und können diese Einzelpositionen unschwer herausgerechnet werden, bleibe die Abrechnung im Übrigen unberührt (BGH Urteil vom 14. Februar 2007 – VIII ZR 1/06). Nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden 8. Senats sei ein Vorwegabzug aus Billigkeitsgründen zwar grundsätzlich erforderlich, wenn die Gewerbenutzung bei einer Abrechnung nach dem Flächenmaßstab, zu einer erheblichen Mehrbelastung der Wohnungsmieter führe (BGH Urteil vom 8. März 2006 – VIII ZR 78/05). Dafür, dass durch die gewerbliche Nutzung tatsächlich erhebliche Mehrkosten entstehen, trage jedoch der Mieter die Darlegungs- und Beweislast. Auch ein überwiegend gewerblich genutzter Flächenanteil rechtfertige nicht die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast zu Lasten des Vermieters. Ob die Betriebs-

kosten pro Quadratmeter bei gewerblichen Einheiten wesentlich höher sind als bei Wohneinheiten, lasse sich weder pauschal mit dem Hinweis auf erhöhten Publikumsverkehr der Gewerbeeinheiten oder durch einen Vergleich mit den in einem Betriebskostenspiegel ausgewiesenen Durchschnittskosten begründen. Eine Beurteilung kann nur anhand der konkreten Gegebenheiten des Gebäudekomplexes und der Art der gewerblichen Nutzung beurteilt werden. Dabei sei hinsichtlich der einzelnen Betriebskosten zu differenzieren. Auch wenn ein Vorwegabzug erforderlich ist, muss der Vermieter allerdings sämtliche anfallenden Gesamtkosten angeben (BGH, Urteil vom 14. Februar 2007 – VIII ZR 1/06). Eine Mitteilung nur der insoweit schon bereinigten Kosten ist nicht ausreichend. Dem Mieter muss auch ersichtlich sein, ob und in welcher Höhe nicht umlagefähige Kosten vorab abgesetzt worden sind, denn auch dies hat Einfluss auf die dem Mieter angelasteten Kosten.

#### **Bewertung**

Unabhängig von der Frage, ob ein Vorwegabzug für gewerbliche Nutzung im Rahmen einer Betriebskostenabrechnung im Einzelfall geboten ist, können sich Wohnungsmieter nach der jüngsten Entscheidung des BGH jedenfalls nicht auf eine formelle Unwirksamkeit der Betriebskostenabrechnung berufen, wenn ein solcher Vorwegabzug nicht vorgenommen wurde.

---

**Florian Grüner**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin**

**Telefon +49 30 52133 25758**

**[florian.gruener@luther-lawfirm.com](mailto:florian.gruener@luther-lawfirm.com)**

---

## Grundstücksrecht

# Beurkundungspflicht für Bauverträge

(BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 – VII ZR 246/08)

Zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Bauvertrag der Beurkundungspflicht unterliegt

### Sachverhalt

Die Beklagten schlossen in privatschriftlicher Form mit dem klagenden Bauunternehmer einen Bauvertrag über die Errichtung eines Einfamilienhauses. Das Haus sollte der Kläger auf einem Grundstück errichten, das zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrages zwar bereits näher bezeichnet werden konnte, das aber noch nicht im Eigentum der Beklagten stand, von diesen daher zunächst noch erworben werden musste. Der Bauvertrag enthielt insoweit eine dort so bezeichnete „Sondereinbarung“, wonach die Beklagten ohne Kostenlast von dem Bauvertrag zurücktreten durften, sofern der beabsichtigte Grundstückserwerb nicht gelingen würde.

Der von den Beklagten beabsichtigte Grundstückserwerb scheiterte schließlich, woraufhin die Beklagten unter Berufung auf die „Sondereinbarung“ ihr Rücktrittsrecht durch schriftlich Erklärung gegenüber der Klägerin ausübten und davon ausgingen, von sämtlichen Zahlungspflichten aus dem Bauvertrag frei zu sein. Der Kläger hingegen wertete die Rücktrittserklärung als Kündigung, da er davon ausging, dass die Voraussetzungen eines Rücktrittes nicht vorlagen und verlangte dementsprechend seine anteilige, bis zur Kündigung des Bauvertrages verdiente Vergütung.

Im Streit stand nunmehr die von den Beklagten aufgeworfene Frage, ob der lediglich privatschriftlich geschlossene Bauvertrag im Hinblick auf den weiterhin beabsichtigten Grundstückserwerb der notariellen Beurkundung bedurfte hätte. In diesem Fall wäre der Bauvertrag wegen eines Verstoßes gegen den gesetzlichen Beurkundungszwang nichtig mit der Folge, dass auch kein vertraglicher Vergütungsanspruch des Klägers besteht.

### Entscheidung

Während das OLG den Vergütungsanspruch des Bauunternehmers für begründet hielt, folgte der BGH dieser Einschätzung nicht und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Sachverhaltsaufklärung an das OLG zurück. Hierbei hat der BGH klare Maßstäbe definiert, anhand derer

über die Frage der Beurkundungsbedürftigkeit eines Bauvertrages zu entscheiden ist. Danach gilt:

Grundsätzlich ist ein Bauvertrag formfrei wirksam. Enthält dieser zugleich eine Verpflichtung zum Erwerb des Baugrundstückes, unterliegt er jedoch dem Formzwang.

Für die Formzwangerstreckung kommt es jedoch nicht allein darauf an, dass die Verpflichtung zum Erwerb des Baugrundstückes sich unmittelbar aus dem Bauvertrag ergibt. Insoweit reicht es für eine Erstreckung auch aus, dass der Bauvertrag mit dem vorgesehenen Grundstückskaufvertrag eine *rechtliche Einheit* bildet. Eine solche rechtliche Einheit, die das OLG nicht geprüft hatte, besteht nach Maßgabe der BGH-Rechtsprechung jedenfalls immer dann, wenn die Vertragsparteien den Willen haben, beide Verträge in der Weise miteinander zu verknüpfen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen. Eine rechtliche Einheit kann somit auch dann vorliegen, wenn beide Verträge nicht in einer Urkunde enthalten sind, sondern nacheinander geschlossen werden und sogar dann, wenn die Parteien des Bauvertrages nicht identisch sind mit den Parteien des Grundstückskaufvertrages. Auch die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts in einem Vertrag steht nach Ansicht des BGH der rechtlichen Einheit mit einem anderen Vertrag nicht entgegen. Sind die Verträge nicht wechselseitig voneinander abhängig, kommt eine Ausdehnung des Formzwanges auf den Bauvertrag in Betracht, wenn das Grundstücksgeschäft von dem Bauvertrag abhängt.

Mit Blick auf die ausstehende Entscheidung durch das OLG stellt der BGH weiter klar, dass für die Beurteilung, ob eine rechtliche Einheit vorliegt, nicht auf den Willen der Parteien des Grundstückskaufvertrages abgestellt werden darf, da dieser Wille im Zeitpunkt des zeitlich zuvor abgeschlossenen Bauvertrages regelmäßig noch nicht feststeht. Vielmehr kommt es nach Auffassung des BGH darauf an, dass nach dem Willen der Bauvertragsparteien der für die Bebauung notwendige Grundstückserwerb von dem Bauvertrag in der Weise abhängen soll, dass beide Verträge miteinander stehen und fallen sollen: Gehen die Bauvertragsparteien also übereinstimmend davon aus, dass der Grundstückserwerb nach dem Willen der Parteien des Grundstückskaufvertrages von dem Bauvertrag abhängen solle, so liegt nach den

Maßgaben des BGH auch hier eine rechtliche Einheit mit der Folge der Erstreckung der Beurkundungsbedürftigkeit auf den Bauvertrag vor.

Nach Meinung des BGH kann eine rechtliche Einheit jedoch nicht schon allein deshalb angenommen werden, weil der Auftraggeber des Bauvertrages generell ein Baugrundstück noch benötigt; auch soll es für sich genommen keine Rolle spielen, dass der Auftraggeber bereits ein bestimmtes Grundstück zum Kauf ins Auge gefasst hat. Maßgebliche Anknüpfungspunkte für die Annahme, dass eine Verbindung beider Geschäfte gewollt ist, sind aber darin zu sehen, dass die Parteien beider Verträge identisch sind oder der Bauunternehmer maßgeblichen Einfluss auf die Durchführung des Kaufvertrages hat. Fehlt es daran, müssen für die Annahme einer rechtlichen Einheit beider Verträge besondere Umstände vorliegen.

#### **Bewertung**

Die Entscheidung stellt eine konsequente Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechung des BGH zur Formzwangserstreckung auf an sich formfreie Vertragabschlüsse dar. Die entscheidende neue Aussage des BGH dürfte darin zu

sehen sein, dass sich die Beurteilung der Frage, ob ein Fall der Erstreckung der Beurkundungspflicht angenommen werden muss, allein nach den *Vorstellungen der Parteien des Bauvertrages* richtet und es auf den Willen der Parteien des Grundstückskaufvertrages nicht ankommt. Darüber hinaus nennt der BGH die Kriterien, die für bzw. gegen die Annahme rechtlicher Einheit sprechen.

Gleichwohl bleibt es dabei, dass auch mit den vom BGH an die Hand gegebenen Wertungsmaßstäben die Frage der Beurkundungsbedürftigkeit nicht schematisch beurteilt werden kann. Im Hinblick auf die drastische Folge der Vertragsnichtigkeit im Falle einer Verkennung des Formzwanges – was zum Verlust der vertraglichen Ansprüche insgesamt führt – empfiehlt es sich, in Zweifelsfällen die Frage der Beurkundungsbedürftigkeit *vor* Vertragsabschluss zu prüfen.

---

**Philipp Zschaler**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin**

**Telefon +49 30 52133 0**

**[philipp.zschaler@luther-lawfirm.com](mailto:philipp.zschaler@luther-lawfirm.com)**

---

## Umweltrecht

# Klagerechte von Umweltverbänden auf dem Prüfstand

(OVG NRW, Vorlagebeschluss vom 5. März 2009 – 8 D 58/08.AK; EuGH, Rechtssache C-115/09)

Vorhabenträger aufgepasst: Es steht zu erwarten, dass Umweltverbände in Deutschland künftig bei UVP-pflichtigen Vorhaben mehr Klagerechte zustehen, mit der Folge, dass sie erfolgreicher gegen Umweltverstöße vorgehen können.

#### **Sachverhalt**

Im Ausgangsverfahren klagt der Landesverband NRW des Bundes für Umwelt und Naturschutz Deutschland (BUND) vor dem Oberverwaltungsgericht (OVG) NRW gegen das geplante Steinkohlekraftwerk der Trianel in Lünen. Der Umweltverband rügt, dass der immissionsschutzrechtliche Vorbescheid und die erste Teilgenehmigung der zuständigen Bezirksregierung Arnberg gegen Vorschriften des Wasser- und Natur-

schutzrechts sowie gegen den immissionsschutzrechtlichen Vorsorgegrundsatz verstießen. Jedoch kann ein Umweltverband nach dem deutschen Umweltrechtsbehelfsgesetz seine Klage gegen behördliche Entscheidungen nicht auf derartige Verstöße stützen, weil sie lediglich dem Schutz der Allgemeinheit dienen und nicht dem Schutz Einzelner. Das OVG NRW sah sich wegen der Entscheidungserheblichkeit der Frage veranlasst, dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) im Wege der Vorabentscheidung die Frage vorzulegen, ob diese Beschränkung der Klagebefugnis auf Rechte, die dem Schutz Einzelner dienen (sog. drittschützende Rechtsvorschriften), im Einklang mit den einschlägigen europarechtlichen Vorgaben steht, insbesondere mit Art. 10a der UVP-Richtlinie

(Richtlinie 85/337/EWG vom 27. Juni 1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten).

### **Verfahrensstand**

Die Entscheidung des EuGH in der Sache ist zwar noch nicht gefallen. Es liegt aber jetzt die Stellungnahme der Generalanwältin Eleonor Sharpston vor. Die Generalanwälte am EuGH haben die Funktion, in völliger Unparteilichkeit und Unabhängigkeit begründete Schlussanträge zu bestimmten, dem Gericht unterbreiteten Rechtssachen öffentlich zu stellen, um das Gericht bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen. Trotz ihres Namens haben Generalanwälte nicht die Funktion, die einem deutschen Staatsanwalt oder Anwalt vergleichbar wäre, sondern sie sind Mitglieder des Gerichts. In den weitaus überwiegenden Fällen folgt der EuGH bei seiner Entscheidung der Stellungnahme der Generalanwälte.

### **Stellungnahme der Generalanwältin am EuGH**

Generalanwältin Sharpston beurteilt in ihrer Stellungnahme das deutsche Umweltrechtsbehelfsgesetz als europarechtswidrig. Im deutschen Umweltrecht bestünde Rechtsschutz letztlich nur, wenn Gesundheitsverletzungen von Menschen drohten. Dies werde den Vorgaben der UVP-Richtlinie nicht gerecht. Aus Sicht der Generalanwältin soll sich das Klagerecht nichtstaatlicher Umweltorganisationen auf alle Umweltvorschriften beziehen können, unabhängig davon, ob diese Vorschriften lediglich im Interesse der Allgemeinheit oder auch zum Schutz der Rechtsgüter Einzelner bestehen. Die Generalanwältin spricht sich dafür aus, dass Umweltverbände deswegen ihr Klagerecht sogar unmittelbar aus dem Europarecht, nämlich Art. 10a der UVP-Richtlinie herleiten können.

### **Fortgang des Verfahrens vor dem OVG NRW**

Die Entscheidung des EuGH wird im Frühjahr 2011 erwartet. Es ist wahrscheinlich, dass auch der EuGH das Umweltrechtsbehelfsgesetz hinsichtlich der Beschränkung der Klagerechte von Umweltverbänden als nicht europarechtskonform beurteilen wird und dass er die UVP-Richtlinie in diesem Punkt für unmittelbar anwendbar halten wird. Auf Grundlage der Entscheidung des EuGH wird dann vor

dem OVG NRW in Sachen Kraftwerk Lünen weiter verhandelt werden.

### **Bewertung**

Sollte der EuGH der Stellungnahme der Generalanwältin Sharpston folgen, wären erhebliche Auswirkungen für das deutsche Recht zu erwarten, die über das oben beschriebene Verfahren hinausgehen. Denn das Umweltrechtsbehelfsgesetz gilt für alle Vorhaben, für die zwingend eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist, also auch für bestimmte Bauvorhaben und Bebauungspläne. Das Umweltrechtsbehelfsgesetz müsste bei einem Verstoß gegen EU-Recht angepasst werden. In der Zwischenzeit stünde den Umweltverbänden ein weitreichendes Klagerecht zur Geltendmachung von Umweltrechtsverstößen unmittelbar aus der UVP-Richtlinie zu. Das OVG NRW wird sich im Nachgang zu der Entscheidung des EuGH ferner mit der Frage beschäftigen müssen, ob Umweltverbände bei Verstößen gegen Umweltvorschriften auch zwingend ein Recht auf Aufhebung der Genehmigung, des Bebauungsplans oder der sonstigen behördlichen Entscheidung zusteht. Denn das Vorabentscheidungsverfahren beantwortet nur die Frage, unter welchen Voraussetzungen Umweltverbände Zugang zu Gerichten haben. Wenn Umweltverbände die Verletzung aller für die Zulassung eines Vorhabens maßgeblichen Umweltvorschriften, wie zum Beispiel solche des Wasser- und Naturschutzrechts, im Klagewege rügen könnten, würde dies nicht unbedingt zu einer Klagenflut führen. Die erhobenen Klagen würden wahrscheinlich aber häufiger erfolgreich sein und zu einer Aufhebung von Genehmigungen, Bebauungsplänen etc. führen. In der Konsequenz wird dies für Vorhabenträger und Genehmigungsbehörden bedeuten, dass Umweltvorschriften zukünftig noch sorgfältiger beachtet werden müssten.

---

**Claudia Schoppen, Partnerin**  
**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Essen**  
**Telefon +49 201 9220 13176**  
**[claudia.schoppen@luther-lawfirm.com](mailto:claudia.schoppen@luther-lawfirm.com)**

---



Steuerrecht

# Konzernvergünstigung im Grunderwerbsteuerrecht – Konkretisierungen durch Ländererlass der Finanzverwaltung

Mit § 6a GrEStG wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2010 erstmalig eine Steuervergünstigung für bestimmte Umstrukturierungen innerhalb von Konzernen im Grunderwerbsteuerrecht geschaffen, die jedoch aufgrund einer Vielzahl gesetzgeberischer Schwächen und Unklarheiten bislang keine wirkliche Erleichterung war. Am 1. Dezember 2010 wurde nun der koordinierte Ländererlass zu § 6a Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG) veröffentlicht, der zwar einen Teil der seit Inkrafttreten der Norm bestehenden Zweifelsfragen beantwortet, jedoch viele Fragen offen lässt.

## A. Grundfunktion der Norm des § 6a GrEStG

Das Grunderwerbsteuerrecht unterwirft nicht nur Grundstücksübertragungen im Wege des Asset Deals der Besteuerung, sondern stellt dem auch bestimmte mittelbare und unmittelbare Anteilseignerwechsel an grundbesitzenden Gesellschaften gleich. In bestimmten Konstellationen solcher Anteilseignerwechsel ordnet der mit Wirkung zum 1. Januar 2010 eingeführte § 6a GrEStG an, dass auf diesen an sich steuerbaren Vorgang keine Grunderwerbsteuer erhoben wird.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Vergünstigung ist, dass der den Grunderwerbsteuertatbestand erfüllende Vorgang durch eine Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung im Sinne des UmwG eingetreten ist, an der ausschließlich ein herrschendes Unternehmen und von diesem abhängige Konzerngesellschaften (z.B. Mutter und Tochter oder Tochter und Enkelin) oder lediglich mehrere abhängige Konzerngesellschaften (z.B. zwei Schwestergesellschaften) beteiligt waren. Einbringungen im Wege der Einzelrechtsnachfolge oder direkte Grundstücksübertragungen im Konzern werden von § 6a GrEStG jedoch nicht begünstigt. Als von einem herrschenden Unternehmen „abhängig“ gilt eine Gesellschaft dann, wenn das herrschende Unternehmen an ihr im Zeitraum von fünf Jahren vor dem Umwandlungsvorgang bis fünf Jahre nach dem Umwandlungsvorgang ununterbrochen zu mindestens 95 % –

unmittelbar oder mittelbar – beteiligt war. Werden diese Vor- und Nachbehaltensfristen nicht eingehalten, wird der durch den Umwandlungsvorgang realisierte Grunderwerbsteuertatbestand nachträglich der Besteuerung unterworfen.

## B. Konkretisierungen durch Ländererlass

### 1. Herrschende Unternehmen und abhängige Gesellschaften

„Herrschendes Unternehmen“ kann laut Erlass nur sein, wer Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetz ist. Damit scheiden reine Holding-Gesellschaften ebenso aus wie Gebietskörperschaften, die die in Frage stehenden Anteile nicht einem Betrieb gewerblicher Art zugeordnet haben. Es ist davon auszugehen, dass es im Konzern jeweils nur ein einziges „herrschendes Unternehmen“ geben kann. „Abhängige Gesellschaften“ können laut Erlass sowohl Kapitalgesellschaften als auch Personengesellschaften sein.

### 2. Ermittlung der 95%-Beteiligungsgrenze

Bei mehrstufigen Beteiligungen besteht eine ausreichende mittelbare Beteiligung dann, wenn „auf jeder Stufe“ eine kapitalmäßige Beteiligung von mindestens 95 % besteht. Damit scheiden aus dem Anwendungsbereich des § 6a GrEStG alle Gesellschaften aus, an denen – zur Vermeidung von Grunderwerbsteuer – ein Dritter eine Beteiligung von mehr als 5 % hält. Zur Frage der Ermittlung der Beteiligungsgrenze bei zwischengeschalteten Personengesellschaften enthält der Erlass keine Ausführungen, voraussichtlich wird dabei auf das Verhältnis der Kapitalkonten der Gesellschafter zueinander abzustellen sein.

### 3. Haltefristen

Gesellschaften, die innerhalb von fünf Jahren vor dem Umwandlungsvorgang erworben oder neu gegründet wurden, erfüllen die Voraussetzung der Vorbehaltensfrist nicht, es sei denn, sie sind durch einen Umwandlungsvorgang im Konzernverbund entstanden, so dass z. B. eine Spaltung zur Neugründung im Rahmen von § 6a GrEStG möglich sein sollte,



obgleich nicht alle am Umwandlungsvorgang beteiligten Gesellschaften bereits fünf Jahre vorher bestanden.

Sofern im Rahmen der Umwandlung eine übertragende abhängige Gesellschaft erlischt (z.B. im Rahmen einer Verschmelzung), ist zwar insoweit die Nachbehaltensfrist nicht eingehalten, jedoch steht dies laut Erlass der Anwendung des § 6a GrEStG nicht entgegen. Zur Frage der Schädlichkeit von Umwandlungen (Verschmelzungen etc.) des herrschenden Unternehmens und der abhängigen Gesellschaften innerhalb der Nachbehaltensfrist äußert sich der Erlass nicht.

Sofern innerhalb der Frist von fünf Jahren nach dem Umwandlungsvorgang die Beteiligung des herrschenden Unternehmens an einer beteiligten abhängigen Gesellschaft unter 95 % sinkt, führt dies dazu, dass die Begünstigung gemäß § 6a GrEStG rückwirkend versagt wird. Dies gilt selbst dann, wenn der Vorgang, der zum Absinken der Beteiligungsquote geführt hat, der Grunderwerbsteuer unterlegen hat und unabhängig davon, ob die betroffene abhängige Gesellschaft überhaupt noch Grundbesitz hält.

Sofern ein Grundstück, bezüglich dessen im Rahmen eines Umwandlungsvorgangs aufgrund von § 6a GrEStG keine

Grunderwerbsteuer erhoben wurde, innerhalb der fünfjährigen Nachbehaltensfrist veräußert wird, lässt dies die Begünstigung des Umwandlungsvorgangs nach § 6a GrEStG nicht rückwirkend entfallen.

### C. Bewertung

Wenngleich der Erlass zu einzelnen bislang unklaren Aspekten nunmehr Stellung nimmt, bleiben dennoch viele Fragen zu den Voraussetzungen als auch insbesondere zur Reichweite der Vergünstigung offen. Gleichzeitig wirft der Erlass auch neue Fragen auf. Derzeit sind auf Grundlage der gesetzlichen Regelung und des Erlasses lediglich einfach gestaltete Sachverhalte rechtssicher zu beurteilen. In allen anderen Fällen ist aufgrund der lückenhaften Regelung zu empfehlen, die Frage des Eingreifens der Vergünstigung im Rahmen eines Antrags auf verbindliche Auskunft abzusichern.

---

**Peter Schäffler, Partner**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München**

**Telefon +49 89 23714 24765**

**[peter.schaeffler@luther-lawfirm.com](mailto:peter.schaeffler@luther-lawfirm.com)**

---

## Grunderwerbsteuer: Gestiegene Steuersätze

Bis 2006 betrug der Grunderwerbsteuersatz einheitlich 3,5 %. Seit 2006 dürfen die Bundesländer die Grunderwerbsteuersätze selbstständig festlegen. Seitdem machen mehr und mehr Länder von dieser Möglichkeit Gebrauch, zuletzt Anfang des Jahres. Die folgende Übersicht zeigt die aktuellen Sätze.

<b>Bayern</b>	<b>3,5%</b>
<b>Baden-Württemberg</b>	<b>3,5%</b>
<b>Berlin</b>	<b>4,5%</b>
<b>Brandenburg</b>	<b>5% (seit 2011)</b>
<b>Bremen</b>	<b>4,5% (seit 2011)</b>
<b>Hamburg</b>	<b>4,5%</b>
<b>Hessen</b>	<b>3,5%</b>
<b>Mecklenburg-Vorpommern</b>	<b>3,5%</b>
<b>Niedersachsen</b>	<b>4,5% (seit 2011)</b>
<b>Nordrhein-Westfalen</b>	<b>3,5%</b>
<b>Rheinland-Pfalz</b>	<b>3,5%</b>

<b>Saarland</b>	<b>4% (seit 2011)</b>
<b>Sachsen</b>	<b>3,5%</b>
<b>Sachsen-Anhalt</b>	<b>4,5%</b>
<b>Schleswig-Holstein</b>	<b>3,5%, 5% ab 2012</b>
<b>Thüringen</b>	<b>3,5%</b>

Schleswig-Holstein zieht die Erhöhung, die bislang erst für 2013 geplant war, um ein Jahr vor.

Was auf den ersten Blick aussehen mag wie eine Anhebung im Prozentbereich, ist tatsächlich eine Steuererhöhung um 14 % (Saarland) bis über 40 % (Brandenburg und Schleswig-Holstein).

Wenn die Immobilie von einer Zweckgesellschaft gehalten wird, kann die Grunderwerbsteuer oft vermieden oder wenigstens vermindert werden, wenn statt der Immobilie die Anteile

der grundbesitzenden Gesellschaft übertragen werden. Im Prinzip muss dazu – je nach Einzelfall – der Veräußerer mit mehr als 5 % beteiligt bleiben oder ein zweiter Käufer mehr als 5 % übernehmen. Es gibt aber auch Strukturen, in denen wirtschaftlich deutlich mehr als 95 % übertragen werden können, ohne Grunderwerbsteuer auszulösen. Wie und ob es gelingt, die Grunderwerbsteuer zu vermeiden, hängt immer vom Einzelfall ab.

Eine bittere Pille ist die Erhöhung aber vor allem für private Immobilienkäufer, denn sie können die Grunderwerbsteuer in der Regel nicht vermeiden. Ein privater Investor sollte daher prüfen, ob sich der Wert der Immobilie voraussichtlich so entwickeln wird, dass ein Wiederverkauf auch die höhere Grunderwerbsteuer decken wird. Bei einer Immobilieninvestition von beispielsweise 400.000 Euro macht sich der gestie-

gene Grunderwerbsteuersatz in Brandenburg in den Kaufnebenkosten mit rund 6.000 Euro bemerkbar. Das kann bei vielen Kaufentscheidungen schon eine relevante Größe sein.

---

**Nicole Fröhlich, Partnerin**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Frankfurt a. M.**

**Telefon +49 6196 592 24830**

**[nicole.froehlich@luther-lawfirm.com](mailto:nicole.froehlich@luther-lawfirm.com)**

---

**Frank Seidel**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Frankfurt a. M.**

**Telefon +49 6196 592 24815**

**[frank.seidel@luther-lawfirm.com](mailto:frank.seidel@luther-lawfirm.com)**

---

---

## Impressum

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

**V.i.S.d.P.:** Thomas Michaelis, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Graf-Adolf-Platz 15, 40213 Düsseldorf, Telefon +49 211 5660 0, Telefax +49 211 5660 110, [thomas.michaelis@luther-lawfirm.com](mailto:thomas.michaelis@luther-lawfirm.com)

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

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

Falls Sie künftig diesen Informationsservice der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH nicht mehr nutzen möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Stichwort „Newsletter Real Estate“ an [unsubscribe@luther-lawfirm.com](mailto:unsubscribe@luther-lawfirm.com).

---

## Haftungsausschluss

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

## Unsere Büros in Deutschland

### Berlin

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Friedrichstraße 140  
10117 Berlin  
Telefon +49 30 52133 0  
berlin@luther-lawfirm.com

### Dresden

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Radeberger Straße 1  
01099 Dresden  
Telefon +49 351 2096 0  
dresden@luther-lawfirm.com

### Düsseldorf

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Graf-Adolf-Platz 15  
40213 Düsseldorf  
Telefon +49 211 5660 0  
dusseldorf@luther-lawfirm.com

### Eschborn/Frankfurt a. M.

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Mergenthalerallee 10 – 12  
65760 Eschborn/Frankfurt a. M.  
Telefon +49 6196 592 0  
frankfurt@luther-lawfirm.com

### Essen

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Gildehofstraße 1  
45127 Essen  
Telefon +49 201 9220 0  
essen@luther-lawfirm.com

### Hamburg

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Gänsemarkt 45  
20354 Hamburg  
Telefon +49 40 18067 0  
hamburg@luther-lawfirm.com

### Hannover

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Sophienstraße 5  
30159 Hannover  
Telefon +49 511 5458 0  
hanover@luther-lawfirm.com

### Köln

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Anna-Schneider-Steig 22  
50678 Köln  
Telefon +49 221 9937 0  
cologne@luther-lawfirm.com

### Leipzig

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Grimmaische Straße 25  
04109 Leipzig  
Telefon +49 341 5299 0  
leipzig@luther-lawfirm.com

### Mannheim

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Theodor-Heuss-Anlage 2  
68165 Mannheim  
Telefon +49 621 9780 0  
mannheim@luther-lawfirm.com

### München

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Karlstraße 10 – 12  
80333 München  
Telefon +49 89 23714 0  
munich@luther-lawfirm.com

### Stuttgart

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Augustenstraße 7  
70178 Stuttgart  
Telefon +49 711 9338 0  
stuttgart@luther-lawfirm.com

## Unsere Auslandsbüros

### Brüssel

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Avenue Louise 240  
1050 Brüssel  
Telefon +32 2 6277 760  
brussels@luther-lawfirm.com

### Budapest

Gobert, Fest & Partners Attorneys at Law  
Roosevelt Square 7 – 8  
1051 Budapest  
Telefon +36 1 270 9900  
budapest@luther-lawfirm.com

### Istanbul

Luther Karasek Köksal Consulting A.Ş.  
Sun Plaza  
Bilim Sokak No. 5, Maslak-Şişli  
34398 Istanbul  
Telefon +90 212 276 9820  
mkoksal@lkk-legal.com

### Luxemburg

Luther  
3, rue Goethe  
1637 Luxemburg  
Telefon +352 27484 1  
luxembourg@luther-lawfirm.com

### Shanghai

Luther Attorneys  
21/F ONE LUJIAZUI  
68 Yincheng Middle Road  
Pudong New Area, Shanghai  
Shanghai 200121  
Telefon +86 21 5010 6580  
shanghai@luther-lawfirm.com

### Singapur

Luther LLP  
4 Battery Road  
#25-01 Bank of China Building  
Singapur 049908  
Telefon +65 6408 8000  
singapore@luther-lawfirm.com

Ihren lokalen Ansprechpartner finden Sie auf unserer Homepage unter [www.luther-lawfirm.com](http://www.luther-lawfirm.com)

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther ist das deutsche Mitglied von Taxand, dem weltweiten Netzwerk unabhängiger Steuerpraxen.

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