

Newsletter, 2. Quartal 2011

## Real Estate

Miet- und Immobilienrecht

**Kurze Verjährung des Erstattungsanspruchs des Mieters bei unwirksamer Schönheitsreparaturklausel**

Seite 2

**Angaben des Verkäufers zu Betriebskosten als Beschaffenheitsvereinbarung**

Seite 2

**Umsatzmiete in AGB eines Gewerbemietvertrages wirksam**

Seite 4

**Ein unter der aufschiebenden Bedingung geschlossener Mietvertrag, dass der Mieter eine kassenärztliche Zulassung erhält, ist wirksam**

Seite 5

**Zum Anspruch einer Wohnungsgesellschaft auf Beseitigung eines Breitbandkabelnetzes aus Ihren Liegenschaften**

Seite 6

Steuerrecht

**Gewerbesteuer bei Immobilienunternehmen: Beteiligung an vermögensverwaltender KG schadet der erweiterten Kürzung**

Seite 8

Architekten- und Baurecht

**BGH kippt Aufrechnungsverbot in Architektenverträgen – Eine Entscheidung mit möglicherweise großer Reichweite**

Seite 9

**Unwirksamkeit von Erfüllungsbürgschaft und Sicherungseinhalten in AGB wegen Übersicherung**

Seite 10

Öffentliches Bau- und Umweltrecht

**EuGH stärkt Klagerechte der Umweltverbände – ab sofort umfassendes Verbandsklagerecht im Umweltrecht**

Seite 12

**Baugesetzbuch-Novelle soll Ausbau erneuerbarer Energien beschleunigen**

Seite 13

Miet- und Immobilienrecht

## Kurze Verjährung des Erstattungsanspruchs des Mieters bei unwirksamer Schönheitsreparaturklausel

(BGH, Urteil vom 04. Mai 2011, Az. VIII ZR 195/10)

### Sachverhalt

Der Kläger hatte einen Mietvertrag über eine Wohnung abgeschlossen, der eine unwirksame Schönheitsreparaturklausel mit starrem Fristenplan enthielt. In Unkenntnis der Unwirksamkeit renovierte der Kläger die Wohnung vor der Rückgabe zum 31. Dezember 2006 für 2.687,00 Euro. Nachdem der Kläger erfuhr, dass die Schönheitsreparaturklausel unwirksam war, erhob er am 22. Dezember 2009 Klage gegen den Vermieter auf Erstattung der entstandenen Renovierungskosten.

### Entscheidung

Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen verjähren nach § 548 Abs. 2 BGB nach 6 Monate ab Beendigung des Mietverhältnisses. Der Erstattungsanspruch des Mieters wegen ausgeführter Schönheitsreparaturen, die in Unkenntnis der Unwirksamkeit der vertraglichen Regelung ausgeführt wurden, unterliegt dieser kurzen Verjährung. Der Erstattungsanspruch war daher bei Klageerhebung bereits verjährt.

### Bewertung

Der in der Literatur und in den Fachdiskussionen teils vertretenen Auffassung, dass es sich um einen Fall der Leistungskondition mit dreijähriger Verjährungsfrist handele, wird mit dieser Entscheidung eine klare Absage erteilt. Sie schließt sich den bereits bei verschiedenen unterinstanzlichen Gerichten getroffenen Entscheidungen an. Die Entscheidung des BGH bestätigt somit die einheitliche Systematik der Behandlung der Vermieter- und Mieteransprüche und bekräftigt den eindeutigen Schutzzweck des § 548 BGB, der zu einer raschen Abwicklung von Ansprüchen aus dem Mietverhältnis führen soll - insbesondere wegen der mit fortschreitender Zeit nach Rückgabe der Mietsache zunehmenden Beweisschwierigkeiten.

---

**Dörthe Stalman**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Essen**

**Telefon +49 201 9220 15265**

**[doerthe.stalman@luther-lawfirm.com](mailto:doerthe.stalman@luther-lawfirm.com)**

---

## Angaben des Verkäufers zu Betriebskosten als Beschaffenheitsvereinbarung

(BGH, Urteil vom 05. November 2010 – V ZR 228/09, veröffentlicht in NJW 2011, 1217 – 1220)

### Sachverhalt

Die Käuferin erwarb aufgrund einer Auktion mehrere bebaute Grundstücke. In den Kaufvertrag wurde auch der Katalogauszug des Auktionshauses einbezogen und zum Vertragsinhalt bestimmt. Dieser beinhaltete Angaben zum Versteigerungsobjekt, u. a. die vom Eigentümer zu zahlenden Betriebskosten

sowie die Höhe der Jahresbruttokaltmieten und die darin enthaltenen Betriebskostenpauschalen der Mieter für die gemieteten Flächen im vergangenen Jahr. Die Käuferin erklärte die Minderung des Kaufpreises, weil die vom Verkäufer gemachten Angaben diverse vom Eigentümer zu tragende Kostenpositionen nicht enthielten. Hilfsweise verlangt sie Schadensersatz.

## Entscheidung

Nach Auffassung des Senats steht der Klägerin aufgrund der zu niedrig angegebenen Betriebskosten dem Grunde nach ein Anspruch wegen Minderung des Kaufpreises zu. Durch Einbeziehung in den Vertrag werden Angaben des Verkäufers zu Mieterträgen eines Grundstückes und den zur Unterhaltung aufzuwendenden Betriebskosten somit zu einer vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung. Der Senat knüpft hier an die Rechtsprechung zum früheren Schuldrecht an, wonach derartige Angaben des Verkäufers als zugesicherte Eigenschaften anzusehen waren. Auch der in den Versteigerungsbedingungen enthaltene und durch Einbeziehung Vertragsinhalt gewordene Haftungsausschluss schließt Ansprüche des Käufers wegen der unzutreffenden Angaben des Verkäufers zu den Betriebskosten nicht aus. Wenn von Seiten des Verkäufers Angaben zum Kaufgegenstand gemacht werden, kann der Käufer dies nur so verstehen, dass er auf diese Angaben vertrauen darf.

Nachdem der Senat die grundsätzliche Berechtigung des Minderungsbegehrens bejaht hat, wendet er sich der Frage des Minderungsbetrages zu. Die Vorinstanzen hatten die Klage jeweils abgewiesen, weil sich ein Minderungsbetrag nicht feststellen lasse. Der Kaufgegenstand stand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses überwiegend leer. Auf der Basis eines eingeholten Sachverständigengutachtens waren die Vorinstanzen offenbar davon ausgegangen, dass zur Erzielung von Mieteinnahmen aus leerstehenden Flächen des Kaufgegenstandes ein Renovierungs- und Modernisierungsaufwand erforderlich sei, der den kapitalisierten Mehrertrag übersteigen hätte. Der Senat bestätigt zwar, dass bei der Wertermittlung das Ertragswertverfahren heranzuziehen ist und in diesem Rahmen die bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung in einem überschaubaren Zeitraum nachhaltig erzielbaren Mieten zugrunde zu legen sind. Nach Auffassung des Senats beruht das Ergebnis der Vorinstanzen jedoch auf einem Verfahrensverstoß. Es dränge sich auf, dass Investitionen, die den zu erwartenden Mehrertrag übersteigen, nicht einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung entsprechen. Der Senat stellt klar, dass die Erwartung einer künftigen Veränderung der Ertragslage für die Wertermittlung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nur dann maßgeblich ist, wenn sie bereits zu diesem Zeitpunkt „Einfluss auf die Wertermittlung“ hat. Gemeint ist offenbar, dass sie zu diesem Zeitpunkt schon als in naher Zukunft liegend voraussehbar oder zu erwarten gewesen sein müssen. Der Senat führt weiter aus, dass zu dieser Frage zwar keine Feststellungen von den Vorinstanzen getroffen wurden, es aber angesichts des erheblichen Investitionsaufwandes „eher unwahrscheinlich“ sein dürfte, dass von einer „sofortigen Verbesserung der Ertragslage ... auszugehen war“.

## Bewertung

Unabhängig von diesen zutreffenden Ausführungen des Senats widerspricht das Ergebnis der Vorinstanzen allein schon deshalb den Grundsätzen der Logik, weil dauerhaft höhere nicht umlegbare Kosten nicht ohne negativen Einfluss auf die Ertragssituation und damit den Wert einer Immobilie sein können.

Die Sache wurde daher an das Berufungsgericht zurückverwiesen, um die Wertermittlung erneut vorzunehmen. Der Senat weist abschließend für die neue Verhandlung vor dem Berufungsgericht darauf hin, dass der hilfsweise geltend gemachte Schadenersatzanspruch nicht schon deshalb abzuweisen wäre, weil ggf. ein Minderwert nicht festgestellt werden könne. Schaden und Minderwert müssen nach Auffassung des Senats nicht deckungsgleich sein. Nach Auffassung des Senats kann ein ersatzfähiger Schaden in den Mehrkosten, d.h. der Differenz zwischen angegebenen und tatsächlichen Betriebskosten liegen. Nähere Ausführungen hierzu, insbesondere über welchen Zeitraum eine solche Differenz (ggf. zeitlich unbegrenzt?) auszugleichen wäre, enthält das Urteil leider nicht.

Der Senat lässt schließlich im Ergebnis offen, ob ein Schadenersatzanspruch grundsätzlich noch geltend gemacht werden kann, wenn der Käufer einmal die Minderung erklärt hat. Dies muss nach Auffassung des Senats zwar jedenfalls dann möglich sein, wenn sich ein Minderungsbetrag nicht ermitteln lasse. Hier hätte man sich dennoch eine deutlichere Positionierung des Senats zu dieser Rechtsfrage gewünscht.

---

**Carsten Brutschke, LL.M. (EHI)**  
**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin**  
**Telefon +49 30 52133 21196**  
**[carsten.brutschke@luther-lawfirm.com](mailto:carsten.brutschke@luther-lawfirm.com)**

---

# Umsatzmiete in AGB eines Gewerbemietvertrages wirksam

(OLG Brandenburg, Beschluss vom 23. März 2011 – 3 U 171/10)

## Sachverhalt

Der Vermieter nimmt den Mieter auf ausstehenden Mietzins aus einem Gewerberaummietverhältnis über ein Ladenlokal in einem Bahnhof in Anspruch. Der Mietvertrag sieht eine formularvertragliche Mindestmiete sowie eine Umsatzmiete, welche prozentual zum erzielten Umsatz verschiedener Sortimente ansteigt, vor. Die Klausel enthält für die dort aufgeführten Sortimente unterschiedliche Prozentsätze, die für die Errechnung der tatsächlich zu zahlende Miete dezidiert aufgeschlüsselt waren. Die allein noch einzusetzenden jährlichen Bruttoeinnahmen ohne Umsatzsteuer dienten dabei als Berechnungsgrundlage. Die Vereinbarungen hinsichtlich der Mindestmiete und der Umsatzmiete einschließlich der Bemessungsfaktoren waren jeweils im Abschnitt zur Höhe des Mietzinses enthalten und damit im engen räumlichen und sachlichen Zusammenhang mit deutlichen Überschriften versehen im Mietvertrag geregelt. Da die Umsatzmiete die entrichtete Mindestmiete um etwa 16.000 Euro überstieg und der Mieter aus mehreren Gründen diese Vereinbarung für unwirksam hielt, machte der Vermieter diesen Mietzinsanspruch gerichtlich geltend.

## Entscheidung

Das brandenburgische Oberlandesgericht gab dem Vermieter Recht und verurteilte den Mieter zur Zahlung des ausstehenden Mietzinses, da die formularvertragliche Klausel über Mindest- und Umsatzmiete für wirksam erachtet wurde. Sie sei zunächst nicht sittenwidrig, da die Vereinbarungen zur Höhe der geschuldeten Miete allein Sache der Parteien sei und bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit der Privatautonomie unterfielen. Lediglich ein besonders grobes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung, welches mindestens einen im Marktvergleich doppelt so hohen Mietzins erfordere, könne zur Nichtigkeit gem. § 138 BGB führen.

Auch stelle dies keine überraschende Klausel i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB dar. Eine Umsatzmiete weiche nicht deutlich von den objektiven Erwartungen gemessen an einem vergleichbaren Gewerberaummietvertrag in einem Bahnhof ab, sei vielmehr in diesen Verkehrskreisen üblich, da dies dort allgemein verbreitet und nicht ungewöhnlich sei. Hinzu trete, dass eine solche Regelung im Abschnitt zur Miethöhe üblicherweise erwartet werde und wenig überraschend sein könne.

Schließlich verstieße die formularvertragliche Regelung über die Umsatzmiete nicht gegen § 307 BGB sowohl in Gestalt der Inhaltskontrolle als auch des Transparenzgebotes. Die Klausel sei nach der st. Rspr. des BGH ohnehin als vertragliche Vereinbarung über die originäre Leistungspflicht einer Inhaltskontrolle zugunsten der Vertragsfreiheit entzogen, da diese ausschließlich von den Parteien festgelegt würden. Darüberhinaus resultiere aus der Klausel aber auch keine unangemessene Benachteiligung des Mieters. Bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit obliege es den Parteien darüber zu entscheiden, was angemessen ist und was nicht. Außerdem könne die Miete auch nicht als unangemessen bezeichnet werden, da der Mietzins sowohl nach unten als auch nach oben abweichen könne – gemessen an der verkehrüblichen Vergleichsmiete. Auch sei die Regelung nicht intransparent, da die Berechnungsfaktoren detailliert aufgeschlüsselt und für den Mieter ohne Weiteres die Errechnung der tatsächlich zu entrichtenden Miete ermögliche. Dieser müsse lediglich die Umsatzzahlen einsetzen, was einem durchschnittlichen Mieter durchaus zuzumuten sei.

## Bewertung

Der Rechtsprechung des OLG Brandenburg ist zuzustimmen. Sie stellt eine konsequente Übertragung der Rechtsprechung des BGH zur Inhaltskontrolle und § 305c Abs. 1 BGB dar. Eine Umsatzmiete kann auch in einem Formularvertrag wirksam vereinbart werden. Als Konsequenz dessen sollte in der Praxis besonderer Wert auf die klare Definition der Bemessungsfaktoren und zusammenfassende Verortung der Mindest- und der Umsatzmiete im Mietvertrag gelegt werden, damit die Klausel tatsächlich eine Errechnung des Mietzinses unschwer ermöglicht und nicht etwa intransparent ist.

---

### Rüdiger Bonnmann

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln

Telefon +49 221 9937 25716

[ruediger.bonnmann@luther-lawfirm.com](mailto:ruediger.bonnmann@luther-lawfirm.com)

---

### Dr. Philipp Rügemer

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln

Telefon +49 221 9937 25814

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

---

# Ein unter der aufschiebenden Bedingung geschlossener Mietvertrag, dass der Mieter eine kassenärztliche Zulassung erhält, ist wirksam

(OLG Brandenburg, Beschluss vom 16. Februar 2011 – 3 U 84/10)

## Sachverhalt

Der Vermieter verlangt ausstehenden Mietzins bzw. Mietausfallschaden aus einem Gewerberaummietvertrag, der unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen wurde, dass eine kassenärztliche Zulassung des Mieters als Zahnarzt vorliegt. Weiterhin wurden Vorarbeiten durch den Vermieter und die Zahlung einer Kautions bei Vertragsschluss durch den Mieter vereinbart. Aufgrund einer Schwangerschaft seiner Frau beantragte der Mieter keine vertragszahnärztliche Zulassung und nahm das Mietobjekt nicht in Gebrauch. Infolge fehlender Mietzahlungen kündigte der Vermieter das Mietverhältnis fristlos und klagte auf Zahlung.

## Entscheidung

Das OLG Brandenburg hat die Klage abgewiesen. Ein Anspruch des Vermieters aus § 535 Abs. 2 BGB auf Entrichtung der Miete oder auf einen Mietausfallschaden nach § 280 Abs. 1 BGB bestehe nicht. Zum einen sei der Mietvertrag nicht wirksam zustande gekommen, da die aufschiebende Bedingung in Gestalt der Zahnarztzulassung nicht eingetreten sei. Auch könne aus dem Verzicht des Mieters auf die vertragszahnärztliche Zulassung keine gem. § 162 Abs. 1 BGB treuwidrige Vereitelung der Bedingung hergeleitet werden. Ob die Beeinflussung des Geschehensablaufs treuwidrig sei, müsse aufgrund einer umfassenden Würdigung des Verhaltens der den Bedingungseintritt beeinflussenden Vertragspartei nach Anlass, Zweck und Beweggrund unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere dem Inhalt des Rechtsgeschäfts festgestellt werden. Das Absehen von der Zulassung infolge einer plötzlichen Schwangerschaft und Änderung der weiteren Lebensplanung sei nicht treuwidrig. Dies könne nur angenommen werden, wenn der vermeintliche Grund nur vorgeschoben sei und den Anlass für den Nichteintritt unter Verdeckung des tatsächlichen Grundes darstelle.

Zum anderen könne selbst bei Unterstellung eines wirksamen Mietvertrages der Vermieter den Zahlungsanspruch nicht mit Erfolg geltend machen. Das Gericht erachtete in diesem Zu-

sammenhang die fehlende Erbringung der vereinbarten Vorarbeiten als vom Vermieter zu vertretende Nichterfüllung der Überlassung des Mietgegenstandes im vertragsgemäßen Zustand. Da dieser bei Mietbeginn nicht hergestellt worden sei, könne auch keine Miete verlangt werden.

Schließlich könne der Vermieter sich auch nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen – weder in Bezug auf die nicht gezahlte Miete, noch der laut Mietvertrag zu leistenden Kautions bei Vertragsschluss. Dies könne weder einer mietvertraglichen Vereinbarung, noch § 273 BGB entnommen werden. Während ein Anspruch hinsichtlich der Miete bereits nicht bestehe, bewirke die fehlende Zahlung der Kautions lediglich, dass der Vermieter gem. § 273 BGB die Vorarbeiten zurückstellen darf. Da der Vermieter aber sein Zurückbehaltungsrecht nicht zum Zeitpunkt der Fälligkeit der noch vor Mietbeginn auszuführenden Arbeiten ausgeübt habe, könne er sich insoweit auch nicht darauf berufen.

## Bewertung

Die Entscheidung des OLG Brandenburg ist rechtsdogmatisch stringent und zutreffend. Die im Vertrag enthaltene aufschiebende Bedingung der kassenärztlichen Zulassung des Mieters ist in der mietvertraglichen Praxis häufig anzutreffen. Die Entscheidung zeigt, welche Risiken hiermit für den Vermieter verbunden sind.

---

**Rüdiger Bonnmann**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln**

**Telefon +49 221 9937 25716**

**[ruediger.bonnmann@luther-lawfirm.com](mailto:ruediger.bonnmann@luther-lawfirm.com)**

---

# Zum Anspruch einer Wohnungsgesellschaft auf Beseitigung eines Breitbandkabelnetzes aus ihren Liegenschaften

(OLG Naumburg, Beschluss vom 23. Februar 2011 – 5 U 114/10; Vorinstanz: LG Halle, Urteil vom 5. November 2010 – 3 O 506/10)

## Sachverhalt

Gegenstand der Entscheidung war die Abwicklung eines zum 11. Juli 2010 beendeten Gestattungsvertrages betreffend die Versorgung von Liegenschaften eines Wohnungsunternehmens (Kläger) mit Breitbandkabeldiensten. Unstreitig zwischen den Parteien war, dass die Breitbandkabelanlagen der Netzebene 4 - der Teil des Breitbandkabelnetzes, der zur Signalübertragung innerhalb der Gebäude genutzt wird (Kabel, Anschlussdosen etc.) - im Eigentum des Versorgers (Beklagter) standen. Unstrittig war zudem, dass eine Ausbaupflicht des Beklagten bestand. Strittig war zwischen den Parteien allein das „Wie“ und der zeitliche Ablauf des Ausbaus. Der im Jahr 1990 abgeschlossene Gestattungsvertrag enthielt zur Frage des Ablaufes der Demontage keine Regelungen, so dass sich der Ausbau nach den allgemeinen Vorschriften richtete.

Die klagende Wohnungsgesellschaft beehrte im Wesentlichen die Vorlage von Informationen betreffend die Signaleinstellung sowie die Durchführung des Ausbaus. Hierfür sollte der Beklagte einen auf die jeweilige Liegenschaft und getrennt nach Räumlichkeiten bezogenen Zeit- und Maßnahmenplan über den Ausbau vorlegen. Im Falle der Nichtvorlage sollte festgestellt werden, dass der Kläger berechtigt ist, dem Beklagten zwei verbindliche, zumutbare nach Tag und Stunde genau bezeichnete Termine für jede Liegenschaft zur Auswahl vorzugeben. Weiterhin beehrte der Kläger die vollständige Beseitigung des Breitbandkabelnetzes der Netzebene 4 aus den mehr als 900 Wohnungen bis zum 31. Dezember 2010. Für den Fall der Nichtbeseitigung bis zu diesem Termin sollte des Weiteren festgestellt werden, dass der Kläger den Ausbau im Wege der Ersatzvornahme auf Kosten des Beklagten vornehmen kann. Letztlich verlangte der Kläger die Herausgabe von Schlüsseln zu den Liegenschaften.

## Entscheidung

Das Landgericht Halle (Saale) hatte den Beklagten in der Ausgangsinstanz antragsgemäß verurteilt. In der Berufungsinstanz war aufgrund zwischenzeitlich erfolgter Veräußerung des Breitbandkabelnetzes an den neuen Versorger der Liegenschaften und daraufhin von den Parteien übereinstimmend

erklärter Erledigung nur noch im Rahmen der Kostenentscheidung über die Anträge zu entscheiden.

Das Oberlandesgericht Naumburg bestätigte den Anspruch des Klägers in Bezug auf die Verpflichtung des Beklagten zur Vorlage eines Zeit- und Maßnahmenplan betreffend den Ausbau des Breitbandkabelnetzes und hinsichtlich der Verpflichtung, diesen bis zum 31. Dezember 2010 abzuschließen. Ebenfalls bestätigt wurde das Recht des Klägers, im Falle der selbst Termine für den Ausbau vorgeben zu können, falls kein Zeit- und Maßnahmenplan verfolgt würde

Das Gericht stützte den Auskunftsanspruch auf § 242 BGB und ließ dabei offen, ob sich die Beseitigungspflicht als vertraglicher Anspruch aus dem beendeten Gestattungsvertrag oder unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsbeeinträchtigung aus § 1004 Abs. 1 BGB ergibt. In jedem Falle habe der Kläger, so das Gericht, unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben Anspruch darauf, Auskunft über die Umstände zu erhalten, die zur Vorbereitung und Durchsetzung des Beseitigungsanspruchs erforderlich sind. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn es der Mitwirkung des Klägers bedürfe und diese Mitwirkung wegen des Umfangs der Beseitigungshandlungen vorbereitet und geplant werden müsse. Dadurch würde der Beklagte, so das Gericht, in seiner Wahlmöglichkeit betreffend die Mittel der Beseitigung der Störung nicht beeinträchtigt. Eine solche liege auch nicht darin, dass der Beklagte bei Untätigkeit Vorgaben des Klägers für den zeitlichen Ablauf der Demontage akzeptieren müsse.

In Bezug auf die Herausgabe der Schlüssel zu den Liegenschaften hatte der beklagte Versorger die Berufung im Termin zur mündlichen Verhandlung zurückgenommen, so dass diese Frage nicht mehr Gegenstand der Entscheidung war. Das Gericht machte im Rahmen der mündlichen Verhandlung jedoch deutlich, dass der Beklagte nach Beendigung des Gestattungsvertrages auf eine Zutrittgewährung durch den Kläger zu verweisen sei, da er mit Beendigung des Gestattungsvertrages kein Besitzrecht an den Schlüsseln mehr habe.

Soweit im Rahmen der Herausgabe der Schlüssel mittelbar auch die Frage einer etwaigen, über die Vertragsbeendigung hinausgehenden Duldung des Klägers betreffend die Netzebene 3 (in Form von Kellerquerung) Streitgegenstand war, musste das Gericht darüber nicht entscheiden. Auf das Vorhandensein der Netzebene 3 in den Gebäuden könne der Beklagte eine Verweigerung der Herausgabe der Schlüssel jedoch ebenfalls nicht stützen.

### **Bewertung**

Die Entscheidung ist zu begrüßen. Während die Frage des Eigentums des Versorgers am von ihm errichteten Breitbandkabelnetz in den Liegenschaften in ständiger Rechtsprechung bejaht wird, sofern vertraglich nichts anderes geregelt ist, finden sich zur Frage, des „Wie“ der Demontage bislang kaum Aussagen. Ältere Entscheidungen gestehen dem Versorger weitreichende Entscheidungsspielräume betreffend die Demontage zu. Auskunftsansprüche des Eigentümers der Liegenschaften über den Ablauf wurden in der Regel verneint. Mit dieser Entscheidung ist klargestellt, dass sich der (ehemalige) Versorger nach Beendigung des Gestattungsvertrages nicht mehr frei in den Liegenschaften bewegen kann, sondern den Ausbau des Breitbandkabelnetzes mit dem Hauseigentümer abstimmen und koordinieren muss, um ggf. erforderliche Mitwirkungshandlungen (z. B. Verschaffung des Zutritts zu Mieterwohnungen) planen und einleiten zu können.

Zahlreiche Einzelfragen der Auseinandersetzung waren nicht Gegenstand der Entscheidung, z. B. die Beseitigung von im Zuge der Demontage entstehenden Schäden (Putz- und Dübellöcher). Eine umfassende vertragliche Regelung der Vertragsabwicklung ist daher weiterhin nachdrücklich zu empfehlen.

---

#### **Dr. Barbara Schmidt**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Leipzig**

**Telefon +49 341 5299 23611**

**barbara.schmidt@luther-lawfirm.com**

---

#### **Sebastian Schäler**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Leipzig**

**Telefon +49 341 5299 24650**

**sebastian.schaeller@luther-lawfirm.com**

---



Steuerrecht

# Gewerbesteuer bei Immobilienunternehmen: Beteiligung an vermögensverwaltender KG schadet der erweiterten Kürzung

(BFH, Urteil vom 19. Oktober 2010 – I R 67/09)

Die langfristige Vermietung von Immobilien soll nicht mit Gewerbesteuer belastet werden. Auch Kapitalgesellschaften sind von der Gewerbesteuer auf Mieterträge befreit, wenn sie die strengen Voraussetzungen der „erweiterten Kürzung“ für reine Immobilienunternehmen erfüllen. Unternehmen, die die erweiterte Kürzung nutzen wollen, dürfen ausschließlich eigenen Grundbesitz langfristig vermieten, und sie dürfen keine kürzungsschädlichen anderen Leistungen erbringen.

## Sachverhalt

Dem BFH lag der Fall einer GmbH vor, die die erweiterte Kürzung nutzen wollte. Die GmbH war jedoch, und das war die Besonderheit, als Komplementärin an einer KG beteiligt, die ihrerseits rein vermögensverwaltend tätig war. Die KG war nicht gewerblich geprägt, und deshalb war sie selbst gar nicht erst gewerbesteuerpflichtig, auf die erweiterte Kürzung also gar nicht angewiesen. Ihre Erträge aber werden steuerlich anteilig der GmbH zugerechnet, und dort stellte sich die Frage nach der Gewerbesteuerpflicht erneut. Die GmbH wollte die erweiterte Kürzung nutzen.

## Entscheidung

Für die erweiterte Kürzung hätte sprechen können, dass der Grundbesitz der vermögensverwaltenden KG steuerlich den Gesellschaftern zugerechnet wird, anteilig also der klagenden GmbH (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 der Abgabenordnung). Der BFH aber ließ diese allgemeine Zurechnung für die erweiterte Kürzung nicht gelten. Der Grundbesitz der KG sei, so das Gericht, nicht „eigener“ Grundbesitz der GmbH, „eigener“ Grundbesitz aber ist Voraussetzung der erweiterten Kürzung.

Außerdem störte sich der BFH an der Komplementärstellung der GmbH bei der KG. Sinngemäß verberge sich hinter dieser Beteiligung eine Tätigkeit, die über das hinausgehe, was ein reines Immobilienunternehmen im Sinne der erweiterten Kürzung tun dürfe.

## Bewertung

Die Folge war: Die Erträge der KG unterlagen auf der Ebene der GmbH anteilig der Gewerbesteuer. Wäre die KG gewerblich geprägt gewesen, hätte sich die Gewerbesteuerpflicht insgesamt vermeiden lassen. Das Urteil des BFH erinnert wieder daran, dass bei der gewerbesteuerlichen Strukturierung von Immobilieninvestitionen große Vorsicht geboten ist.

---

### Ulrich Siegemund

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Eschborn/Frankfurt a.M.  
Telefon +49 6196 592 16364  
[ulrich.siegemund@luther-lawfirm.com](mailto:ulrich.siegemund@luther-lawfirm.com)

---

### Dr. Frank Seidel

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Eschborn/Frankfurt a.M.  
Telefon +49 6196 592 24815  
[frank.seidel@luther-lawfirm.com](mailto:frank.seidel@luther-lawfirm.com)

---



Architekten- und Baurecht

# BGH kippt Aufrechnungsverbot in Architektenverträgen – Eine Entscheidung mit möglicherweise großer Reichweite

(BGH, Urteil vom 7. April 2011 – VIII ZR 209/07)

## Sachverhalt

In dem vom Bundesgerichtshof (BGH) zu entscheidenden Fall klagt ein Architekt auf Zahlung von Resthonorar. Die beklagten Auftraggeber rechnen hiergegen mit Schadensersatzansprüchen wegen mangelhafter Planung und Bauüberwachung auf. Der Architektenvertrag enthält in den beigefügten „Allgemeine(n) Vertragsbestimmungen zum Einheits-Architektenvertrag (AVA)“ in § 4 Nr. 4, 5 folgende – durchaus häufig verwandte – Regelung:

*„Eine Aufrechnung gegen den Honoraranspruch ist nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig.“*

Das Berufungsgericht hatte diese Klausel für wirksam gehalten und daher dem klagenden Architekten Recht gegeben. Eine Aufrechnung durch den Auftraggeber war somit unzulässig.

## Entscheidung

Der BGH hebt das Berufungsurteil auf und erklärt das Aufrechnungsverbot für unwirksam. Nach Auffassung des Gerichts hält die Klausel nicht einer Inhaltskontrolle nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) stand. Dies begründet das Gericht im Wesentlichen damit, dass der Auftraggeber durch ein Verbot der Aufrechnung gegen Honoraransprüche des Architekten gezwungen wäre, eine mangelhafte oder unfertige Leistung in vollem Umfang zu vergüten – und dies, obwohl ihm Gegenansprüche zustehen.

Eine andere Entscheidung würde letztlich dazu führen, dass eines der zentralen Rechte des Bestellers, nämlich das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 Abs. 1 BGB, ausgehebelt würde. In Fällen einer synallagmatischen Verknüpfung (also der Gegenseitigkeit der wechselseitigen Hauptleistungspflichten von Auftraggeber und Auftragnehmer aus dem Vertrag) darf nach Auffassung des BGH ein Aufrechnungsverbot nicht in das Recht der Parteien eingreifen, für nicht erbrachte

Leistungen auch die Gegenleistung nicht zu erbringen.

## Bewertung

Das Urteil ist durchaus bemerkenswert und von großer praktischer Bedeutung. In der Vergangenheit ist die hierzu relevante Frage bereits von den Oberlandesgerichten zu vergleichbaren Sachverhalten entschieden worden. Dabei hatten verschiedene Oberlandesgerichte entsprechende Regelungen für wirksam gehalten (so etwa OLG Hamm, BauR 2004, S. 1643). Der BGH folgt diesen Entscheidungen ausdrücklich nicht.

Für Architekten bedeutet die Entscheidung, dass ein Aufrechnungsverbot gegen Honoraransprüche nicht mehr rechtssicher in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden kann. Dies dürfte insbesondere mit Blick auf die Tendenz in der Rechtsprechung, den Anwendungsbereich von AGB eher weit zu fassen, von großer Bedeutung sein. Hinzu kommt, dass die Begründung des BGH nach unserer Einschätzung erwarten lässt, dass die Entscheidung nicht nur auf Architektenverträge, sondern tendenziell auf alle Werkverträge übertragbar sein dürfte.

Ob jedoch mit einer vergleichbaren Begründung auch ein Aufrechnungsverbot zu Lasten des Architekten für unwirksam erklärt werden könnten, dürfte derzeit noch offen sein.

---

**Henner Puppel**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Essen**

**Telefon +49 201 9220 24037**

**henner.puppel@luther-lawfirm.com**

---

**Stephan Finck**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Essen**

**Telefon +49 201 9220 24904**

**stephan.finck@luther-lawfirm.com**

---

# Unwirksamkeit von Erfüllungsbürgschaft und Sicherungseinbehalten in AGB wegen Übersicherung

(BGH, Urteil vom 9. Dezember 2010 – VII ZR 7/10)

Hat der Auftragnehmer gemäß den AGB des Auftraggebers eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % zu stellen und werden gleichzeitig Abschlagszahlungen für den nachgewiesenen und vertragsgemäßen Baufortschritt nur in Höhe von 90 % geleistet, führt dies zu einer unzulässigen Übersicherung des Auftraggebers und damit zur Unwirksamkeit beider Sicherungsklauseln.

## Sachverhalt

Der Auftraggeber nimmt den Auftragnehmer aus einer Vertragserfüllungsbürgschaft in Anspruch. Nach den AGB des (Nachunternehmer-) Vertrages hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber kostenlos eine Vertragserfüllungsbürgschaft i.H.v. 10 % der vereinbarten Auftragssumme zur Sicherung der vertrags- und fristgerechten Ausführung der Leistung sowie etwaiger Rückforderungsansprüche des Auftraggebers aus Überzahlungen zu stellen. Weiterhin werden Abschlagszahlungen nur in Höhe von 90 % der jeweils nachgewiesenen, vertragsgemäßen und nicht mit wesentlichen Mängeln behafteten Leistungen und abzüglich der vertraglich vereinbarten Kostenbeteiligung geleistet. Der Auftragnehmer meint, die Kombination aus Vertragserfüllungsbürgschaft und Einbehalten führe zu einer Übersicherung des Auftraggebers und damit zur Unwirksamkeit der Sicherungsvereinbarung, so dass kein Anspruch des Auftraggebers aus der Bürgschaft bestehe.

## Entscheidung

Der BGH hält die Sicherungsabrede für unwirksam, da sie im Zusammenwirken mit den Abschlagszahlungen zu einer Übersicherung des Auftraggebers und zu einer unangemessenen Benachteiligung des Auftragnehmers führe. Zwar sei die Sicherungsvereinbarung für sich genommen nicht zu beanstanden, insbesondere was die vereinbarte Höhe der Bürgschaft betrifft. Allerdings könne die belastende Wirkung einer für sich allein gesehen noch hinnehmbaren Klausel durch weitere Vertragsbestimmungen derart verstärkt werden, dass die andere Partei im Ergebnis unangemessen benachteiligt werde. Ergebe sich eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers danach erst aus der Gesamtwirkung zweier Klauseln, die jeweils für sich genommen nicht zu be-

anstanden wären, seien beide Klauseln unwirksam. Schließlich obliege es nicht dem Gericht zu entscheiden, welche der Klauseln Bestand haben soll. Dies gelte auch dann, wenn die andere Klausel unwirksam ist. Der Verwender von zwei Sicherungsklauseln, von denen eine nur Bestand haben kann, wenn die andere unwirksam ist, könne sich nicht darauf berufen, dass die von ihm selbst gestellte Klausel unangemessen und damit unwirksam sei. Der BGH prüfte daher nicht, ob die Einbehalte auf die Abschlagszahlungen wirksam vereinbart wurden.

Zur Übersicherung führt der BGH aus, aufgrund des Einbehalts i.H.v. 10 % auf die einzelnen Abschlagszahlungen werde dem Auftragnehmer bis zur Schlusszahlung steigend Liquidität entzogen. Mangels entsprechender Sicherheit trage er dadurch das Insolvenzrisiko des Auftraggebers i.H.v. bis zu 10 % der Werklohnforderung. Neben dem eigentlichen Zweck der Sicherung vor Überzahlungen, könne der Auftraggeber außerdem jederzeit gegen die einbehaltenen Restforderungen des Auftragnehmers mit sonstigen Forderungen aus dem Werkvertrag aufrechnen, so dass die Einbehalte eine Sicherung sämtlicher vertraglicher Ansprüche des Auftraggebers darstellten, d.h. auch solcher, auf die sich die Vertragserfüllungsbürgschaft beziehe. Zusätzlich müsse der Auftragnehmer durch die Stellung der Vertragserfüllungsbürgschaft i.H.v. 10 % der Auftragssumme seine Avalkreditlinie belasten und bis zur Rückgabe der Bürgschaftsurkunde Avalzinsen aufwenden. Insgesamt überschreite daher die Gesamtbelastung durch die zu stellenden Sicherheiten das Maß des Angemessenen, da sie sich nicht durch das Interesse des Auftraggebers an Absicherung rechtfertigen lasse.

## Bewertung

Eine Sicherungsabrede kann unwirksam und damit für den Auftraggeber wertlos sein, auch wenn sie für sich genommen rechtlich nicht zu beanstanden wäre! Auftraggeber sind daher gut beraten, mehrere in AGB vereinbarte Sicherungsmechanismen stets im Hinblick auf ihre Gesamtwirkung zu prüfen, da die Beurteilung von Übersicherung und unangemessener Belastung aus der Gesamtschau erfolgt. Das

Urteil schafft aber auch ein gewisses Maß an Rechtssicherheit. Die Vereinbarung einer Erfüllungsbürgschaft i. H. v. 10 % der Auftragssumme ist in AGB grundsätzlich rechtlich unbedenklich, sofern nicht weitere Regelungen den Auftragnehmer unangemessen belasten und zu einer Übersicherung des Auftraggebers führen. Von Bedeutung ist, dass sich das vorliegende Urteil auf AGB bezieht, so dass für Individualvereinbarungen wohl ein anderer Prüfungsmaßstab anzulegen ist. In diesem Zusammenhang hat der BGH bereits Vertragserfüllungsbürgschaften i. H. v. bis zu 30 % der Auftragssumme für wirksam erachtet (BGH, Urteil vom 24. September 1998 – IX ZR 371/97).

Nicht vollständig überzeugt, dass der BGH darauf verzichtet, die Wirksamkeit der Vereinbarung über die Abschlagszahlungen zu prüfen – wohl, weil dem Verwender nicht zum Vorteil gereichen soll, dass er selbst eine unwirksame Klausel gestellt hat. Zum einen kann eine Gesamtwirkung zweier Klauseln, die für sich genommen jeweils beide nicht zu beanstanden wären, so nicht festgestellt werden. Zum anderen ist fraglich, wie eine (rechtliche) *Gesamtwirkung* zweier Klauseln den Vertragspartner unangemessen benachteiligen kann, wenn eine Klausel *nicht wirksam* ist. Der BGH verweist in der Entscheidung auf seine Rechtsprechung zur rechtlich unbedenklichen Aufrechterhaltung des zulässigen Teils einer Formulklausel, sofern sie nach ihrem Wortlaut aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen inhaltlich zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil getrennt werden kann (dann keine unzulässige geltungserhaltende Reduktion, BGH, Urteil vom 25. März 1998 – VIII ZR 244/97). Warum dieses Prinzip nicht erst recht gelten soll, wenn die Gesamtwirkung zweier selbstständiger Formulklauseln zu prüfen ist, erklärt der BGH nicht.

---

**Thomas Michaelis**  
**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,**  
**Düsseldorf / Luxemburg**  
**Telefon +49 211 5660 16570 / +352 27484 671**  
**[thomas.michaelis@luther-lawfirm.com](mailto:thomas.michaelis@luther-lawfirm.com)**

---

Öffentliches Bau- und Umweltrecht

# EuGH stärkt Klagerechte der Umweltverbände – ab sofort umfassendes Verbandsklagerecht im Umweltrecht

(EuGH, Urteil vom 12. Mai 2011 – C 115/09)

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat mit Urteil vom 12. Mai 2011 (Rechtssache C-115/09) entschieden, dass die Regelungen im deutschen **Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz** (UmwRG), die Umweltverbänden nur ein eingeschränktes Klagerecht gegen umweltrelevante Projekte einräumen, **europarechtswidrig** sind. Das heißt erstens, anders als bisher können Umweltverbände ihre Klagen gegen Zulassungsentscheidungen auch auf mögliche Verstöße gegen unionsrechtliche Umweltvorschriften stützen. Zweitens können die Umweltverbände ihr Klagerecht direkt aus der europäischen Richtlinie 85/337/EWG über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP-Richtlinie) herleiten. Deshalb hat das EuGH-Urteil unmittelbare Auswirkungen auf laufende Klageverfahren.

## Sachverhalt

Im Ausgangsverfahren klagt vor dem OVG Münster der Landesverband NRW des Bundes für Umwelt und Naturschutz Deutschland (BUND) gegen das Steinkohlekraftwerk der Trianel in Lünen. Der Umweltverband rügt, dass die bisher ergangenen Zulassungsentscheidungen gegen Vorschriften des Wasser- und Naturschutzrechts sowie gegen den immissionsschutzrechtlichen Vorsorgegrundsatz verstießen. Das OVG Münster ließ in der mündlichen Verhandlung im März 2009 bereits erkennen, dass ein Verstoß des Vorhabens unter anderem gegen das Naturschutzrecht, nämlich die europäische Richtlinie 92/43/EWG (Habitat-Richtlinie), wohl zu bejahen sei, da nur unzureichend die Verträglichkeit des Kraftwerks mit den in der Umgebung liegenden Fauna-Flora-Habitat-Gebieten geprüft worden sei. Das Gericht sah sich aber nicht in der Lage, über diesen und etwaige weitere Verstöße zu entscheiden. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UmwRG konnte ein Umweltverband seine Klage gegen behördliche Entscheidungen nämlich bislang nicht auf solche Verstöße stützen, wenn die zugrundeliegenden Regelungen lediglich dem Schutz der Allgemeinheit dienen und nicht dem Schutz Einzelner. Das OVG Münster sah sich deswegen veranlasst, den EuGH anzurufen, um zu klären, ob diese Beschränkung der Klagebefugnis im Einklang mit dem Europarecht steht.

In der mündlichen Verhandlung vor dem EuGH am 10. Juni 2010 wurde bereits eine unzureichende Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben durch das UmwRG deutlich. Insbesondere die Generalanwältin am EuGH Sharpston kritisierte die Rechtslage in Deutschland, dass weder Verbände noch Privatpersonen Verstöße gegen Umweltvorschriften einklagen können, wenn keine Rechtsgüter Einzelner, sondern nur die Natur betroffen sind („*The fish cannot walk into court!*“). Folgerichtig gelangte sie in ihren Schlussanträgen vom 16. Dezember 2010 zu dem Ergebnis, dass Umweltverbände nach den Zielen der Aarhus-Konvention und des Europarechts derartige Verstöße entgegen der deutschen Rechtslage vor Gericht rügen dürften.

## Entscheidung

Der EuGH ist dem gefolgt. Die Vorlagefrage des OVG Münster, ob die europarechtlichen Vorgaben der deutschen Rechtslage entgegenstehen, bejahen die Luxemburger Richter. Der EuGH begründet seine Entscheidung im Ergebnis mit dem Ziel der Aarhus-Konvention, einen weiten Zugang zu Gericht zu gewähren. Demnach hätten die EU-Mitgliedstaaten kein Recht, das Klagerecht der Umweltverbände zu beschränken. Der Gerichtshof trifft diese Aussage allerdings nur für jene Vorschriften, die europäisches Umweltrecht umsetzen sowie für unmittelbar geltendes EU-Umweltrecht. Ausdrücklich stellt der EuGH fest, dass es einem Umweltverband möglich sein muss, eine Verletzung naturschutzrechtlicher Vorschriften zu rügen, die aus Art. 6 der Habitat-Richtlinie hervorgegangen sind. Der EuGH hat außerdem entschieden, dass Umweltverbände sich zur Geltendmachung ihres Klagerechts unmittelbar auf die UVP-Richtlinie berufen dürfen, falls das UmwRG nicht europarechtskonform ausgelegt werden kann.

## Bewertung

Nach zweijähriger Pause wird das OVG Münster nun den Rechtsstreit um das Steinkohlekraftwerk in Lünen fortführen können. Aus dem Urteil des EuGH ergibt sich nämlich, dass die Klage des BUND zulässig ist. Daraus folgt allerdings nicht

zwangsläufig, dass der Klage auch stattgegeben wird. Das OVG Münster wird erst noch prüfen müssen, ob die gerügten umweltrechtlichen Verstöße tatsächlich vorliegen. Trianel hat die Zeit zur Nachbesserung der FFH-Verträglichkeitsprüfung genutzt.

Da den Umweltverbänden nach Auffassung des EuGH das umfassende Klagerecht unmittelbar aus Art. 10a UVP-Richtlinie zusteht, ist auf die nun gebotene Anpassung des UmwRG nicht mehr zu warten. Umweltverbände können ab sofort mithilfe der Verbandsklage Verstöße gegen unionsrechtliche Umweltvorschriften rügen. Sie sind damit verfahrensrechtlich besser gestellt, als etwa Nachbarn von industriellen Großvorhaben, die Verstöße gegen umweltrechtliche Vorschriften nicht rügen können, wenn sie durch den Verstoß nicht in eigenen Rechten verletzt sind.

Die Verbandsklage kann im Übrigen nicht nur gegen so umstrittene Vorhaben wie Steinkohlekraftwerke erhoben werden, sondern auch gegen andere industrielle Großvorhaben und ebenso gegen Anlagen der erneuerbaren Energien wie Windparks. Es sind nämlich alle Vorhaben betroffen, die einer UVP unterliegen.

Das erweiterte Verbandsklagerecht muss nicht zu einer Klageflut führen. Sicher ist aber, dass die Verbandsklagen mit mehr Aussicht auf Erfolg geführt werden können. Denn die

Klagen können auf mehr Gründe als bisher gestützt werden. Erstmals müssen die Gerichte nun bei Klagen gegen Genehmigungen prüfen, ob alle umweltrechtlichen Vorschriften des Europarechts eingehalten werden. Da gerade im Naturschutzrecht viele Fragen noch nicht geklärt und die Anforderungen gestiegen sind, sind die Genehmigungsverfahren in dieser Hinsicht besonders fehleranfällig.

Der EuGH hat die einzuklagenden Verstöße auf unionsrechtliche Umweltvorschriften beschränkt, weshalb im Einzelnen noch offen ist, auf welche Vorschriften genau die Verbandsklage gestützt werden kann. Wasserrechtliche Vorschriften werden hierzu gehören, aber werden in Zukunft auch Verstöße gegen den immissionsschutzrechtlichen Vorsorgegrundsatz eingeklagt werden können?

Der EuGH hat mit seiner grundsätzlichen Entscheidung der Verbandsklage endgültig zum Durchbruch verholfen. Für Genehmigungen besteht deshalb ein erhöhtes Klagerisiko und weniger Planungssicherheit für Projekte.

---

**Claudia Schoppen**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Essen**

**Telefon +49 201 9220 13176**

**[claudia.schoppen@luther-lawfirm.com](mailto:claudia.schoppen@luther-lawfirm.com)**

---

## Baugesetzbuch-Novelle soll Ausbau erneuerbarer Energien beschleunigen

Die Bundesregierung will die Planung und den Bau von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie durch eine Änderung des Baugesetzbuchs (BauGB) vorantreiben. Hierfür hat das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) am 16. Mai 2011 den „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der klimagerechten Entwicklung in den Städten und Gemeinden“ vorgelegt. Der Gesetzentwurf wurde am 6. Juni 2011 im Kabinett beschlossen und soll laut BMVBS noch vor der Sommerpause von Bundestag und Bundesrat verabschiedet werden.

Ursprünglich wollte die Bundesregierung das Baugesetzbuch grundlegend reformieren. Nach den Geschehnissen in Fukushima will die Bundesregierung nun jedoch in einem

ersten Schritt die bauplanungsrechtlichen Instrumente zum Ausbau der erneuerbaren Energien aus der geplanten umfassenden BauGB-Novelle herauslösen und vorab in Kraft treten lassen. Im Herbst soll dann eine weitere Gesetzesänderung mit einer umfassenden Überarbeitung des Bauplanungsrechts folgen, in deren Rahmen auch die seit langem erwartete Änderung der Baunutzungsverordnung (BauNVO) stattfinden soll.

Mit der jetzt vorgezogenen Gesetzesnovelle soll vor allem das Repowering von Windenergieanlagen erleichtert und rechtliche Unsicherheiten beim Bau von Photovoltaikanlagen an und auf Gebäuden beseitigt werden. Nachfolgend stellen wir Ihnen die wesentlichen Neuerungen vor:

## A. Wesentliche Neuregelungen der Gesetzesnovelle

### 1. Klimaschutz in der Bauleitplanung

Mit dem neuen § 1 Abs. 5 Satz 2 BauGB-E soll klar gestellt werden, dass der Klimaschutz als Planungsleitsatz zukünftig zu den Zielen und Grundsätzen der Bauleitplanung gehört. Eine klimagerechte Stadtentwicklung soll durch besondere Maßnahmen erreicht werden, die dem Klimawandel entgegenwirken (beispielsweise durch Ausbau erneuerbarer Energien oder übergreifende Konzepte zur Reduzierung des Verkehrsaufkommens) oder der Anpassung an den Klimawandel dienen (etwa Freihaltung von Kaltluftschneisen).

Dazu wird die Möglichkeit geschaffen, Flächen für die Nutzung durch erneuerbare Energien im Flächennutzungsplan oder im Bebauungsplan auszuweisen (§§ 5 Abs. 2 Nr. 2, 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB-E). Ferner soll gesetzlich klargestellt werden, dass die Errichtung und Nutzung von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien auch Gegenstand eines städtebaulichen Vertrags zwischen Gemeinde und Vorhabenträger sein können (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB-E). Die Gemeinden sollen mithilfe des Planungsleitsatzes „Klimaschutz“ und der neuen planerischen Instrumente Klima- und Energiekonzepten in der Bauleitplanung ein weitaus stärkeres Gewicht als bisher einräumen.

### 2. Repowering von Windenergieanlagen

Weiter sieht der Gesetzentwurf zwei Sonderregelungen zum Repowering von Windenergieanlagen vor. Unter Repowering von Windenergieanlagen wird das Ersetzen mehrerer älterer durch wenige neue, leistungsfähige Anlagen verstanden. Als erhoffter Nebeneffekt soll mit dem Repowering die Landschaft „aufgeräumt“ werden („Entspargelung“).

Für ein Repowering sind oftmals Änderungen oder Ergänzungen der bestehenden Bauleitpläne erforderlich. Dabei war bislang unsicher, ob in Bauleitplänen zusätzliche Flächen für das Repowering zur Verfügung gestellt werden können, ohne die bisherige Ausweisung von Konzentrationszonen in Frage zu stellen. Die Bundesregierung will diese Unsicherheit mit dem neuen § 249 Abs. 1 BauGB-E beseitigen. Danach soll aus der Ausweisung zusätzlicher Flächen für Windenergieanlagen in einem Flächennutzungsplan oder Bebauungsplan nicht folgen, dass die bisherigen gemeindlichen Überlegungen zur Steuerung des Flächenbedarfs für Windenergieanlagen hinfällig sind. Mögliche Einwände gegen bestehende Bauleitpläne sollen damit von vornherein gesetzlich ausgeschlossen werden. Ob die Gemeinden schon wegen dieser Klarstellung bereit sind, zusätzliche Flächen für Windenergieflächen auszuweisen, bleibt jedoch abzuwarten.

Eine weitere gesetzliche Klarstellung ist in § 249 Abs. 2 BauGB-E vorgesehen. Danach soll die Gemeinde im Bebauungsplan durch bedingte Festsetzung im Sinne von § 9 Abs. 2 BauNVO regeln dürfen, dass nach Errichtung neuer Windenergieanlagen andere (ältere) Anlagen zurückgebaut werden müssen. Die Standorte solcher Anlagen können auch außerhalb des Bebauungsplans oder außerhalb des Gemeindegebiets liegen. Entsprechendes soll auch für die Flächennutzungsplanung gelten. Die Bundesregierung will damit die bislang schon bestehende Praxis rechtlich absichern.

### 3. Privilegierung von Photovoltaikanlagen an und auf Gebäuden

Weiterer Kernpunkt der Gesetzesnovelle ist die erleichterte Zulässigkeit von Photovoltaikanlagen an oder auf Gebäuden im Außenbereich. Ausgangspunkt der geplanten Änderung ist ein Urteil des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 20. September 2010 (Az. 7 B 985/10), das die – bislang angenommene – privilegierte Zulässigkeit im Außenbereich in Frage gestellt hatte, soweit der durch die Solaranlage erzeugte Strom nicht nur dem Eigenverbrauch dient, sondern in das Stromnetz eingespeist wird. Dieser Rechtsprechung will die Bundesregierung entgegenwirken, indem sie in § 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB-E einen eigenen Privilegierungstatbestand für Photovoltaikanlagen an und auf Gebäuden im Außenbereich schafft. Danach soll die „Nutzung solarer Strahlungsenergie an oder auf zulässigerweise errichteten Gebäuden“ privilegiert zulässig sein, wenn die Anlage dem Gebäude „baulich untergeordnet“ ist. Dies ist der Fall, so die Gesetzesbegründung, wenn die Anlage dem Gebäude räumlich und gegenständlich untergeordnet ist. Von der Privilegierung nicht umfasst sein sollen beispielsweise Anlagen, deren Fläche über die Dach- oder die Wandfläche des Gebäudes hinausgeht. Eine funktionelle Unterordnung wird ausdrücklich nicht gefordert. So soll unbeachtlich sein, ob die Energie der Solaranlage selbst verbraucht oder in ein öffentliches Netz eingespeist wird.

### 4. Sonderregel für die energetische Gebäudesanierung

Maßnahmen der nachträglichen Wärmedämmung können zur Abweichung von Festsetzungen von Bebauungsplänen über das Maß der baulichen Nutzung, die Bauweise oder die überbaubaren Grundstücksflächen führen. Damit eine Wärmedämmung zukünftig nicht an den Vorgaben des Bebauungsplans scheitert, will die Bundesregierung eine entsprechende Regelung § 248 BauGB-E aufnehmen. Danach sollen Maßnahmen auf Grundlage von § 9 Abs. 1 Satz 1 der Energieeinsparverordnung oder § 3 Abs. 2 Satz 4 des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes zulässig sein, sofern sie nur geringfügig von den genannten Parametern des Bebauungsplans abweichen und dies mit nachbarlichen und



baukulturellen Belangen vereinbar ist. Für die Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit nach § 34 Abs. 1 BauGB („Einfügen“) soll entsprechendes gelten. Was die Bundesregierung als „geringfügige Abweichung“ ansieht, wird allerdings weder in der vorgesehenen gesetzlichen Regelung definiert noch in der Begründung zum Gesetzentwurf erläutert. Damit soll es offenbar der Rechtsprechung überlassen bleiben, diese Frage zu klären.

## **B. Bewertung**

Abzuwarten bleibt, ob der aktuell vorliegende Gesetzentwurf den Ausbau erneuerbarer Energien maßgeblich voranbringen kann. Ob die geringfügigen Änderungen den erhofften bauplanungsrechtlichen Schub für den Ausbau solcher Anlagen bringen, bleibt zweifelhaft. Eine endgültige Bewertung wird wohl erst möglich sein, wenn im Herbst der zweite Teil der Novelle mit den Änderungen der Baunutzungsverordnung vorgelegt wird.

Die Bundesregierung sollte mit der weiteren BauGB-Novelle allerdings die Chance ergreifen, Hindernisse für den Ausbau insbesondere von Freiflächen-Solaranlagen aus dem Weg zu räumen. So stellt die Verwaltungspraxis in einigen Ländern (beispielsweise in Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen) in letzter Zeit einige Hürden für die Ansiedlung solcher Anlagen in Gewerbe- oder Industriegebieten auf. Nach dem Behördenwillen sollen Freiflächenanlagen in den genannten Baugebieten unzulässig sein, weil sie (angeblich) der Eigenart dieser Gebiete widersprechen. Wünschenswert wäre, dass die Bundesregierung oder der Gesetzgeber eine Klarstellung in die Baunutzungsverordnung aufnehmen, wonach

Freiflächen-Solaranlagen in Gewerbe- und Industriegebieten – neben Sondergebieten im Sinne von § 11 Abs. 2 BauNVO – zulässig sind.

Darüber hinaus sollte sich der Gesetzgeber Gedanken darüber machen, die – recht komplizierten und je nach obergerichtlicher Entscheidung unterschiedlichen – Vorgaben der Rechtsprechung für Flächennutzungspläne mit Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen einmal näher im Baugesetzbuch zu regeln und zu bündeln. Eine umfassende Regelung fehlt jedoch nicht nur in dem vorgelegten Gesetzentwurf, es ist leider auch nicht zu erwarten, dass die weitere BauGB-Novelle im Herbst eine solche Neuregelung enthalten wird.

Der Gesetzentwurf ist auf den Internet-Seiten des BMVBS abrufbar ([www.bmvbs.de](http://www.bmvbs.de)). Auf Wunsch senden wir Ihnen den Entwurf gerne zu.

---

**Dr. Stefan Kobes**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin**

**Telefon +49 30 52133 21126**

**[stefan.kobes@luther-lawfirm.com](mailto:stefan.kobes@luther-lawfirm.com)**

---

**Dr. Matthias Blessing**

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin**

**Telefon +49 30 52133 21126**

**[matthias.blessing@luther-lawfirm.com](mailto:matthias.blessing@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  
Széchenyi István tér 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@cn.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. Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist das deutsche Mitglied von Taxand, einem weltweiten Zusammenschluss unabhängiger Steuerberatungsgesellschaften.

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