



# MEIDERT KOMMUNAL

1/2011

---

Aktuelle Informationen der Meidert & Kollegen Rechtsanwälte Partnerschaft für Kommunen

## INHALT

Artenschutz in der Bauleitplanung: Planen zwischen saP, CEF und FFH.....	1
Rückforderung von staatlichen Zuwendungen.....	3
(Keine) Haftung der Kommune bei rechtswidriger Versagung des Einvernehmens .....	3
Neues Dienstrecht in Bayern in Kraft.....	4
Mietzuschlag bei unwirksamer Schönheits- reparaturenklauseel im sozialen Wohnungsbau.....	5
Art und Umfang der Straßenbaulast für öffentliche Feld- und Waldwege.....	5
Einzelhandelsflächen bis 1200 m <sup>2</sup> auch in Kleinzentren und kleinen Orten zulässig... ..	5

## Artenschutzrecht in der Bauleitplanung Planen zwischen saP, CEF und FFH

**Das Artenschutzrecht rückt im Rahmen der Bauleitplanung seit einigen Jahren immer mehr in den Fokus. Aufgrund der schwierigen Rechtslage in Deutschland bestehen erhebliche Unsicherheiten bei den Gemeinden, weil an sie unterschiedliche Informationen herangetragen werden, wie mit den Belangen des Artenschutzes umzugehen sei. Die jüngste Rechtsprechung bringt hier jedoch Licht ins Dunkel, weshalb eine rechtssichere Planung im Einklang mit dem Artenschutz kein Hexenwerk mehr ist.**

Seit der EuGH im Jahr 2006 die damalige artenschutzrechtliche Regelung zur Harmonisierung des Bauplanungsrechts mit dem Naturschutzrecht für europarechtswidrig erklärt hatte, besteht in Deutschland keine klare Rechtslage mehr. Auch die Neufassung des BNatSchG brachte dabei keine Abhilfe, da der Gesetzgeber bei der Novellierung des Naturschutzrechts 2008 vielmehr das Augenmerk auf die korrekte Umsetzung der FFH-Richtlinie legte, als auf die Harmonisierung mit dem Bauplanungsrecht und die Einbindung der Regelung in die deutsche Gesetzessystematik.

Aufgrund der nicht in das System des Bauplanungsrechts eingebundenen artenschutzrechtlichen Regelun-

gen in den §§ 44 ff BNatSchG ist der Aufruhr, der unmittelbar nach dem Urteil des BVerwG zum Ausbau des Verkehrsflughafens Berlin-Schönefeld vom 16.3.2006 - 4 A 1075/04 für den Bereich des Artenschutzes und mit dem Urteil des BVerwG vom 17.1.2007 - 9 A 20/05 zur Westumfahrung Halle für den Habitatschutz, einsetzte, immer noch nicht abgeebbt: Von den unteren Naturschutzbehörden als Fachbehörden und auch den höheren Naturschutzbehörden als Genehmigungsbehörden für den Flächennutzungsplan werden Forderungen nach speziellen artenschutzrechtlichen Prüfungen (saP) über eine Vegetationsperiode hinweg an die Gemeinden herangetragen. Von Bürgern und Projektbürgern werden Vermutungen über das Vorhandensein einer bedeutenden Population der kleinen Hufeisennase oder des Feldhamsters geäußert, die zumindest nicht auszuschließen sei, weil das Nichtvorhandensein noch niemand festgestellt habe. Naturschutzverbände weisen auf die potentielle Eignung des Bebauungsplangebiets als Habitat für noch nicht ansässige Arten hin.

All dies stellt Gemeinden wie Investoren vor nahezu unüberwindbare Probleme bei der Realisierung ihrer städtebaulichen Vorstellungen.

Für die Gemeinden ist die Situation gerade deshalb prekär, weil sie schließlich eine Planung vorlegen wollen, die frei von Rechtsfehlern ist und natürlich die Vorgaben des Artenschutzes in verantwortlichem Umgang mit dem Naturhaushalt lösen will. Unterschiedliche Angaben über

## Meidert Seminar

### Artenschutz in der Bauleitplanung Tagesseminar für Kommunen

Unsere Referenten (Rechtsanwalt Mathias Reitberger und Dietmar Narr von Narr Rist Türk Landschaftsarchitekten BDLA, Stadtplaner & Ingenieure u.a.) werden Sie über neueste Rechtsprechung, Rechtsschutzfragen und Fälle aus der Praxis informieren.

Datum: **18.05.2011, 10.00 bis 16.00 Uhr**

Ort: Künstlerhaus am Lenbachplatz, München  
Seminargebühr: 80,00 EUR

**Bei Interesse wenden Sie sich bitte an unsere  
Kanzleimanagerin, Frau Brigitta Stegherr,  
Tel.: 0821/90630-25 oder  
Stegherr@meidert-kollegen.de**

die Notwendigkeit und den Umfang von artenschutzrechtlichen Prüfungen, die die Gemeinde von Behörden, Planern, Gutachtern und Rechtsberatern erhalten, erleichtern den Gemeinden die Aufgabe nicht.

Während die Verwirrung unmittelbar nach den maßgeblichen Entscheidungen des EuGH und des BVerwG im Jahr 2006 noch verständlich war, ist diese mittlerweile nicht mehr angebracht, da inzwischen einige wegweisende Entscheidungen des BVerwG und des BayVGH ergangen sind, die Licht in das Dickicht der nationalen und europäischen Regelungen gebracht hat.

### Gesetzliche Regelung

Die zentrale Vorschrift des nationalen Artenschutzes stellt die Verbotsnorm des § 44 Abs. 1 BNatSchG dar. Die Darstellung aller Fallkonstellationen würde den Rahmen dieser Darstellung bei Weitem sprengen. Zum Verständnis der Systematik der aktuellen Regelung ist wichtig, dass die in § 44 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 BNatSchG genannten Verbote sich auf besonders bzw. streng geschützte Tiere, Nr. 4 dagegen nur auf geschützte Pflanzen beziehen. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG enthält ein Tötungs- und Beschädigungsverbot, § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG ein Störungsverbot für die Fortpflanzungszeiten und § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG ein Zugriffsverbot auf die Lebensstätten.

Das im Vollzug sehr relevante Störungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG wurde mit der Novelle des BNatSchG dahingehend eingeschränkt, dass eine relevante Störung nur dann vorliegen soll, wenn sich dadurch der „Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art“ nicht verschlechtert; die Reichweite des Verbots ist damit kaum bestimmbar. Das Störungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG spielt jedoch für die Bauleitplanung eine eher untergeordnete Rolle, da es im Wesentlichen auf den Bauvollzug selbst abzielt. Ausfluss des Störungsverbots ist das in der Praxis mittlerweile bekannte Verbot der Rodung von Baum- und Gehölzstrukturen in der Zeit zwischen dem 1. März und dem 30. September.

Relevant für die Bauleitplanung sind dagegen die Zugriffsversuche nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BNatSchG, also das Tötungs- und Beschädigungsverbot und das Zugriffsverbot auf die Lebensstätten. Für diese Zugriffsverbote enthält § 44 Abs. 5 BNatSchG im Hinblick auf die „Anhang IV“- FFH-Arten sowie die europäischen Vogelarten eine Sonderregelung, wonach diese nicht berührt sind, soweit die „ökologische Funktion der betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten“ im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird. In Bezug auf alle anderen Arten soll bei Eingriffsvorhaben ein Verstoß gegen die Zugriffs-, Besitz- und Vermarktungsverbote bereits überhaupt nicht vorliegen.

### Erforderlichkeit

Um sicherzustellen, dass die Festsetzungen eines Bebauungsplans ohne Verstoß gegen einschlägige artenschutzrechtliche Vorschriften realisierbar sind, muss die planende Gemeinde im Rahmen des Bauleitplanverfahrens vorausschauend ermitteln und beurteilen, ob die beabsichtigten Festsetzungen einen artenschutzrechtlichen Konflikt hervorrufen können. Im Bebauungsplanverfahren muss daher sichergestellt werden, dass kein Verbotsstatbestand einschlägig ist, da das europäische Arten-

schutzrecht zwingendes Recht ist, das nicht lediglich im Rahmen der Abwägung zu prüfen ist (vgl. BVerwG vom 13.12.2007 - Az. 4 C 9.06; BayVGH vom 28.1.2008 - Az. 8 A 05.40018).

### saP

Nach der Rechtsprechung des BayVGH (Urteil vom 16.03.2010 - 8 N 09.2304) kann den Belangen des Artenschutzes dadurch Rechnung getragen werden, dass eine spezielle artenschutzrechtliche Prüfung (saP) durchgeführt wird und zusätzliche Vorkehrungen und Ausgleichsmaßnahmen für den Artenschutz eingeplant werden.

Interessant ist dabei, dass der Planungsbehörde bei der ökologischen Bestandsaufnahme – also der saP – nach den Ausführungen im Urteil eine naturschutzfachliche Einschätzungsprerogative zukommt. Somit kann die Gemeinde selbst bestimmen, welchen Umfang und Untersuchungstiefe die saP aufweisen soll, da es für die saP keine gesetzlichen oder allgemein anerkannten Vorgaben gibt.

Hinzu kommt, dass die gemeindliche Einschätzungsprerogative über den Untersuchungsumfang und die Untersuchungstiefe im gerichtlichen Verfahren daraufhin überprüft wird, ob sie naturschutzfachlich unvertretbar ist (vgl. BVerwG vom 9.7.2008 BVerwGE 131, 274).

### CEF-Maßnahmen

Eine Maßnahme, um die Erfüllung von Verbotstatbeständen zu vermeiden, liegt darin, vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen) im Bebauungsplan vorzusehen. Aus dem Wortlaut des § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG „soweit erforderlich, können insoweit auch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen festgesetzt werden“ schließt der BayVGH (Urteil vom 30.03.2010 - 8 N 09.1861-1868, u.a.), dass CEF-Maßnahmen zwingend im Bebauungsplan festgesetzt werden müssen. Begründet wird dies damit, dass im Gegensatz zu § 1a Abs. 3 BauGB das Gesetz hier ausdrücklich davon spricht, dass solche Maßnahmen „festgesetzt“ werden können.

Auch wenn man sich über die dogmatische Richtigkeit des Urteils trefflich streiten kann, kann dennoch für die planende Gemeinde festgehalten werden, dass sie den artenschutzrechtlichen Erfordernissen im Rahmen einer Planung durch Festsetzungen im Bebauungsplan – zu meist nach § 9 Abs. 2 BauGB – Rechnung tragen kann.

### Entgegenstehende Einschätzungen

Unklar dagegen ist die Rechtslage, falls die Fachbehörden eine andere Einschätzung zur Wirksamkeit von CEF-Maßnahmen oder zum Ausmaß der CEF-Maßnahmen haben als die Gemeinde. Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht soll zugunsten der planenden Gemeinde eine Einschätzungsprerogative bestehen. Die Entscheidung des BayVGH vom 16.03.2010 könnte als Indiz für eine gewisse Einschätzungsprerogative der planenden Kommune gesehen werden, da ihr ja bereits die Einschätzung für die Untersuchungstiefe zukommt.

Nach einer anderen Ansicht soll der Fachbehörde als sachverständiger Stelle die letztverbindliche Prüfungs- kompetenz verbleiben.

## Ausblick

Nach den vorliegenden Urteilen ist die praktische Anwendung der artenschutzrechtlichen Regelungen deutlich vereinfacht worden, da Klarheit über einzelne Pflichten der Gemeinden aber auch deren Grenzen abgesteckt wurden. Im Detail gibt es jedoch noch eine Vielzahl von Rechtsproblemen, denen sich die Gemeinden in der täglichen Rechtsanwendung ausgesetzt sehen. Bis das gesamte Feld der artenschutzrechtlichen Problemstellungen in der Bauleitplanung in der Rechtsprechung geklärt ist, werden noch viele Urteile gesprochen werden.

Um möglichst sicher durch den Dschungel aus Vorschriften und fachlichen Aussagen zu kommen ist es zunächst für die Gemeinden sinnvoll, sich so weit wie möglich an den bestehenden Entscheidungen zu orientieren.

*Mathias Reitberger  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht*

## Rückforderung von staatlichen Zuwendungen

**Besonders ärgerlich für Städte und Gemeinden ist die Rückforderung von staatlichen Zuwendungen. Nachdem Ausbaumaßnahmen zuvor zeitaufwändig und detailreich mit den staatlichen Fachbehörden, z.B. dem Wasserwirtschaftsamt beim Bau von Entwässerungseinrichtungen, abgesprochen wurden, steht Jahre später die Prüfung der staatlichen Zuschüsse durch den Bayerischen Obersten Rechnungshof oder seine nachgeordneten Rechnungsprüfungsämter ins Haus.**

Die staatlichen Kontrolleure überprüfen hierbei, ob die staatlichen Behörden die Zuschüsse an die Kommunen richtig berechnet haben. Nach der bisherigen Rechtsprechung galt: Wenn der Oberste Rechnungshof etwas zu beanstanden hatte, dann galt die Vereinbarung zwischen der Fachbehörde und der Gemeinde nicht mehr und die Erstattung wurde unter den erleichterten Voraussetzungen des Art. 49a BayVwVfG zurückgefordert.

Etwas Hoffnung machen hierbei neuere Entscheidungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit. So kristallisiert sich mittlerweile allgemein in der Rechtsprechung heraus, dass nur offensichtliche und schwerwiegende Vergaberechtsverstöße die Rückforderung von staatlichen Zuwendungen rechtfertigen. Das Verwaltungsgericht Regensburg hat in seiner Entscheidung vom 26.01.2009 (Az.: RO 8 K 08.790) festgestellt, dass die Subventionen nicht im Nachhinein gekürzt und zurückgefordert werden dürfen, nur weil der Bayerische Oberste Rechnungshof eine andere Rechtsauffassung vertritt, als zuvor die bewilligende Fachbehörde. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 17.11.2010 die Frage, ob die Rückforderung von Subventionen auf Art. 49a BayVwVfG gestützt werden dürfe, ausdrücklich offen gelassen und den aus kommunaler Sicht günstigeren Art. 48 BayVwVfG als Rechtsgrundlage erachtet.

Gleichzeitig hat der BayVGH aber auch darauf hingewiesen, dass die Kommunen die im Bewilligungsbescheid meistens im "Kleingedruckten" in Bezug genommenen ANBest-K (Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an kommunale Körper-

schaften) akzeptieren, was aber später die Rückforderung erleichtert.

Letztlich rät der VGH daher dazu, auch die Bewilligungsbescheide genau unter die Lupe zu nehmen, um spätere unerwünschte Überraschungen zu vermeiden. Bedeutung erlangt dies möglicherweise schon bald, wenn die Förderung im Rahmen der Investitionspakete oder des Konjunkturpakets II überprüft werden und Rückforderungen drohen.

*Prof. Dr. Fritz Böckh  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht*

## (Keine) Haftung der Kommune bei rechtswidriger Versagung des Einvernehmens

**Nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) kam eine Haftung der das Einvernehmen nach § 36 BauGB rechtswidrig versagenden Gemeinde aus Amtspflichtverletzung gegenüber dem Bauherrn in Betracht, wenn dadurch das Bauvorhaben vereitelt oder verzögert wurde. Dies soll nun in den Fällen nicht mehr der Fall sein, in denen die Baugenehmigungsbehörde das rechtswidrig versagte Einvernehmen ersetzen kann.**

Die Rechtsprechung des BGH zu § 36 BauGB in der bis zum Inkrafttreten des Bau- und Raumordnungsgesetzes 1998 geltenden Fassung - durch dieses Gesetz ist in § 36 Abs. 2 BauGB die Ersetzungsbefugnis der Baugenehmigungsbehörde in Satz 3 eingefügt worden - beinhaltet die Möglichkeit der Amtspflichtverletzung einer das Einvernehmen versagenden Gemeinde gegenüber dem Bauherrn, wenn die Versagung des Einvernehmens Bindungswirkung für die Baugenehmigungsbehörde hatte. Vereitelt oder verzögerte die Gemeinde durch eine unberechtigte Versagung des Einvernehmens ein planungsrechtlich zulässiges Bauvorhaben, so berührte dies nach dieser Rechtsprechung die Rechtsstellung des Bauwilligen dergestalt, dass eine besondere Beziehung zwischen der verletzten Amtspflicht und dem Bauwilligen als einem geschützten „Dritten“ im Sinne des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB angenommen wurde.

Dieses Haftungsrisiko besteht nach einer aktuellen Entscheidung des BGH (Urteil vom 16.10.2010 - Az. III ZR 29/10; veröffentlicht u.a. in NVwZ 2011, 249) jedoch nicht, wenn das rechtswidrig versagte - aber gleichwohl erforderliche - Einvernehmen durch die Baugenehmigungsbehörde, die nicht zugleich die Gemeinde ist, ersetzt werden kann, die Baugenehmigungsbehörde jedoch davon absieht, das verweigerte gemeindliche Einvernehmen zu ersetzen. Denn die Bindungswirkung der negativen Entscheidung der Gemeinde für die Baugenehmigungsbehörde wird nach Auffassung des BGH in diesem Fall durch die Prüfungs- und Entscheidungskompetenz über die Ersetzung des Einvernehmens aufgehoben. Die Genehmigungsbehörde müsse in einer solchen Konstellation ein an sich genehmigungsfähiges Bauvorhaben nicht mehr sehenden Auges allein wegen des rechtswidrig verweigerten Einvernehmens ablehnen. Damit entfalle der maßgebliche Grund für die Annahme einer drittgerichteten Amtspflicht seitens der Gemeinde und ihre haftungsrechtliche Verantwortlichkeit gegenüber dem Bauherrn.

In der Entscheidung erklärt der BGH die dargestellten Grundsätze ausdrücklich auf die aktuelle Regelung des Art. 67 Abs. 1 Satz 2 BayBO für anwendbar. In dieser Vorschrift wird bestimmt, dass der Bauwillige keinen Rechtsanspruch auf die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens hat. Der bayerische Gesetzgeber hatte diese Regelung ausdrücklich geschaffen, um der Gefahr einer Verlagerung von Haftungsrisiken von der das Einvernehmen verweigerns Gemeinde auf den Freistaat Bayern entgegenzutreten (LT-Drucks. 15/7161 S. 70 zu Art. 71a BayBO-E). Nach Auffassung des BGH vermag die Neuregelung jedoch entgegen der Intentionen des Gesetzgebers an der haftungsrechtlichen Alleinverantwortlichkeit der Baugenehmigungsbehörde nichts zu ändern.

Die Entscheidung hat große Bedeutung für diejenigen (meist kleineren) Gemeinden, die nicht zugleich die Aufgaben der unteren Baugenehmigungsbehörde wahrnehmen. Diese tragen im Falle eines rechtswidrig versagten Einvernehmens nun kein Haftungsrisiko gegenüber dem Bauherrn mehr. Allerdings ist damit zu rechnen, dass die Baugenehmigungsbehörden zur Minderung des eigenen Haftungsrisikos künftig schneller und öfter zur Ersetzung des verweigerten Einvernehmens schreiten werden.

Demgegenüber ändert sich für diejenigen Gemeinden, die nach dem jeweiligen Landesrecht zugleich die Aufgaben der unteren Baugenehmigungsbehörde wahrnehmen, im Ergebnis haftungsrechtlich nichts. Die neue Entscheidung des BGH ändert wohl auch nichts an der bisherigen Rechtsprechung, wonach eine Amtshaftung der Gemeinde gegenüber dem Bauherrn zu bejahen ist, wenn die Baugenehmigungsbehörde den Erlass einer Baugenehmigung auf Grund des versagten Einvernehmens der Gemeinde ablehnt, obwohl das Einvernehmen objektiv nicht erforderlich gewesen ist. Denn in diesen Fällen wird die Amtspflicht der Gemeinde nicht aus § 36 Abs. 2 Satz 1 BauGB abgeleitet, sondern eine eigenständige Amtspflicht darin gesehen, die Erteilung der vom Bauherrn begehrten Baugenehmigung, auf die er einen Anspruch hat, nicht durch ein Verhalten zu verhindern, das die Bauaufsichtsbehörde als Verweigerung des für erforderlich gehaltenen Einvernehmens werten muss.

*Frank Sommer  
Rechtsanwalt*

## Neues Dienstrecht in Bayern in Kraft

**In Bayern sind zu Beginn des Jahres neue Vorschriften zum Dienstrecht in Kraft getreten, die auch für bei den bayerischen Kommunen beschäftigte Beamten gelten. Der folgende Beitrag soll einen kurzen Überblick über die wichtigsten Änderungen geben.**

Mit diesem Gesetz hat der Freistaat Bayern von den ihm im Rahmen der Föderalismusreform verliehenen Gesetzgebungskompetenzen umfassend Gebrauch gemacht und für die Beamtinnen und Beamten des Landes sowie der Kommunen ein eigenes bayerisches Status-, Laufbahn-, Besoldungs- und Versorgungsrecht geschaffen.

Neu erlassen wurden mehrere Gesetze wie das Bayerische Besoldungsgesetz, das Bayerische Beamtenversorgungsgesetz sowie das Gesetz über die Leistungslaufbahn und die Fachlaufbahnen der bayerischen

Beamten und Beamtinnen (Leistungslaufbahngesetz). Andere Gesetze, wie z.B. das Bayerische Beamtengesetz, sind teilweise grundlegend geändert worden. Bundesrechtliche Vorschriften, wie z.B. das Bundesbesoldungsgesetz oder das Beamtenversorgungsgesetz, sind in Bayern künftig nicht mehr anwendbar.

Exemplarisch können hier nur einige wichtige Änderungen des Gesetzes zum Neuen Dienstrecht in Bayern erwähnt werden: Die vier Laufbahngruppen des einfachen, mittleren, gehobenen und höheren Dienstes werden durch eine durchgehende Leistungslaufbahn ersetzt, in die nach jeweiliger Vor- und Ausbildung sowie gegebenenfalls unter Berücksichtigung beruflicher Leistungen in vier Qualifikationsebenen eingestiegen wird.

Der bisherige Aufstieg für besondere Dienstleistungsbeiriche, der Verwendungsaufstieg vom mittleren in den gehobenen Dienst und der Aufstieg vom gehobenen in den höheren Dienst werden durch ein System der modularen Qualifizierung umfassend ersetzt. Es sollen verstärkt berufliche Erfahrungen und Leistungen berücksichtigt werden. Kommunen haben hier künftig die Möglichkeit, im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben eigenständige Konzepte zu gestalten. Die bisherige hohe Anzahl an Laufbahnen in Bayern wird reduziert. Künftig existieren nur noch sechs Fachlaufbahnen. Ein Laufbahnwechsel findet damit nur noch bei einem Wechsel zwischen diesen sechs Fachlaufbahnen statt.

Die Probezeit beträgt künftig einheitlich 2 Jahre. Nach der Hälfte der Probezeit erfolgt eine Einschätzung, ob die Probezeit voraussichtlich erfolgreich abgeschlossen werden kann. Für dienstliche Beurteilungen wurden die Beurteilungskriterien nunmehr ins Gesetz aufgenommen (mit Öffnungsklauseln zur Aufnahme weiterer oder anderer Beurteilungskriterien).

Grundlegende Änderungen gibt es im Besoldungsrecht. Das regelmäßige Aufsteigen in den Stufen des Grundgehalts der Besoldungsgruppe A ist künftig ausschließlich leistungsbezogen ausgestaltet. So steigt das Grundgehalt bei einer Leistung, die den mit dem jeweiligen Amt verbundenen Mindestanforderungen entspricht, in regelmäßigen Zeitabständen in den Stufen bis zum Erreichen der letzten Stufe (Endstufe) an. Anknüpfungspunkt hierfür ist eine ausdrückliche positive Leistungsfeststellung des Dienstherrn, die regelmäßig mit der periodischen Beurteilung verbunden wird. Eine negative Entscheidung darf nur getroffen werden, wenn der Beamte im Vorfeld ausdrücklich auf die Leistungsmängel hingewiesen wurde.

Im Rahmen dieser kurzen Darstellung konnten nur einige wichtige Änderungen kurz aufgezeigt werden. Es ist davon auszugehen, dass das neue Dienstrecht in Bayern in nächster Zeit zahlreiche Probleme im Rahmen des Vollzugs aufwerfen wird. Die Anwendung des neuen Rechts sowie der Übergang von der alten zur neuen Rechtslage und die diesbezüglich erlassenen Übergangsvorschriften werden insbesondere auch in den Kommunen zu problematischen Konstellationen führen. Gerne bieten wir in diesem Zusammenhang unsere Beratung und Unterstützung an.

*Axel Weisbach  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Fachanwalt für Arbeitsrecht*



## Mietzuschlag bei unwirksamer Schönheitsreparaturklausel im sozialen Wohnungsbau

**Ist eine vertragliche Vereinbarung über die Durchführung der Schönheitsreparaturen unwirksam, kann die Gemeinde im preisgebundenen Wohnraum einseitig eine Mietanpassung vornehmen.**

Mit Urteil vom 24.03.2010 entschied der Bundesgerichtshof, dass bei öffentlich gefördertem, preisgebundenem Wohnraum der Vermieter berechtigt ist, die Miete einseitig zu erhöhen, wenn die im Mietvertrag enthaltene Klausel über die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter unwirksam ist.

Anlässlich einer im Jahr 2004 ergangenen Rechtsprechung besteht bei vielen Vermietern das Problem, dass im Vertrauen auf die damalige Rechtsprechung so genannte „starre Fristen“ bei Schönheitsreparaturen vereinbart wurden. Geschätzt 80% aller Verträge enthalten Klauseln, wonach Mieter zwingend nach gewissen starr einzuhaltenden Fristen verpflichtet ist, Schönheitsreparaturen vorzunehmen. Für preisfreien und nicht finanzierten Wohnraum ist inzwischen abschließend geklärt, dass derartige starre Fristen unzulässig sind. Folge ist bei preisfreiem Wohnraum, dass der Vermieter vom Mieter keine Vornahme von Schönheitsreparaturen verlangen kann. Findige Vermieter reagierten auf diese Rechtsprechung mit einer Mieterhöhung, um das wirtschaftliche Gleichgewicht wieder herzustellen. Derartige Mieterhöhungen sind bei preisfreiem Wohnraum aber unzulässig.

Umso mehr verwundert das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24.03.2010. Es erlaubt dem Vermieter, bei öffentlich gefördertem, preisgebundenem Wohnraum einen Zuschlag zur Kostenmiete zu verlangen, vgl. Art. 11 Abs. 1 S. 1 BayWoBindG. Begründet wird dies damit, dass die Klausel von Anfang an unwirksam war und damit die Miete von Anfang an nicht der gesetzlich zulässigen Höhe entspricht. Folglich ist der Vermieter berechtigt, eine „Mieterhöhung“ bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete vorzunehmen.

Soweit preisgebundener Wohnraum vorliegt, ist es Vermietern nunmehr dringend anzuraten, die Mietverträge auf diese Besonderheit hin überprüfen zu lassen.

*Dr. Michael Sommer  
Fachanwalt für Miet- und  
Wohnungseigentumsrecht*

## Art und Umfang der Straßenbaulast für öffentliche Feld- und Waldwege

**Als einziges Bundesland nimmt der Freistaat Bayern auch Private in die Pflicht, wenn es um die Straßenbaulast geht. Für nicht ausgebaute öffentliche Feld- und Waldwege sind nämlich diejenigen Straßenbaulastträger, deren Grundstücke über den betroffenen Weg bewirtschaftet werden.**

In vielen Gemeinden wird diese Straßenbaulastfrage unkompliziert gelöst, indem die beteiligten Landwirte in Eigenleistung die Feld- und Waldwege in einem befahrbaren Zustand halten und die Gemeinde das Material

beisteuert. Was passiert aber, wenn Meinungsverschiedenheiten über die Art und den Umfang des Straßenausbaues entstehen? Hier sieht Art. 54 Abs. 4 Satz 1 Bay-StrWG vor, dass die Beteiligten zunächst eine Einigung über die Verpflichtungen anstreben müssen und wenn keine Einigung zustande kommt, die Gemeinde eine Entscheidung treffen muss (Art. 54 Abs. 4 Satz 2 Bay-StrWG).

In einem kürzlich vom Verwaltungsgericht Augsburg entschiedenen Fall (Az.: Au 6 K 09.106) wollte eine Grundstückseigentümerin ihr bisher landwirtschaftlich genutztes Grundstück anderweitig nutzen, benötigte aber hierfür einen geteerten Weg mit Unterbau. Die Landwirte lehnten das Angebot der Nachbarin dankend ab, weshalb die Dame die Gemeinde um eine Entscheidung bat. Die Gemeinde wollte sich nicht gegen die Mehrheit stellen und lehnte den Erlass einer Entscheidung ab.

Das Verwaltungsgericht Augsburg stellte fest, dass die Entscheidung einer Gemeinde über Art und Umfang von Straßenbaumaßnahmen an einem Feldweg voraussetzt, dass die Baumaßnahme zur Erfüllung der Straßenbaulast auch erforderlich ist. Daran fehlte es jedoch, da ein Feldweg nur dem gewöhnlichen Verkehrsbedürfnis gerecht werden muss. Gewöhnliches Verkehrsbedürfnis bedeutet für einen Feldweg, dass er den Verkehr aufnehmen muss, der für die Bewirtschaftung der Feldgrundstücke notwendig ist. Möchte ein Grundstückseigentümer seine Felder und Äcker anders als landwirtschaftlich nutzen und benötigt er hierfür eine besser ausgebaute Straße, so kann er die anderen Wegebeteiligten und die betroffene Gemeinde straßen- und wegerechtlich nicht dazu zwingen, einem Ausbau des Feldweges zuzustimmen.

Ob der Zwang bei privilegierten Vorhaben über das Baurecht möglich ist, wird der Verwaltungsgerichtshof in Kürze entscheiden. Wir werden hiervon berichten.

*Prof. Dr. Fritz Böckh  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht*

## Einzelhandelsflächen bis 1200 m<sup>2</sup> auch in Kleinzentren und kleinen Orten zulässig

**Der Ministerratsbeschluss zum Einzelhandel sorgt für heftige Debatten zwischen Verbänden und Politik. Nach dem Beschluss im Dezember 2010 sollen auch in Kleinzentren und kleinen Orten Einzelhandelsflächen bis 1200 Quadratmeter zur Verbesserung der Nahversorgung möglich sein.**

Wie das bayerische Wirtschaftsministerium im Dezember letzten Jahres mitteilte, ändert sich ab sofort die Verwaltungspraxis bei der Zulassung von Nahversorgungsunternehmen. Rechtsgrund der Änderung war ein Ministerratsbeschluss, wonach das geltende Landesentwicklungsprogramm in der Verwaltungspraxis anders ausgelegt wird als bisher. Damit wird in jeder Gemeinde Bayerns ein Lebensmittelvollsortimenter mit bis zu 1200 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche ermöglicht. Bisher waren diese bis zu einer Verkaufsfläche von 800 m<sup>2</sup> zulässig. „Mit der modernen Öffnung auf 1200 m<sup>2</sup> können nun alle Gemeinde in Bayern Standort

eines modernen Supermarkts in aktueller Mindestbetriebsgröße sein“, erklärt Bayerns Wirtschaftsminister Martin Zeil die Änderung im Verwaltungsvollzug.

Discounter bleiben dagegen aufgrund der zwingenden Vorgaben des geltenden Einzelhandelsziels des Landesentwicklungsprogramms bis zum Inkrafttreten eines neuen Ziels auf die aktuelle Mindestbetriebsgröße von 800 m<sup>2</sup> beschränkt. Die Erhöhung auf 1200 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche, beschränkt auf die Lebensmittelvollsortimenter wurde damit begründet, dass es Ziel der Staatsregierung gewesen sei, die bestehenden Grenzen nur in verträglichem Umfang anzuheben.

Durch die Änderung der landesplanerischen Zulässigkeit erhalten die Gemeinden größere Gestaltungsspielräume und damit mehr Verantwortung bei Entscheidungen über mögliche Ansiedelungen oder Erweiterungen von Supermärkten. Die eigenverantwortliche Planung der Gemeinden wird nach dem Ministerratsbeschluss weiter in den Vordergrund rücken.

Die bislang zulässigen Discounter und Lebensmittelvollsortimenter mit einer Verkaufsfläche von 800 m<sup>2</sup> waren bauplanungsrechtlich nämlich sowohl in Mischgebieten als auch in Gewerbegebieten allgemein zulässig.

Für die nunmehr neu zulässigen Lebensmittelvollsortimenter mit 1200 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche müssen dagegen Bauplanungspläne mit ausgewiesenen Sondergebieten aufgestellt werden, da nach der bundesrechtlichen Regelung des § 11 BauNVO derartige Einzelhandelsvorhaben zwingend sondergebietspflichtig sind.

Unabhängig davon darf man weiter auf die Ergebnisse der laufenden Gesamtreform der Landesplanung in Bayern gespannt sein, da bereits angekündigt wurde, dass weitere Überlegungen zur Fortschreibung des Einzelhandelsziels angestellt wurden.

*Mathias Reitberger  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht*



#### AUGSBURG

Bergiusstr. 15  
86199 Augsburg  
Telefon: 0821-90630-0  
Telefax: 0821-90630-30  
kanzlei@meidert-kollegen.de

#### MÜNCHEN

Maximiliansplatz 5  
80333 München  
Telefon: 089-545878-0  
Telefax: 089-545878-11  
muenchen@meidert-kollegen.de

#### KEMPTEN

Ignaz-Kiechle-Str. 22  
87437 Kempten  
Telefon: 0831-5738818  
Telefax: 0821-90630-30  
kempten@meidert-kollegen.de

[www.meidert-kollegen.de](http://www.meidert-kollegen.de)

#### Peter Schicker

Fachanwalt für Miet- und  
Wohnungseigentumsrecht

#### Dr. Nikolaus Birkl

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

#### Josef Deuringer

Fachanwalt für Agrarrecht

#### Guntram Baumann

Fachanwalt für Arbeitsrecht

#### Jürgen Weisbach

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

#### Dr. Thomas Jahn

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

#### Mathias Reitberger

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

#### Axel Weisbach

Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

#### Thomas Sauer

Fachanwalt für Familienrecht

#### Prof. Dr. Thomas Barnert

Professor für Bürgerliches Recht,  
Zivilprozessrecht und Gesellschaftsrecht

#### Dr. Michael Sommer

Fachanwalt für Miet- und  
Wohnungseigentumsrecht

#### Robert Schulze

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

#### Frank Sommer

Prof. Dr. Fritz Böckh  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Dipl.-Verwaltungswirt (FH)

#### Christine Sauer

Nicole Kandzia  
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

#### Dr. Wolfram Gaedt

Hartwig Schneider

#### Christoph Röger

Nico F. Kummer