

Der städtebauliche Vertrag als rechtliches Instrument der Kooperation mit Privaten bei der Baulandentwicklung und -erschließung

vorgelegt von
Thomas Burmeister
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
aus Freiburg i.Br.

von der Fakultät VII - Architektur Umwelt Gesellschaft
der Technischen Universität Berlin
zur Erlangung des akademischen Grades
Doktor der Ingenieurwissenschaften
- Dr. Ing. -

genehmigte Dissertation

Promotionsausschuss:

Vorsitzender: Prof. Berten
Berichter: Prof. Schäfer
Berichter: Prof. Mertes

Tag der wissenschaftlichen Aussprache: 17.12.2003

Berlin 2003

D 83

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Fakultät VII - Architektur Umwelt Gesellschaft - der Technischen Universität Berlin im Jahr 2003 als Dissertation angenommen. Sie stellt die Einsatzmöglichkeiten und Grenzen des städtebaulichen Vertrages bei der kooperativen Baulandentwicklung und -erschließung dar, beschränkt sich aber nicht auf rein juristische Aspekte. Da ein optimales wirtschaftliches Verhandlungsergebnis mehr voraussetzt als eine rechtlich fehlerfreie Vertragskonstruktion, untersucht die Arbeit auch die Erfolgsbedingungen des Vertragsmanagements und der Vertragsgestaltung. Ob das gelungen ist, möge der Leser entscheiden.

Mein Dank gilt allen, die mich bei der Dissertation unterstützt haben. In erster Linie möchte ich mich bei Prof. Dr. Rudolf Schäfer bedanken, der sich spontan bereit erklärt hat, die Betreuung der Arbeit eines auswärtigen Fachfremden zu übernehmen. Seine ermutigenden Worte zur rechten Zeit haben mir das Zutrauen gegeben, daß das Ziel bereits in greifbarer Nähe liegt. Dank schulde ich ferner Prof. Dr. Mertes für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie Herrn Dr. Szamatolski, der mir den Kontakt zu Prof. Schäfer vermittelt hat. Bedanken möchte ich mich auch bei Prof. Dr. Rückert und Prof. Dr. Cramer, die bei den Prüfungen in Tragwerkslehre und Baugeschichte Verständnis für den technikfernen Juristen gezeigt haben.

Besonderen persönlichen Dank schulde ich meinem Schwager Walter Wetzler, der mir nicht nur die Grundlagen der Tragwerkslehre mit großer Ausdauer und Geduld nahegebracht hat. Ferner danke ich Herrn Rechtsreferendar Marc Engelhart und meiner Sekretärin, Frau Sabine Wendschlag, die das Manuskript neben einem lebhaften Anwaltsreferat stets umsichtig und sorgfältig betreut hat.

Vor allem aber danke ich meiner Frau Edda und meinen Kindern Sebastian und Christian, ohne deren unerschöpflicher Geduld und Unterstützung die Arbeit nicht hätte werden können.

Berlin, im Dezember 2003

Thomas Burmeister

INHALTSVERZEICHNIS

VORWORT	2
A. DER STÄDTEBAULICHE VERTRAG ALS RECHTLICHES INSTRUMENT DER KOOPERATION MIT PRIVATEN BEI DER BAULANDENTWICKLUNG UND -ERSCHLIEßUNG	18
I. WANDEL DER RAHMENBEDINGUNGEN	18
1. Wandel der politischen Rahmenbedingungen	18
2. Wandel der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen	20
3. Wandel der rechtlichen Rahmenbedingungen	21
II. INTERESSEN UND ZIELE DER GEMEINDE	22
1. Städtebauliche Verträge als Instrument des kommunalen Flächenmanagements	22
2. Kostenneutrale Baulandentwicklung und -erschließung	24
a) Abwälzung der unmittelbar projektbezogenen Kosten	24
b) Beteiligung des Eigentümers/Investors an den Folgekosten	25
3. Teilweise Abschöpfung einer planungsbedingten Wertsteigerung?	25
4. Boden- und wohnungspolitische Ziele	26
a) Ausnutzung geschaffener Baurechte	26
b) Schaffung von bezahlbarem Wohnraum für einkommensschwache Bevölkerungsgruppen	27
c) Bauplätze für Einheimische und Dämpfung der Bodenpreise	27
5. Ziele bei der An- und Umsiedlung von Gewerbebetrieben	27
6. Gestalterische und ökologische Ziele	27
III. INTERESSEN UND ZIELE DES VORHABENTRÄGERS	28
1. Planungssicherheit	30

	4
2. Angemessene Risikoverteilung bei Scheitern des Bebauungsplans	31
3. Kalkulationssicherheit	31
IV. WAS SIND STÄDTEBAULICHE VERTRÄGE?	32
1. Begriff des städtebaulichen Vertrages	32
2. Planungsrecht als „Gegenleistung“ der Gemeinde	34
3. Rechtsnatur städtebaulicher Verträge	35
4. Städtebauliche Rahmen- bzw. Vorverträge	38
a) Gründe für eine zeitlich gestaffelte, mehrstufige Vertragsgestaltung	38
b) Das Stufenverhältnis zwischen städtebaulichem Rahmen- bzw. Vorvertrag und städtebaulichem Vertrag	40
V. EINSATZMÖGLICHKEITEN STÄDTEBAULICHER VERTRÄGE	42
1. Vorhaben, für die durch die Gemeinde erst noch Baurecht geschaffen werden muß	42
2. Die einzelnen Fallkonstellationen	42
a) Projekte, die von einem Eigentümer oder Investor an die Gemeinde herangetragen werden	42
b) Die Gemeinde als Initiatorin einer vorsorgenden Baulandpolitik	43
c) Beauftragung von Trägergesellschaften	44
aa) Investorenmodell	45
bb) Betreuungs- und Treuhandmodell	47
B. SCHRANKEN STÄDTEBAULICHER VERTRÄGE	48
I. FORMELLE ANFORDERUNGEN	48
1. Formbedürftigkeit	48
2. Zuständigkeit	49
3. Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde	50
4. Ausschreibungspflicht	51
a) Abschluß von städtebaulichen Verträgen und Vergaberecht	51

	5
b) Vergabe von Dienstleistungsaufträgen an Dritte „auf der zweiten Stufe“	52
II. MATERIELLE SCHRANKEN	53
1. Unzulässige Vorweg-Bindungen nach § 2 Abs. 3 BauGB	53
2. Schutz des Privateigentums	56
a) Beschränkung auf Aufwendungsersatz	56
b) Ausgeschlossene Kosten	57
c) Angemessenheit	58
3. Koppelungsverbot	63
a) Kein Verkauf bereits bestehender Baurechte	64
b) Sachlicher Zusammenhang	66
4. Gleichbehandlung	69
5. Allgemeine Geschäftsbedingungen, §§ 305 ff. BGB	75
III. RECHTSFOLGEN DER VERLETZUNG VON RECHTSVORSCHRIFTEN	77
1. Teilnichtigkeit oder Gesamtnichtigkeit?	78
2. Rückabwicklung bereits vollzogener Verträge	79
IV. STRAFRECHTLICHE RISIKEN STÄDTEBAULICHER VERTRÄGE	83
1. Typische Fallkonstellationen	83
2. Erpressung gem. § 253 StGB	92
a) Drohung mit einem Unterlassen	92
aa) Die Entwicklung der Rechtsprechung	92
bb) Fallösungen	95
b) Weitere Voraussetzungen des objektiven Tatbestandes	98
c) Subjektiver Tatbestand	99
d) Verwerflichkeitsprüfung	99
e) Besonders schwerer Fall gem. § 253 Abs. 4 StGB	100

3. Vorteilsannahme gem. § 331 StGB	101
a) Einbeziehung altruistischen Handelns	101
b) Objektiver Tatbestand	101
aa) Amtsträger	101
bb) Tathandlung	102
cc) Unrechtsvereinbarung	107
c) Subjektiver Tatbestand und Rechtswidrigkeit	108
d) Fallösungen	109
4. Vorteilsgewährung gem. § 333 StGB	112
5. Betrug gemäß § 263 StGB	113
a) Betrugsstrafbarkeit von Gemeindebediensteten	113
b) Betrugsstrafbarkeit des Vorhabenträgers	115
6. Zusammenfassende Einschätzung der strafrechtlichen Risiken	116
C. DIE STÄDTEBAULICHEN VERTRÄGE NACH DEM BAUGB	116
I. VEREINBARUNGEN ZUR VORBEREITUNG UND DURCHFÜHRUNG STÄDTEBAULICHER MAßNAHMEN DURCH DEN VERTRAGSPARTNER	116
1. Ausarbeitung städtebaulicher Planungen	116
a) Der Vorhabenträger als Auftraggeber des Planungsbüros	116
b) Auszuarbeitende Planungen und Gutachten	117
c) Verfahrenssteuerung des Vorhabenträgers und Letztverantwortlichkeit der Gemeinde	118
d) Sicherung von Qualitätsstandards	119
2. Bodensanierung und Freilegung	121
3. Neuordnung der Grundstücksverhältnisse	123
a) Aufkaufmodell („Selbstumlegung“)	127
b) Modelle der freiwilligen Umlegung	130
c) Vereinbarungen unter dem „Mantel“ des amtlichen Umlegungsverfahrens	138

4. Unzulässige Flächenbeiträge außerhalb einer Umlegung	145
II. VERTRÄGE ZUR FÖRDERUNG UND SICHERUNG DER MIT DER BAULEITPLANUNG VERFOLGTEN ZIELE	146
1. Bindungen zur Sicherung der Grundstücksnutzung	147
a) Baupflicht	147
b) Betriebspflicht	149
c) Rückbaupflicht nach Nutzungsaufgabe	149
d) Geh-, Fahr- und Leitungsrechte	150
2. Durchführung von Ausgleichsmaßnahmen	151
3. Bindungen zur Deckung des Wohnbedarfs einkommensschwacher Bevölkerungsgruppen	154
a) Vertragliche Bindungen als Instrument der sozialen „Feinsteuerung“	154
b) Die einzelnen Bindungen	155
c) Abtretung von Flächen zum Zwecke des sozialen Wohnungsbaus	159
d) Ablösung von Sozialbindungen	160
4. Bindungen zur Deckung des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung	162
a) Einheimischenmodelle ohne gemeindlichen Zwischenerwerb	163
aa) Das Weilheimer Modell	163
bb) Das Traunsteiner Modell	166
cc) Modelle, die auf der Grundlage des Weilheimer Modells weiterentwickelt worden sind	167
dd) Einheimischenmodelle im Rahmen einer freiwilligen Umlegung	169
b) Gemeindlicher Zwischenerwerb	170
aa) Rechtliche Anforderungen an den Grundstückserwerb durch die Gemeinde im Rahmen eines Zwischenerwerbsmodells	170
bb) Rechtliche Anforderungen an die Rück- oder Weiterveräußerung von Grundstücken durch die Gemeinde	173
c) Grundstücksveräußerungen durch die Gemeinde und Einheimischenbindungen	173

5. Bindungen im Zusammenhang mit der An- und Umsiedlung sowie der Erweiterung von Gewerbebetrieben	176
a) Einheimischenmodelle für Gewerbebetriebe	176
b) Bindungen zum Zweck des Immissionsschutzes	178
c) Verpflichtung zur Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen	180
d) Verpflichtung zur Vergabe von Aufträgen an lokale Bauunternehmer und Handwerker	180
6. Gestalterische Bindungen	181
7. Ökologische Bindungen	183
a) Umweltfreundliche Versorgung mit Wärme und Energie sowie Senkung des Energiebedarfs	184
b) Autofreies Wohnen	187
c) Abwasserfreies Wohnen	188
III. VEREINBARUNGEN ZUR ÜBERNAHME VON KOSTEN UND AUFWENDUNGEN DER GEMEINDE	189
1. Erstattung der Kosten für städtebauliche Planungen und Gutachten	189
a) Beschränkung auf Kosten, die Voraussetzung oder Folge des Vorhabens sind	190
b) Verwaltungseigene Personal- und Sachkosten	191
2. Erstattung der Kosten einer Bodensanierung und Freilegung	192
3. Folgekosten	192
a) Aufwendungsersatz	193
b) Folgekostenfähige städtebauliche Maßnahmen	194
c) Welche Aufwendungen der Gemeinde sind Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens?	195
aa) Geplantes Vorhaben	195
bb) Festlegung, welche konkreten Folgemaßnahmen in welcher Höhe finanziert werden	196
cc) Bedarfsermittlung	198

dd) Sachliche, zeitliche und räumliche Voraussetzungen des Kausalzusammenhangs	199
ee) Kostenaufteilung bei Folgemaßnahmen, die mehreren Vorhaben dienen	201
ff) Folgekosten für schon errichtete Infrastruktureinrichtungen?	202
d) Betriebskosten	202
4. Erstattung der Kosten für Ausgleichsmaßnahmen	203
a) Ausgleichsmaßnahmen außerhalb des Plangebiets	203
b) Lockerung des zeitlichen Kausalzusammenhangs durch ein Ökokonto	204
c) Erstattungsfähiger Aufwand	205
5. Erstattung der Kosten für beitragsfähige Erschließungsanlagen	206
a) Die frühere Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts zur Dispositionsfeindlichkeit des Abgabenrechts	207
b) Die Theorie der abgabenrechtlichen Sperrwirkung	208
c) § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB als umfassende Ermächtigung zur Weitergabe aller ursächlichen Kosten eines Vorhabens	209
IV. Der Erschließungsvertrag gem. § 124 BauGB	211
1. Inhalt und Abgrenzung des Erschließungsvertrages	211
a) Inhalt des Erschließungsvertrages	211
b) Abgrenzung zu anderen Verträgen	213
c) Besonderheiten des Erschließungsvertrages gegenüber anderen städtebaulichen Verträgen	214
d) Kombination des Erschließungsvertrages mit anderen Verträgen	215
2. Vertragspartner	216
a) Grundstückseigentümer	216
b) Erschließungsträger	217
c) Kommunal beherrschte Unternehmen	219
d) Die Gemeinde als Trägerin der Erschließungslast und als Grundstückseigentümerin	221
e) Die Gemeinde als Erschließungsträgerin in Sonderfällen?	223

	10
3. Gegenstand des Erschließungsvertrages	223
a) Erschließungsgebiet	223
b) Erschließungsanlagen	225
aa) Nach Bundes- oder nach Landesrecht beitragsfähige sowie nicht beitragsfähige Erschließungsanlagen	225
bb) Verbesserung, Erneuerung, Erweiterung und Unterhaltung von Erschließungsanlagen	227
4. Umfang der Kostenübernahme	228
a) Möglichkeit der 100 %igen Übernahme der Erschließungskosten	228
b) Erschließungsvertrag und Beitragserhebung	230
c) Erschließungsvertrag und Finanzierung der Herstellung von Ver- und Entsorgungsleitungen durch Benutzungsgebühren	232
d) Übernahme der gemeindlichen Vorlaufkosten	233
e) Ausgeschlossene Kosten	233
5. Einzelne vertragliche Regelungen	234
a) Übertragung der Erschließung, Festlegung des Erschließungsgebiets und Grundlagen der Erschließungsmaßnahmen	234
b) Festlegung der herzustellenden Erschließungsanlagen	235
c) Ausbaustandard und Schnittstellenproblematik	237
d) Planung, Ausschreibung und Vergabe	238
e) Beauftragung eines Ingenieurbüros	238
f) Baubeginn	239
g) Baudurchführung	239
h) Haftung, Versicherung und Gefahrtragung	240
i) Fertigstellung der Erschließungsanlagen	241
j) Sicherung der Vertragserfüllung	242
k) Abnahme	243
l) Gewährleistung	244

m) Übernahme der Erschließungsanlagen, Widmung	245
n) Eigentumsübergang	245
o) Kündigung und Rücktritt	246
6. Bauplanungsrechtliche Voraussetzungen	248
7. Anwendbarkeit der öffentlichen Vergabevorschriften	250
a) Abschluß des Erschließungsvertrages und Vergaberecht	250
aa) Der Erschließungsträger als Eigentümer oder als reiner Dienstleister	250
bb) Abschluß eines „reinen“ Erschließungsvertrages	250
cc) Abschluß eines „unechten“ Erschließungsvertrages	254
b) Vergabe von Aufträgen durch den Erschließungsträger	255
aa) Ausschreibungspflicht nach §§ 97 ff. GWB	255
bb) Beauftragung außerhalb des öffentlichen Vergaberechts	257
8. Schranken beim Abschluß von Erschließungsverträgen	257
a) Formelle Anforderungen	257
aa) Form	257
bb) Zuständigkeit	259
cc) Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde	259
b) Materielle Schranken	260
aa) Angemessenheit	260
bb) Sachlicher Zusammenhang	261
c) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 124 Abs. 3 S. 1 BauGB	262
9. Erschließungsvertrag und Erschließungspflicht	262
10. Kostenweitergabe an die Grundstückseigentümer	266
11. Fremdanlieger	268
12. Umsatzsteuerrechtliche Optimierung	275

V. DER DURCHFÜHRUNGSVERTRAG ZUM VORHABENBEZOGENEN BEBAUUNGSPLAN GEMÄß § 12 BAUGB	276
1. Die „Klammerfunktion“ des Durchführungsvertrages	276
2. Inhalt des Durchführungsvertrages	277
a) Verpflichtung zur Realisierung des Vorhabens innerhalb einer bestimmten Frist	278
aa) Vorhaben	278
bb) Realisierungsfrist	283
b) Verpflichtung zur Durchführung der Erschließung innerhalb einer bestimmten Frist	284
c) Verpflichtung, die Planungs- und Erschließungskosten ganz oder teilweise zu übernehmen	286
d) Realisierungswille und -fähigkeit	288
e) Sonstige Regelungen	289
f) Muster eines Durchführungsvertrages	289
3. Anspruch des Vorhabenträgers auf Durchführung des Satzungsverfahrens?	298
4. Öffentliche Auslegung des Entwurfs des Durchführungsvertrages?	300
5. Vertragsabschluß	301
a) Kein Abschlußzwang	301
b) Zeitpunkt des Vertragsabschlusses	301
c) Rechtsfolgen eines fehlenden Vertragsabschlusses im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses	302
d) Wirksamwerden des Durchführungsvertrages	303
6. Durchführungsvertrag und Satzung	303
a) § 2 Abs. 3 BauGB	303
b) Durchführungsvertrag und Abwägung	304
c) Widerspruchsfreiheit	305
d) Verlagerung der Konfliktbewältigung in den Durchführungsvertrag	305

D. VERTRAGSMANAGEMENT	307
I. BEGRIFF DES VERTRAGSMANAGEMENTS	307
1. Elemente des Vertragsmanagements	307
2. Vertragsmanagement und Vertragsgestaltung	308
II. VERTRAGSMANAGEMENT ALS TEIL DES KOMMUNALEN FLÄCHENMANAGEMENTS	309
1. Vorausschauendes kommunales Flächenmanagement in Zeiten knapper Haushaltskassen	309
2. Verknüpfung mit der Liegenschaftspolitik und dem Haushaltsrecht	310
3. Qualifizierung der Arbeitsmethodik	312
a) Städtebauliche Kalkulation	312
b) Einsatz systematischer Analyse- und Bewertungsgrundlagen	312
c) Zusammenarbeit mit dem Gutachterausschuß für die Wertermittlung	312
4. Anforderungen an die Mitarbeiter der Verwaltung	312
5. Schaffung einer projektbezogenen Organisationsstruktur	314
a) Externe Organisationsstruktur beim Zusammenwirken mit privaten Vorhabenträgern	314
aa) Informelles Zusammenwirken	314
bb) Einrichtung einer gemeinsamen Lenkungsgruppe	315
cc) Benennung eines Ansprechpartners	316
b) Verwaltungsinterne Organisationsstruktur	316
aa) Abwicklung im Rahmen der bestehenden „Linienorganisation“	316
bb) Bildung einer fachübergreifenden Projektgruppe	317
6. Professionelle Öffentlichkeitsarbeit	317
III. DIE STÄDTEBAULICHE KALKULATION	318
1. Grundlagen der städtebaulichen Kalkulation	318
2. Ermittlung der erzielbaren Einnahmen	319

	14
a) Ermittlung der Nettobaulandfläche	319
b) Ermittlung des marktgerechten Preises pro m ² erschlossenes Nettobauland	320
3. Ermittlung der Investitionskosten auf der Basis einer Vollkostenrechnung	321
a) Faktoren der Investitions-Vollkostenrechnung	321
b) Ermittlung der einzelnen Kostenpositionen	325
4. Zeitliche Erlös-, Kosten- und Finanzplanung	325
5. Dynamische Betrachtung (Barwertmethode)	328
IV. REALISTISCHE EINSCHÄTZUNG DER EIGENEN VERHANDLUNGSPPOSITION	328
1. Planungshoheit der Gemeinde	328
2. Tatsächliche wirtschaftliche „Machtverhältnisse“	330
3. Einzelne „Machtfaktoren“	330
V. ERFOLGSBEDINGUNGEN DER VERHANDLUNGSFÜHRUNG	332
1. Frühzeitige Einbringung von professionellem Sachverstand	332
2. Strategien zur Bewältigung der „Knackpunkte“	332
a) Die sogenannte „Ran an das Problem-Strategie“	332
b) Die Konsensstrategie	332
3. Interessenvertretung mit Augenmaß und Fingerspitzengefühl	333
4. Vertrauensbildung durch gerechte Risiko- und Lastenverteilung	333
5. Strategie zur Versachlichung der Verhandlungen	333
6. Interne Verfahrensführung	334
VI. BESONDERHEITEN DES VERTRAGSMANAGEMENTS BEIM ABSCHLUß STÄDTEBAULICHER VERTRÄGE	334
1. Minimierung des Risikos gemeindlicher Vorlaufkosten	334
2. Besonderheiten des zeitlichen Vertragsmanagements	335
3. Besonderheiten in Fällen mit einer Vielzahl von Eigentümern	335

	15
4. Besonderheiten in Fällen mit Beteiligung von Erbengemeinschaften	338
E. VERTRAGSGESTALTUNG	339
I. VORAUSSCHAUENDE VERTRAGSGESTALTUNG	339
II. VORFORMULIERTE TEXTBAUSTEINE ODER MAßANFERTIGUNG?	339
III. SICHERUNGEN ZUR ERFÜLLUNG DER VERTRAGLICHEN PFLICHTEN	340
1. Erforderlichkeit von Sicherungen	340
2. Auswahl eines angemessenen Sicherungsmittels	342
3. Einzelne Sicherungsmittel	343
a) Vertragsstrafe	343
b) Bankbürgschaft	344
c) Patronatserklärung	344
d) Dinglich gesichertes Ankaufs- oder Wiederkaufsrecht	345
e) Aufzahlungsverpflichtung	348
f) Dienstbarkeit	348
g) Baulast	350
h) Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung	352
i) Rechtsmittelverzicht	354
IV. VERTRAGLICHE RISIKOÜBERNAHME	355
1. Risikoübernahme bei Scheitern des Bebauungsplans oder bei Abweichen der Planung vom vertraglich vorausgesetzten Inhalt	355
2. Risikoübernahme beim Verkauf gemeindeeigener Grundstücke	356
V. VERTRAGSANPASSUNGSKLAUSELN BEI ÄNDERUNG DER WIRTSCHAFTLICHEN RAHMENBEDINGUNGEN	356
F. LEISTUNGSSTÖRUNGEN	357
I. MÖGLICHE LEISTUNGSSTÖRUNGEN	357

II. ANWENDBARE RECHTSVORSCHRIFTEN	359
1. Regelungshierarchie	359
2. Die einzelnen Regelungen zu Leistungsstörungen	360
a) Regelungen zu Leistungsstörungen im BauGB	360
b) Regelungen zu Leistungsstörungen im Verwaltungsverfahrensgesetz	361
c) Regelungen zu Leistungsstörungen im BGB	361
III. „LEISTUNGSSTÖRUNGEN“ IN DER SPHÄRE DER GEMEINDE	363
1. Scheitern des Bebauungsplanverfahrens oder Abweichen der Planung vom vertraglich vorausgesetzten Inhalt	363
a) Die Schaffung des Planungsrechts als Bedingung bzw. Geschäftsgrundlage für die vertraglich vereinbarte Gegenleistung des Vorhabenträgers	363
b) Stillschweigende vertragliche Risikoübernahme?	365
c) Schadensersatz nach § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 162 BGB analog?	368
2. Nachträgliche Änderung oder Aufhebung des Planungsrechts im Falle der „Planreue“	368
3. Leistungsstörungen bei gemeindlichen Mitwirkungsbefugnissen	371
IV. LEISTUNGSSTÖRUNGEN IN DER SPHÄRE DES VORHABENTRÄGERS	371
1. Werkvertragsähnliche Verträge	371
2. Tausch- oder kaufvertragsähnliche Verträge	373
3. Verträge, die nach allgemeinem Schuldrecht zu behandeln sind.	374
V. SONDERREGELUNGEN BEIM VORHABENBEZOGENEN BEBAUUNGSPLAN	375
1. Aufhebung des Planungsrechts	375
2. Wechsel des Vorhabenträgers	377
VI. ANSPRÜCHE BEI VORVERTRAGLICHEN STÖRUNGEN	378
1. Verletzung vorvertraglicher Pflichten durch die Gemeinde	378
2. Verletzung vorvertraglicher Pflichten durch den Vorhabenträger	382

**VII. VERTRAGSANPASSUNG BEI ÄNDERUNG DER WIRTSCHAFTLICHEN
RAHMENBEDINGUNGEN GEM. § 60 VVFG** **383**

A. Der städtebauliche Vertrag als rechtliches Instrument der Kooperation mit Privaten bei der Baulandentwicklung und -erschließung

I. Wandel der Rahmenbedingungen

1. Wandel der politischen Rahmenbedingungen

Der städtebauliche Vertrag hat Konjunktur: Immer mehr Gemeinden schließen mit privaten Eigentümern und Investoren städtebauliche Verträge ab. Umfrageergebnisse bestätigen diesen Trend. Die Gemeinden verfolgen dabei in der Regel das Ziel, Grundstücke für konkrete Investitionsvorhaben schnell und für den Gemeindehaushalt kostengünstig baureif zu machen.

Das Instrument des städtebaulichen Vertrages ist zwar nicht neu. Von ihm wurde aber bis Anfang der 90er Jahre in vielen Gemeinden nur zurückhaltend Gebrauch gemacht. Die Ausweisung und Erschließung von Bauland wurde primär als hoheitliche Aufgabe angesehen, die von der Gemeinde im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften selbst zu finanzieren war. Die „vertragskritische“ Haltung beruhte in erster Linie darauf, daß die *Gemeinde den Vorwurf eines Verkaufs von Baurechten*, d.h. eines Verkaufs von Hoheitsrechten vermeiden wollte. Inzwischen haben sich aber die wirtschaftlichen, rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen so geändert, daß sich der Einsatz von städtebaulichen Verträgen heute einer breiten Akzeptanz bei allen Beteiligten erfreut. Allerdings sind in jüngster Zeit wieder verstärkt kritische Stimmen zu vernehmen, da manche Gemeinden in der Vertragspraxis ihre Planungshoheit zu rechtswidrigen Forderungen nach planungsbedingten Bodenwertabschöpfungen ausnutzen.

Vgl. *Erbguth/Witte*, Biete Planung, suche Grundstück - Möglichkeiten und Grenzen städtebaulicher Verträge, DVBl 1999, S. 435; *Schütz*, Baurecht gegen Geld, Baurecht gegen Land - vom Folgekostenvertrag zum Planungswertausgleich, BWGZ 1999, S. 420.

Politisch ist die gewachsene Akzeptanz des Instruments der städtebaulichen Verträge eingebettet in den Gedanken der **Public Private Partnership**. Unter Public Private Partnership versteht man städtebauliche Investitionsvorhaben, die in kooperativem Zusammenwirken gemeinsam von öffentlicher Hand und privaten Eigentümern/Investoren initiiert und/oder durchgeführt werden.

Vgl. *Heinz/Scholz*, Public Private Partnership im Städtebau, Difu-Beiträge zum Städtebau, 23, 1996; *Bauer*, Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership, DÖV 1998, S. 89; *Stich*, Die Rechtsentwicklung von der imperativen zur kooperativen Städtebaupolitik, ZfBR 1999, S. 304; *Freiherr von und zu Franckenstein*, Public Private Partnership in der Bauleitplanung, UPR 2000, S. 288 m.w.N.; *Kyrein*, Baulandentwicklung in Public Private Partnership, 1. Aufl. 2000; *Ohms*, Städtebaulicher Vertrag statt planerischer Festsetzung - Vorrang konsensueller Instrumente in der Bauleitplanung, BauR 2000, S. 983; *Stüer/König*, Städtebauliche Verträge - Strikter Gesetzesvollzug oder grenzenlose Vertragsfreiheit? -, ZfBR 2000, S. 528; *Faber*, Selbstregulierung und Kooperation bei der Bauleitplanung, in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, Festschrift Hoppe, S. 425; zu den Typen von Kooperationsformen vgl. *Grziwotz*, in: Rechtshandbuch Immobilien, Band II, Teil 15, Rdnr. 32: informelle Kooperation, Abschluß städtebaulicher Verträge, Gründung gemeinsamer Gesellschaften.

Während es der Gemeinde häufig an Kapital und know how für die Initiierung eigener Projekte fehlt, haben private Eigentümer und Investoren ein Interesse daran, mit der Gemeinde als Trägerin der Planungshoheit frühzeitig Konsens über die planungsrechtliche Seite eines Projekts zu erzielen und die erforderlichen Planungs- und Genehmigungsverfahren zu beschleunigen. Auch erreichen viele Projekte Größenordnungen, die nur in kooperativem Zusammenwirken aller Beteiligten bewältigt werden können. Gerade bei der Realisierung baulicher Großprojekte sind zunehmend professionelle „Developer“ eingeschaltet, die die Projektentwicklung entweder auf Eigenrisiko, als Auftragnehmer oder Geschäftsbesorger durchführen.

Vgl. Daniela *Kirsch*, Public Private Partnership, 1997, S. 59.

Insgesamt ist festzustellen, daß sich immer mehr Gemeinden für eine Kooperation mit Privaten bei der Baulandentwicklung und –erschließung entscheiden, um trotz der schlechten Haushaltslage die städtebaulichen Gestaltungsmöglichkeiten zu erhalten oder sogar zu erweitern. Das geeignete rechtliche Instrumentarium hierfür bildet der städtebauliche Vertrag.

2. Wandel der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen

Der verstärkte Einsatz von städtebaulichen Verträgen hängt in erster Linie mit den zunehmend knapper werdenden öffentlichen Mitteln zusammen. Der Aspekt der gemeindlichen Kostenentlastung steht deshalb beim Abschluß von städtebaulichen Verträgen meistens im Vordergrund. Durch den Abschluß von städtebaulichen Verträgen kann eine Gemeinde hohe Einsparungen erzielen. Das herkömmliche Modell der Baulandausweisung, das weiterhin zur Anwendung kommt, wenn die Beteiligten keinen städtebaulichen Vertrag abgeschlossen haben, ist für eine Gemeinde sehr teuer. Sie übernimmt danach *in vollem Umfang* insbesondere

- die Kosten des Bebauungsplanverfahrens für die Ausweisung eines neuen Baugebiets oder die Änderung eines bereits bestehenden Bebauungsplans einschließlich sämtlicher Kosten für erforderliche Gutachten;
- die Folgekosten für Infrastrukturmaßnahmen, die durch die Ausweisung eines neuen Baugebiets veranlaßt sind und die nicht durch gesetzlich vorgesehene Refinanzierungsinstrumente (z.B. Beiträge oder Gebühren) direkt von begünstigten Grundstückseigentümern oder Nutzern gefordert werden können. Hierzu gehören z.B. die Kosten für die Errichtung oder Erweiterung von Kindergärten, Schulen, Sportanlagen, Jugend- und Altenbetreuungseinrichtungen sowie die Anlagen und Einrichtungen des ÖPNV;
- die Kosten einer Umlegung und die Vermessungskosten.

Ferner trägt die Gemeinde ohne Abschluß von städtebaulichen Verträgen die Differenz zwischen den tatsächlich entstehenden Erschließungskosten und den über Beiträge abrechenbaren Erschließungskosten:

- Bei einer beitragsmäßigen Abrechnung können von vornherein nur Aufwendungen für beitragsfähige Erschließungsanlagen berücksichtigt werden. Hierzu gehören beim Erschließungsbeitrag z.B. nicht die Kosten für die Errichtung von Kinderspielplätzen sowie für Brücken, Tunnel und Unterführungen mit den dazugehörigen Rampen, vgl. § 128 Abs. 3 Nr. 1 BauGB.
- Ferner ist bei beitragsmäßiger Abrechnung der Eigenanteil der Gemeinde in Abzug zu bringen, der bei Erschließungsbeiträgen nach § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB mindestens 10 % des beitragsfähigen Erschließungsaufwands beträgt.

Bei den landesrechtlich geregelten KAG-Beiträgen (Abwasserbeitrag und Wasserversorgungsbeitrag) kommt hinzu, daß der durch Beiträge refinanzierbare Kostenanteil aufgrund der Vorschriften über die Kalkulation der KAG-Beiträge (Globalberechnung) in der Regel zu einem noch niedrigeren Kostendeckungsgrad führt als der Erschließungsbeitrag.

In jüngster Zeit werden die Gemeinden zusätzlich mit Forderungen der Deutschen Telekom nach einer Kostenbeteiligung im Zusammenhang mit dem Ausbau der Telekommunikationsnetze in Neubaugebieten konfrontiert. Hierbei soll die Gemeinde die Mehrkosten des höherwertigen Netzausbaus in unterirdischer Bauweise gegenüber der oberirdischen Bauweise tragen.

Vgl. hier GT-Info vom 05.08.2000 - Az. 797.33.

Die Grundstückseigentümer, deren Grundstücke überplant werden, brauchen sich nach dem herkömmlichen Modell der Baulandausweisung und -erschließung an den Kosten des Bebauungsplanverfahrens gar nicht zu beteiligen. Von den Erschließungskosten tragen sie nach Abzug des gemeindlichen Eigenanteils nur den beitragsfähigen Aufwand. Ist eine Umlegung erforderlich, übernimmt die Gemeinde die Verfahrenskosten der Umlegung. Sie kann allerdings nach § 57 bzw. § 58 BauGB die Umlegungsvorteile entweder in Fläche oder in Geld abschöpfen.

Die bebauungsplanbedingte Wertsteigerung fällt ausschließlich den Eigentümern der überplanten Grundstücke zu. Vereinfacht gesagt wird der Aufwand der Baulandausweisung und -erschließung in hohem Maße sozialisiert, der Planungsgewinn dagegen privatisiert. Dadurch sind viele Landwirte zu Millionären geworden. In Zeiten knapper öffentlicher Mittel ist es deshalb naheliegend daran zu denken, den Aufwand für die Baulandentwicklung und -erschließung durch den Einsatz von städtebaulichen Verträgen ebenfalls zu privatisieren. Untersuchungen haben gezeigt, daß die von der Gemeinde zu tragenden Kosten für die Baulandausweisung und -erschließung durch den Abschluß von städtebaulichen Verträgen spürbar reduziert werden können.

Vgl. die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung der Fallbeispiele bei Karl-Heinz *von der Heide*, BWGZ 1996, S. 187, 190 ff.

3. Wandel der rechtlichen Rahmenbedingungen

Auch die rechtlichen Rahmenbedingungen haben sich gewandelt. Zwar war der Abschluß von städtebaulichen Verträgen unter bestimmten Voraussetzungen auch früher schon möglich und zulässig. Es fehlte jedoch lange Zeit eine ausdrückliche und differenzierte gesetzliche Regelung. Erst im Zuge der Wiedervereinigung entschloß sich der Gesetzgeber zu einer differenzierten Regelung dieser Materie. Die gesetzgeberische Entwicklung braucht hier nicht im einzelnen nachgezeichnet zu werden.

Vgl. hierzu ausführlich *Krautzberger*, in : *Ernst-Zinkahn-Bielenberg-Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnrn. 6 ff.

Eine umfassende gesetzliche Regelung trat erstmals am 01.05.1993 in Form des damaligen § 6 BauGB-MaßnG in Kraft. Der Gesetzgeber wollte damit das kooperative Handeln im Städtebau stärken. Das ist ihm auch gelungen. Umfragen haben gezeigt, daß der Anstoß zum Abschluß von städtebaulichen Verträgen in vielen Fällen von der ausdrücklichen Kodifizierung der städtebaulichen Verträge ausging.

Vgl. Arno *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge, Difu-Beiträge zur Stadtforschung, 14, 1995, S. 29.

Die Regelung des § 6 BauGB-MaßnG ist zum 01.01.1998 in modifizierter Form in das Baugesetzbuch als Dauerrecht übernommen worden. Sie findet sich jetzt in § 11 BauGB in dem 4. Abschnitt „Zusammenarbeit mit Privaten; vereinfachtes Verfahren“ in dem 1. Kapitel „Allgemeines Städtebaurecht“ des BauGB. An den Grundlagen der bisherigen Bestimmung wurde festgehalten. Die Neuerungen in § 11 BauGB beschränken sich im wesentlichen auf eine redaktionelle Straffung und betreffen inhaltlich nur Details.

II. Interessen und Ziele der Gemeinde

1. Städtebauliche Verträge als Instrument des kommunalen Flächenmanagements

Im Zuge des Wandels der politischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen begnügen sich viele Gemeinden nicht mehr damit, durch die Durchführung der Bauleitplanung, Bodenordnung und Erschließung lediglich den rechtlichen Rahmen im Sinne einer reinen Angebotsplanung vorzugeben. Stattdessen setzen die Gemeinden zunehmend auch umsetzungsorientierte Managementmethoden ein, indem sie

- die einzelnen Vorhaben vorausschauend (d.h. strategisch) planen und bearbeiten,
- die erforderlichen Schritte der Grundstückssicherung sowie der Baulandentwicklung und -erschließung steuern und koordinieren (d.h. organisieren) und
- die einzelnen Abläufe und Ergebnisse fortlaufend kontrollieren.

Vgl. *Kapellmann*, Juristisches Projektmanagement bei Entwicklung und Realisierung von Bauprojekten, 1997, S. 3.

Zu einem modernen kommunalen Flächenmanagement gehören insbesondere

- die Mobilisierung von Flächen für die beabsichtigte Nutzung,
- eine kommunale Bodenvorratspolitik zur Verstetigung des Baulandangebots, zur Bereitstellung von preisgünstigem Bauland und zur Bereitstellung von geeigneten Ausgleichsflächen,
- Mitfinanzierung von öffentlichen Aufgaben durch Private aus einem Teil der Wertschöpfung bei der Baulandproduktion (ökonomische Funktion),
- Mitwirkung bei der Vermarktung von Flächen,
- die sparsame, bedarfsorientierte Ausweisung von Bauland, eine optimale Nutzung von Baulandreserven sowie ein ökologisch vernetztes Ausgleichsflächenkonzept (ökologische Funktion),
- die Sicherung und Umsetzung von sozial- und wohnungspolitischen Zielen (soziale Funktion).

Vgl. *Schäfer/Neubauer/Bernhart*, in: Ministerium für Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr (Hrsg.), *Flächenmanagement in Brandenburg*, 2. Aufl. 1999, S. 3 ff.; *Schäfer/Lau/Specovius*, in: Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.), *Baulandbereitstellung, bodenpolitische Grundsatzbeschlüsse*, 2001, S. 11 ff.

Aus der breiten Palette von planungsrechtlichen und informellen Instrumenten des Flächenmanagements verdienen insbesondere städtebauliche Verträge und vorhabenbezogene Bebauungspläne Hervorhebung, die eine kooperative Planung ermöglichen. Dabei bietet es sich an, die nachfolgend aufgeführten Ziele, die eine Gemeinde beim Abschluß eines städtebaulichen Vertrages verfolgen kann, **in einen umfassenden gesamtgemeindlichen Strategierahmen einzubetten.**

Vgl. *Schäfer/Neubauer/Bernhart*, in: Ministerium für Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr (Hrsg.), *Flächenmanagement in Brandenburg*, 2. Aufl. 1999, S. 5.

Die Steuerungskraft des Strategierahmens kann insbesondere durch einen entsprechenden Grundsatzbeschluß der kommunalen Vertretungskörperschaft zur Geltung gebracht und gestärkt werden.

Vgl. Fachübergreifende Arbeitsgruppe des Deutschen Städtetages, Positionspapier „Strategisches Flächenmanagement und Bodenwirtschaft“ (sog.

DST-Positionspapier), 2001, S. 4, 8; Schäfer/Lau/Specovius, in: Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.), Baulandbereitstellung, bodenpolitische Grundsatzbeschlüsse, 2001, S. 12.

2. Kostenneutrale Baulandentwicklung und -erschließung

a) Abwälzung der unmittelbar projektbezogenen Kosten

Ziel der Gemeinde beim Abschluß städtebaulicher Verträge kann zunächst sein, die unmittelbar projektbezogenen Kosten ganz oder teilweise vertraglich auf den Eigentümer/Investor abzuwälzen. Hierzu gehören insbesondere folgende Kostengruppen:

Planungskosten

Kosten der Umlegung

Kosten der Freilegung (Abbruchkosten, Kosten einer Altlastensanierung, Entsorgungskosten)

Erschließungskosten

Kosten für Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen

b) Beteiligung des Eigentümers/Investors an den Folgekosten

Die vollständige Entlastung der Gemeinde von den unmittelbar projektbezogenen Kosten führt allerdings häufig noch nicht dazu, daß die Realisierung eines neuen Baugebiets für die Gemeinde kostenlos ist. Häufig entstehen dabei sogenannte Folgekosten: So kann es aufgrund des zu erwartenden Zuzugs erforderlich sein,

- einen neuen Kindergarten zu errichten oder einen bestehenden Kindergarten um eine Gruppe zu erweitern,
- eine neue Schule zu bauen,
- einen Spielplatz und einen Bolzplatz anzulegen,
- Jugend- und Altenbetreuungseinrichtungen bereitzustellen,
- eine neue Bus- oder Stadtbahnlinie einzurichten,
- Kanäle außerhalb des Bebauungsplangebiets zu vergrößern, die vorhandene Kläranlage zu erweitern oder
- für die Wasserversorgung einen neuen Hochbehälter mit einer entsprechend erhöhten Kapazität anzuschaffen.

Bereits diese Aufzählung zeigt, daß bei der Erschließung eines Neubaugebiets die notwendigen Infrastrukturmaßnahmen oft den teuersten Kostenblock bilden. Staatliche Zuschüsse decken in der Regel nur einen Teil der anfallenden Kosten ab, so daß der Gemeinde stets ein von ihr aufzubringender Eigenanteil verbleibt. Die begünstigten Grundstückseigentümer und Nutzer können meist auch nicht durch gesetzlich vorgesehene Beiträge oder Gebühren zur Refinanzierung der Infrastrukturmaßnahmen herangezogen werden. Häufig kann deshalb ein weiteres wichtiges Ziel der Gemeinde darin liegen, den Eigentümer/Investor vertraglich zu verpflichten, sich angemessen an den gebietsbezogenen Folgekosten zu beteiligen.

Schon an dieser Stelle sei angemerkt, daß die Vereinbarung der Übernahme von Folgekosten an enge Voraussetzungen geknüpft ist. Bei der vertraglichen Ausgestaltung von Folgekostenvereinbarungen ist deshalb stets besondere Sorgfalt angezeigt.

3. Teilweise Abschöpfung einer planungsbedingten Wertsteigerung?

Darüber hinaus ist es nicht selten Ziel der Gemeinde, durch vertragliche Regelungen sicherzustellen, daß ein Teil der planungsbedingten Wertsteigerung an sie abgeführt wird. Zunehmend versuchen Gemeinden, sich durch vertragliche Vereinbarungen einen Teil des zu verteilenden „Kuchens“ der planungsbedingten

Bodenwertsteigerung zu sichern. Eigentümer und Investoren werden in solchen Fällen mit der gemeindlichen Haltung konfrontiert, die Überplanung eines Gebiets könne von der Gemeinde nur dann erwartet werden, wenn auch für sie ein zählbarer wirtschaftlicher Vorteil herauspringt.

Die Abschöpfung eines Teils der planungsbedingten Wertsteigerung erfolgt *in Land oder in Geld*:

- Flächenbeiträge außerhalb eines Umlegungsverfahrens *wie bei einer Umlegung* oder
- Ablösung des Flächenbeitrages durch Zahlung einer bestimmten Summe pro m² Flächenbeitrag.

Manchmal findet die teilweise Abschöpfung der planungsbedingten Bodenwertsteigerung auch in versteckterer Form statt, etwa durch niedrige Einwurfs- und hohe Zuteilungsbewertung bei gesetzlichen und freiwilligen Umlegungen oder durch pauschale Folgekostenvereinbarungen.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 216.

Alle diese Regelungen sind jedoch rechtlich äußerst zweifelhaft.

Praxistip:

Die teilweise Abschöpfung einer planungsbedingten Wertsteigerung sollte vertraglich in eine Aufwendungsersatzkonstruktion eingekleidet werden.

4. Boden- und wohnungspolitische Ziele

a) Ausnutzung geschaffener Baurechte

Ein Bebauungsplan begründet von sich aus keine Bauverpflichtung, sondern ist ohne den Abschluß einer städtebaulichen Vereinbarung eine reine Angebotsplanung. Verfolgt die Gemeinde das Ziel, daß die geschaffenen Baurechte innerhalb möglichst kurzer Zeit vollständig ausgenutzt werden, kommt die Vereinbarung einer vertraglichen Bauverpflichtung in Betracht, mit der sich der Eigentümer/Investor verpflichtet, sein Bauvorhaben innerhalb einer angemessenen Frist herzustellen. Bauverpflichtungen können dazu dienen,

- den dringenden Wohnbedarf der Bevölkerung zu decken,
- den Flächenverbrauch für neue Baugebiete zu reduzieren und
- den Erschließungsaufwand möglichst gering zu halten.

Bei einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan ist eine Bauverpflichtung unverzichtbarer Bestandteil des abzuschließenden Durchführungsvertrages.

b) Schaffung von bezahlbarem Wohnraum für einkommensschwache Bevölkerungsgruppen

In vielen Gemeinden gibt es inzwischen durchaus ein ausreichendes Wohnungsangebot. Knapp ist dagegen in der Regel bezahlbarer Wohnraum für einkommensschwache Bevölkerungsschichten. Gerade größere Städte verfolgen häufig das Ziel, hier Abhilfe zu schaffen. In Betracht kommen folgende vertragliche Bindungen:

- Verpflichtung, einen bestimmten Anteil der Wohnungen oder der Geschosfläche im Standard und mit Mitteln des sozialen Wohnungsbaus zu errichten,
- Belegungs- und Mietpreisbindungen sowie Besetzungsrechte bei frei finanzierten Vorhaben.

c) Bauplätze für Einheimische und Dämpfung der Bodenpreise

Ein weiteres wichtiges Ziel der Gemeinden besteht oft darin, den Wohnbedarf der ortsansässigen Bevölkerung zu decken und zugleich den Anstieg der Bodenpreise zu dämpfen. Dieses Ziel ist grundsätzlich zulässig. Es spielt insbesondere in Ballungsräumen eine wichtige Rolle. Hierzu werden in der Praxis in erster Linie die sogenannten Einheimischenmodelle eingesetzt.

5. Ziele bei der An- und Umsiedlung von Gewerbebetrieben

Bei der Ansiedlung oder Umsiedlung von Gewerbebetrieben können vertragliche Vereinbarungen vor allem folgenden gemeindlichen Zielen dienen:

- Immissionsschutzbindungen über Regelungen des Betriebsablaufs und zeitliche Beschränkungen,
- Verpflichtung zur Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen.

Insbesondere Gemeinden mit einer hohen Zahl von Arbeitslosen verfolgen im Rahmen der Wirtschaftsförderung das Ziel, möglichst Betriebe mit vielen Arbeitsplätzen anzusiedeln.

6. Gestalterische und ökologische Ziele

Je nach Sachlage kann die Gemeinde mit dem Abschluß von städtebaulichen Verträgen u.a. folgende gestalterische und ökologische Ziele verfolgen:

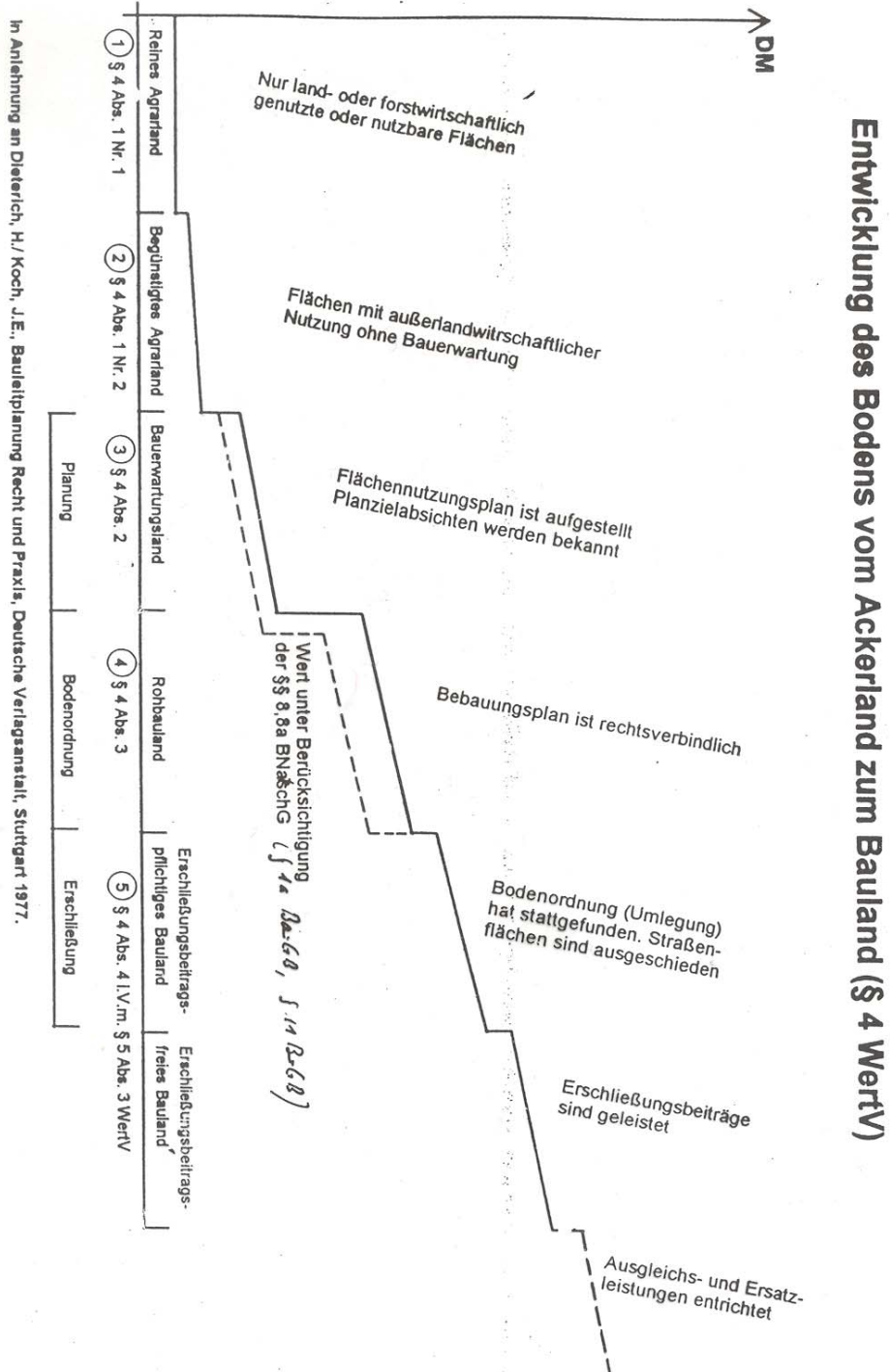
- Einflußnahme auf die Gestaltung des Bauvorhabens und der Freiflächen

- Vereinbarung eines Anschluß- und Benutzungszwangs für die Wärmeversorgung,
- vertragliche Sicherung der Entwicklung von autofreien Wohngebieten,
- öffentliches Mitbenutzungsrecht privater Parkplätze.

III. Interessen und Ziele des Vorhabenträgers

Der Wert eines Grundstücks hängt wesentlich von seiner Bebaubarkeit ab. Zwischen Ackerland und erschlossenem Bauland besteht in der Regel eine erhebliche Wertdifferenz.

Abb. „Entwicklung des Bodens vom Ackerland zum Bauland“



Eigentümer von bislang unbebaubaren Grundstücken haben deshalb häufig ein vitales wirtschaftliches Interesse daran, daß für sie durch die Aufstellung eines Bebauungsplans Baurecht geschaffen wird. Die hiermit verbundene bebauungsplanbedingte Wertsteigerung würden die Eigentümer entsprechend dem herkömmlichen Modell der Baulandausweisung natürlich am liebsten kostenlos erhalten. Ohne den Abschluß von städtebaulichen Verträgen wäre dies der Fall. Dann hätte die Gemeinde die Planungskosten zu tragen. Im Zuge der immer knapper werdenden öffentlichen Mittel machen jedoch immer mehr Gemeinden die Aufstellung eines Bebauungsplanes von dem vorherigen Abschluß entsprechender städtebaulicher Verträge abhängig. Im Hinblick auf die zu erwartende bebauungsplanbedingte Wertsteigerung sind hierzu auch immer mehr Eigentümer und Investoren bereit. Außerdem versprechen sich Eigentümer und Investoren durch den Abschluß von städtebaulichen Verträgen häufig spürbare Beschleunigungseffekte (die auch mit einer Verringerung der Zinsbelastung verbunden sind) und nicht selten auch Kostenminderungen (z.B. durch die Möglichkeit von Ausschreibungen außerhalb der VOB Teil A mit Nachverhandlung). In den Vertragsverhandlungen muß eine Gemeinde mit folgenden Zielen und Interessen eines Eigentümers oder Investors rechnen:

1. Planungssicherheit

Investoren sind oft ungeduldig. Ihr Verständnis für langwierige aufwendige Planungsverfahren hält sich meist in engen Grenzen. Vor allem aber entstehen dem Investor fast immer hohe Vorlaufkosten für die Planungsleistungen, Wirtschaftlichkeitsberechnungen, Altlasten- und Bodengrunduntersuchungen etc. Die Gemeinde muß deshalb stets damit rechnen, daß ein Investor/Eigentümer möglichst frühzeitig Planungssicherheit haben will. Der Investor möchte verbindlich wissen, mit welcher baulichen Ausnutzbarkeit des Grundstücks er rechnen kann. Sonst fehlt ihm die tatsächliche Grundlage für seine Kalkulation, ob er mit dem Vorhaben die angestrebte Soll-Rendite erzielen kann.

Die vollständige rechtliche *Planungssicherheit*, die der Investor/Eigentümer wünscht, kann ihm die Gemeinde allerdings nicht bieten. Dies ergibt sich aus § 2 Abs. 3 BauGB. Danach kann durch den Abschluß eines städtebaulichen Vertrages kein Anspruch auf Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans begründet werden. Gleiches gilt für die Verpflichtung zur Durchführung eines Bauleitplanverfahrens. Auch die Verpflichtung zur Aufstellung eines Bebauungsplans bis zu einem festen Zeitpunkt ist rechtlich unwirksam, ebenso wie eine Schadensersatzverpflichtung oder eine Vertragsstrafe der Gemeinde im Falle nicht rechtzeitiger bzw. ausbleibender Planung.

Ein Verstoß gegen § 2 Abs. 3 BauGB führt stets zur Nichtigkeit des *gesamten* städtebaulichen Vertrages, soweit keine Umdeutung in eine Übernahme des finanziellen Planungsrisikos durch die Gemeinde möglich ist.

Vgl. BGH, U. v. 22.11.1979 - III ZR 186/77 - , NJW 1980, S. 826.

Zugleich ist in der Regel der Bebauungsplan nichtig, da die unzulässige planerische Vorabbindung einen Abwägungsausfall nach § 1 Abs. 6 BauGB bewirkt. Verlangt der Investor die Aufnahme einer gemeindlichen Planungsverpflichtung in den städtebaulichen Vertrag (was in der Praxis erstaunlich häufig vorkommt), schießt er mit hoher Wahrscheinlichkeit also bildlich gesprochen ein klassisches Eigentor.

Das bedeutet aber nicht, daß das berechtigte Interesse des Investors/Eigentümers nach Planungssicherheit völlig unberücksichtigt bleiben muß. Gefragt sind vertrauensbildende Maßnahmen, die nicht zu einer unzulässigen rechtlichen Vorabbindung der Gemeinde führen. Hierfür eignen sich „weiche“ Klauseln: Die Gemeinde geht keine offenen oder verdeckten Planungsverpflichtungen ein, die im Sinne eines Rechtsbindungswillens verstanden werden können. Vielmehr werden in den städtebaulichen Vertrag nur unverbindliche Absichtserklärungen über den Planungswillen der Gemeinde aufgenommen, wonach die Gemeinde beabsichtigt, die planungsrechtlichen Voraussetzungen für ein bestimmtes Vorhaben zu schaffen.

Eine besonders wichtige vertrauensbildende Maßnahme besteht darin, daß Bürgermeister, Verwaltung und Gemeinderat hinter dem Vorhaben des Investors/Eigentümers stehen. Dies zeigt sich an einem freundlichen, konstruktiven Verhandlungsklima und an klaren Abstimmungsergebnissen im Gemeinderat. Je länger die Zeit bis zur nächsten Wahl ist, desto stärker „trägt“ diese Grundlage.

2. Angemessene Risikoverteilung bei Scheitern des Bebauungsplans

Der Eigentümer/Investor trägt in der Regel das Risiko des Scheiterns eines Bebauungsplanverfahrens. Eine vorvertragliche Vertrauenshaftung der Gemeinde aus cic oder eine vertragliche Vertrauenshaftung der Gemeinde kommt ohne spezielle Regelung nur ausnahmsweise in Betracht. Daher hat ein Eigentümer/Investor in der Regel ein erhebliches Interesse an einer angemessenen Risikoverteilung bei Ausfall des Planungsrechts. Spezielle Regelungen über eine vertragliche Risikoübernahme sind möglich.

3. Kalkulationssicherheit

In gleicher Weise kommt es dem Investor/Eigentümer in der Regel darauf an, möglichst frühzeitig Kalkulationssicherheit zu erhalten. Er steht in der Verhandlung häufig vor folgendem Problem: Wie hoch seine Investitionskosten sind, kann er in einem frühen Planungsstadium in der Regel noch gar nicht exakt abschätzen. Auch die möglichen Erlöse aus Verkäufen oder aus Miet- bzw. Pachteinahmen kann er zu diesem Zeitpunkt oft noch nicht genau kalkulieren. Daher muß er auf vorläufige Ertragsberechnungen zurückgreifen (Minimum/Maximum). Der Eigentümer/Investor hat also im frühzeitigen Planungsstadium typischerwei-

se sowohl auf der Kostenseite als auch auf der Erlösseite „Unbekannte“. Er wird deshalb zur Begrenzung seines Risikos finanzielle Forderungen der Gemeinde nur akzeptieren, soweit er unter Berücksichtigung der noch bestehenden Unwägbarkeiten auf der Kosten- und der Erlösseite bei der angestrebten Soll-Rendite „auf der sicheren Seite“ steht.

Dieses Problem läßt sich bei praktisch vernünftiger Verfahrensweise jedenfalls dann gut bewältigen, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Beteiligten intakt ist. Kalkulationssicherheit erhält der Investor dadurch, indem die Gemeinde ihre Forderungen frühzeitig abschließend vorbringt und darüber dann noch vor Einleitung des förmlichen Bebauungsplanverfahrens Einigkeit erzielt wird.

Praxistip:

Ist ein Vorhabenträger bereit, eine bestimmte Summe zu zahlen, wird sich bei qualifizierter Rechtsberatung in der Regel eine rechtssichere Vertragskonstruktion finden lassen.

IV. Was sind städtebauliche Verträge?

1. Begriff des städtebaulichen Vertrages

Nach § 11 Abs. 1 S. 1 BauGB kann die Gemeinde städtebauliche Verträge schließen. *Städtebaulich* ist ein Vertrag, der sich auf Regelungen des Städtebaurechts bezieht. Reine Grundstücksgeschäfte der Gemeinde sind keine städtebaulichen Verträge. Auch die Beauftragung eines Werkunternehmers oder Dienstleisters durch die Gemeinde, z. B. mit Altlastenuntersuchungen oder mit der Erstellung von Planungsunterlagen sind keine städtebauliche Verträge.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Auflage
1998, § 11 Rdnr. 4.

Ein städtebaulicher Vertrag ist aber gegeben, wenn sich ein *Investor* gegenüber der Gemeinde verpflichtet, ihr solche Aufgaben auf eigene Kosten und im eigenen (Beschleunigungs-) Interesse abzunehmen oder ihr die entstehenden Kosten zu erstatten. Der städtebauliche Charakter eines solchen Vertrages ergibt sich daraus, daß er Auswirkungen auf die im Baugesetzbuch vorgesehene Aufgabenzuständigkeit und/oder Kostenlast hat. Ohne den Abschluß eines städtebaulichen Vertrages ist es Sache der Gemeinde, auf eigene Kosten etwaige Altlastenuntersuchungen vornehmen zu lassen und die Planungsunterlagen zu erstellen.

Das BauGB enthält keine Legaldefinition des Begriffs des städtebaulichen Vertrages. § 11 Abs. 1 S. 2 BauGB führt aber in einer beispielhaften, nicht abschließenden Aufzählung („insbesondere“) folgende mögliche Vertragsgegenstände auf:

- die Vorbereitung und Durchführung städtebaulicher Maßnahmen durch den Vertragspartner auf eigene Kosten einschließlich der Ausarbeitung der städtebaulichen Planungen,
- die Förderung und Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele,
- die Übernahme von Kosten oder sonstigen Aufwendungen, die der Gemeinde für städtebauliche Maßnahmen entstehen oder entstanden sind und die Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens sind.

Die in § 11 Abs. 1 S. 2 BauGB aufgezählten Vertragsgegenstände zeigen, daß städtebauliche Verträge das hoheitliche Instrumentarium des Städtebaurechts ergänzen. Der vertragliche Gestaltungsspielraum der Gemeinde reicht weiter als ihre hoheitliche Regelungsbefugnis in Form von Verwaltungsakten oder Satzungen. Er geht insbesondere über die Festsetzungsmöglichkeiten in einem Bebauungsplan hinaus. So kann zum Beispiel durch Verträge, die der Deckung des Wohnbedarfs von Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumproblemen (etwa kinderreiche Familien oder Alleinerziehende) dienen, eine soziale Feinsteuerung erreicht werden, die durch Festsetzungen im Bebauungsplan allein nicht möglich ist. Allerdings sind auch der Vertragsfreiheit der Gemeinde Grenzen gesetzt.

Die genannten - durchaus heterogenen - Vertragsgegenstände können miteinander verbunden und durch weitere Regelungen ergänzt werden. Ein städtebaulicher Vertrag *setzt sich aus verschiedenen Vertragsbausteinen zusammen*, die sich an den Erfordernissen des jeweiligen Einzelfalles orientieren.

Vgl. Arno *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge
– ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 19.

Neben den in § 11 BauGB aufgeführten Vertragstypen kennt das BauGB weitere spezielle städtebauliche Verträge. Die wichtigsten sind:

- der Durchführungsvertrag zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan nach § 12 BauGB,
- der Erschließungsvertrag nach § 124 BauGB.

Daneben gibt es noch zahlreiche besondere städtebauliche Verträge.

Vgl. hierzu den Überblick von *Krautzberger*, in:
Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB,
§ 11 Rdnrn. 27 ff.

2. Planungsrecht als „Gegenleistung“ der Gemeinde

Charakteristisches Merkmal städtebaulicher Verträge ist es, daß das von der Gemeinde zu schaffende Planungsrecht rechtlich nicht als ihre „Gegenleistung“ im Verhältnis zur Leistung des Vorhabenträgers einzuordnen ist.

Vgl. hierzu *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 45 ff.

Denn die Gemeinde darf sich nach § 2 Abs. 3 BauGB nicht vertraglich verpflichten, einen Bebauungsplan aufzustellen oder zu ändern. Die Schaffung von Baurecht durch Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans steht deshalb außerhalb der vertraglich regelbaren Leistungsbeziehungen und kann somit erst recht nicht Gegenstand eines synallagmatischen Austauschverhältnisses im Sinne eines gegenseitigen Vertrages nach §§ 320 ff. BGB sein.

Ein Eigentümer oder Investor schließt einen städtebaulichen Vertrag jedoch meistens in der eindeutigen Erwartung ab, daß er von der Gemeinde das für sein Vorhaben notwendige Planungsrecht erhält. Dieser berechtigten Erwartungshaltung des Investors wird in der Rechtspraxis dadurch Rechnung getragen, daß **die Schaffung von Baurecht** für zahlreiche Vertragspflichten (etwa für die Pflicht zur Herstellung von Erschließungsanlagen oder zur Zahlung von Folgekosten) in der Regel auch ohne ausdrückliche Vereinbarung als **konkludente Wirksamkeitsvoraussetzung** im Sinne einer Geschäftsgrundlage oder eines Bedingungseintritts angesehen wird. Scheitert der Bebauungsplan oder tritt er mit Festsetzungen in Kraft, die von dem vertraglich vorausgesetzten Inhalt wesentlich abweichen, kann der Eigentümer/Investor von der Gemeinde im Zweifel nicht dazu gezwungen werden, die Erschließungsanlagen herzustellen oder die vereinbarten Folgekosten zu zahlen.

Dagegen trägt der Eigentümer oder Investor in solchen Fällen in der Regel das Risiko fehlgeschlagener Aufwendungen, z.B. für bereits erbrachte Planungsleistungen. Angesichts der Regelung des § 2 Abs. 3 BauGB kann er grundsätzlich nicht in schutzwürdiger Weise darauf vertrauen, daß der gewünschte Erfolg (das Inkrafttreten des Bebauungsplans mit dem vertraglich vorausgesetzten Inhalt) auch tatsächlich eintritt.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 254.

Etwas anderes gilt nur bei ausdrücklicher oder konkludenter vertraglicher Risikoübernahme durch die Gemeinde.

3. Rechtsnatur städtebaulicher Verträge

Die Frage, ob ein städtebaulicher Vertrag als öffentlich-rechtlicher Vertrag oder als zivilrechtlicher Vertrag zu qualifizieren ist, hat in erster Linie für die **Zuordnung des Rechtsweges** Bedeutung (Verwaltungsgericht oder Zivilgericht).

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 18; *Krautzberger*, in: *Ernst-Zinkahn-Bielenberg-Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnr. 4; vgl. aber auch *Brohm*, JZ 2000, S. 321.

Dagegen ist eine solche Einordnung für die materiell-rechtlichen Anforderungen an einen städtebaulichen Vertrag kaum von Bedeutung. Um die Einebnung der materiellen Unterschiede zwischen öffentlich-rechtlichen Verträgen und zivilrechtlichen Verträgen u.a. auch im Bereich des Städtebaurechts zu bekräftigen, ist in der Rechtswissenschaft der Begriff des **Verwaltungsvertrages** eingeführt worden, der sich sowohl auf öffentlich-rechtliche als auch auf zivilrechtliche städtebauliche Verträge erstreckt. Es ist anerkannt, daß die von der Gemeinde zu beachtenden Schranken beim Einsatz öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Verwaltungsverträge weitgehend gleich sind.

Vgl. *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Aufl. 1992, S. 162; *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnr. 4.

Ungeachtet ihrer eingeschränkten Bedeutung ist die Frage nach der Rechtsnatur städtebaulicher Verträge in manchen Fällen nicht ganz einfach zu beantworten.

Zu den Gründen der Abgrenzungsschwierigkeiten vgl. *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Aufl. 1992, S. 164 ff.

Nicht einmal alle in § 11 Abs. 1 S. 2 BauGB beispielhaft aufgezählten Vertragsgegenstände sind dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Zwar legt der Regelungsort im Baugesetzbuch eine einheitlich öffentlich-rechtliche Rechtsnatur der städtebaulichen Verträge nahe. Eine gesetzliche Qualifizierung als öffentlich-rechtliche Verträge ist aber bewußt unterblieben.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 6; Bericht der Expertenkommission zur Novellierung des BauGB, 1995, Rdnr. 151.

Ob ein städtebaulicher Vertrag als öffentlich-rechtlicher oder als zivilrechtlicher Vertrag zu beurteilen ist, richtet sich deshalb nach den allgemeinen Abgrenzungsregeln. *Maßgebend* ist danach allein der **Gegenstand und Zweck des konkreten Vertrages**.

Vgl. Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, B. v. 10.04.1986 - GmS - OGB 1/85 -, BVerwGE 74, S. 368, 370.

Der Gegenstand eines Vertrages muß nicht einheitlich sein. Ein Vertrag kann auch aus einer trennbaren **Mischung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Bestandteilen** bestehen. Die in einem synallagmatischen Verhältnis stehenden Hauptleistungspflichten können allerdings nur einheitlich beurteilt werden. Ist nur eine der Hauptleistungspflichten als öffentlich-rechtliche zu beurteilen, so erstreckt sich diese Einordnung zwingend auch auf die Gegenleistung.

Vgl. BVerwG, U. v. 01.02.1980, - 4 C 40/77 -, NJW 1980, S. 2538; BVerwG, B. v. 24.02.1994 - 4 B 40.04 -, NVwZ 1994, S. 1012.

Die einzelnen Vertragstypen können in der Regel wie folgt zugeordnet werden:

Erschließungsverträge im Sinne von § 124 BauGB gehören dem öffentlichen Recht an. Gegenstand eines Erschließungsvertrages ist die vertragliche Übertragung der Erschließung, die nach § 123 Abs. 1 BauGB grundsätzlich Aufgabe der Gemeinde und damit eine hoheitliche Aufgabe ist, auf einen Privaten. Von einem einheitlich öffentlich-rechtlichen Charakter des Erschließungsvertrages ist auch dann auszugehen, wenn sich der Erschließungsträger in dem Erschließungsvertrag verpflichtet, die Flächen der von ihm hergestellten Erschließungsanlagen – regelmäßig unentgeltlich – an die Gemeinde zu übereignen.

Vgl. *Oerder*, BauR 1998, S. 22, 23.

Eine Ablösungsvereinbarung über den Erschließungsbeitrag nach § 133 Abs. 3 S. 5 BauGB ist ebenfalls ein öffentlich-rechtlicher Vertrag.

Vgl. nur OVG Lüneburg, U. v. 10.10.1995 - 9 L 6025/93, 10 A 2/93 -, KStZ 1997, S. 78; *Thalheimer*, BWNotZ 1997, S. 79, zu Ablösevereinbarungen im Rahmen des Verkaufs gemeindeeigener Grundstücke.

Anerkannt ist auch, daß der Durchführungsvertrag zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan nach § 12 BauGB ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 25.

Die meisten der in § 11 Abs. 1 S. 2 BauGB beispielhaft aufgeführten Typen städtebaulicher Verträge sind ebenfalls **dem öffentlichen Recht zuzuordnen**. Dies ist höchstrichterlich entschieden für

- den Folgekostenvertrag

vgl. BVerwG, U. v. 06.07.1973 - IV C 22.72 - , BVerwGE 42, S.331, 332; vgl. auch VGH Baden-Württemberg, B. v. 20.11.1998 - 8 S 2921/98 -: NVwZ-RR 1999, S. 698: vereinbarte Zweckbestimmung als Folgekostenbetrag auch dann maßgebend, wenn dadurch erreicht werden soll, daß sich der Kaufpreis nicht mindernd auf vom Land gewährte Zuschüsse auswirkt.

- die Vereinbarungen im Rahmen einer sog. freiwilligen Umlegung.

Vgl. BVerwG, U. v. 06.07.1984 - 4 C 24.80 - , DÖV 1985, S. 32.

Nicht so eindeutig läßt sich die Rechtsnatur von Vereinbarungen bestimmen, in denen sich ein Eigentümer oder Investor nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB verpflichtet, auf eigene Kosten die Ausarbeitung der städtebaulichen Planungen zu übernehmen. Eine solche Ausarbeitung kann auch Gegenstand eines rein zivilrechtlich zu beurteilenden Werkvertrages nach §§ 631 ff. BGB sein. Gleiches gilt für eine Verpflichtung zur Bodensanierung oder zur Freilegung der Flächen im Plangebiet. Die Zuordnung hängt in diesen Fällen deshalb davon ab, ob die Beteiligten einen besonderen städtebaulichen Zweck verfolgen, der dem Vertrag ein öffentlich-rechtliches Gepräge gibt.

Vgl. Oerder, BauR 1998, S. 22, 23 f.

Zivilrechtlich zu beurteilen sind die unter § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB fallenden Verträge nach dem sog. Weilheimer Modell zur Deckung des Wohnbedarfs der örtlichen Bevölkerung. Dieses Modell sieht so aus: Die Gemeinde macht die Aufstellung eines Bebauungsplans davon abhängig, daß der Eigentümer ihr sein Grundstück durch ein notarielles Kaufangebot zeitlich befristet zum Verkauf anbietet, wobei die Gemeinde das Angebot nur annehmen darf, wenn der Eigentümer das Grundstück an einen Ortsfremden verkauft. In einem von der Rechtsprechung entschiedenen Fall hatte der Eigentümer sein Grundstück an einen Ortsfremden verkauft. Daraufhin nahm die Gemeinde das Angebot an und verlangte von dem Eigentümer die Auflassung des Grundstücks. Während der VGH München in der Vorinstanz den Vertrag wegen seiner Einbindung in die Bauleitplanung als öffentlich-rechtlich einstufte,

vgl. VGH München, U. v. 11.04.1990 - 1 B 84 A.1480 -, NVwZ 1990, S. 979

qualifizierte das Bundesverwaltungsgericht den Vertrag als zivilrechtlich, da sich die Gemeinde allein auf einen kaufrechtlichen Anspruch stützte. Die Motivation der Gemeinde (zeitlich befristete Einflußnahme auf die Eigentümerstruktur des Plangebiets) verleihe dem Vertrag kein derartiges Gepräge, daß er als öffentlich-rechtlicher Vertrag anzusehen sei, zumal diese Motivation keinen Niederschlag in dem Vertrag gefunden habe.

Vgl. BVerwG, U. v. 11.02.1993 - 4 C 18.91 -, NJW 1993, S. 2695.

Grundstückskaufverträge, die eine Gemeinde zur Verwirklichung öffentlich-rechtlicher Ziele im Rahmen der Bauleitplanung abschließt, *haben* danach *in der Regel zivilrechtlichen Charakter*. Dies dürfte auch für solche Fälle gelten, in denen Gemeinde und Grundstückseigentümer ein über die schlichte Übertragung von Grundstücksflächen hinausgehendes gemeinsames wirtschaftliches Interesse an der Entwicklung eines Gebietes haben.

a.A. *Oerder*, BauR 1998, S. 22, 24.

Dafür spricht ein Urteil des BGH vom 02.10.1998, das einen Vertrag als zivilrechtlich beurteilt hat, in dem ein Grundstückseigentümer einen Teil seines im Außenbereich gelegenen Grundstücks zu einem marktgerechten Preis (Bauerwartungsland) an die Gemeinde zur Beschaffung von Bauland im Rahmen eines Einheimischenmodells verkauft hat und diese ihm dafür in Aussicht gestellt hat, sie werde das ganze Grundstück in den Bebauungsplan einbeziehen.

Vgl. BGH, U. v. 02.10.1998 - V ZR 45/98 -, NJW 1999, S. 208.

Auch Verträge, durch die eine Gemeinde nur zum Zwecke der Finanzierung der Maßnahme Zwischenerberin wird, sind danach zivilrechtlich zuzuordnen.

§ 11 Abs. 2 BauGB bildet jedoch unabhängig von der Rechtsnatur des Vertrages für **alle** städtebaulichen Verträge den maßgeblichen materiell-rechtlichen Kontrollmaßstab; § 11 Abs. 2 BauGB ist also nicht nur bei öffentlich-rechtlichen städtebaulichen Verträgen, sondern auch bei privatrechtlichen städtebaulichen Verträgen zu beachten.

Vgl. BGH, U. v. 29.11.2002 - V ZR 105/02 -, ZIP 2003, S. 535, 537; *Brohm*, JZ 2000, S. 321, 331.

4. Städtebauliche Rahmen- bzw. Vorverträge

a) Gründe für eine zeitlich gestaffelte, mehrstufige Vertragsgestaltung

In der Startphase eines Projekts fehlt häufig noch eine hinreichend tragfähige tatsächliche Grundlage, die eine umfassende und endgültige Regelung sämtlicher Themenkomplexe in einem städtebaulichen Vertrag ermöglicht. Dies gilt insbesondere bei komplexen Vorhaben. Die Wirtschaftlichkeitsberechnung des Investors ist zu Beginn eines Verfahrens oft noch mit so vielen Unsicherheiten sowohl auf der Erlösseite als auch auf der Kostenseite behaftet, daß er in diesem Stadium noch nicht genau abschätzen kann, welcher finanzieller Spielraum ihm etwa zur Übernahme von Folgekosten verbleibt, ohne die von ihm angestrebte Soll-Rendite zu gefährden.

So können sich auf der Erlösseite die erzielbaren Marktpreise bis zum Zeitpunkt des Vermarktungsbeginns etwa aufgrund eines Konjunkturerinbruchs noch deutlich nach unten bewegen. In der Vorplanungsphase weiß der Investor oft auch noch nicht, mit welcher Netto-Baulandfläche er kalkulieren kann. Für die Wirtschaftlichkeit eines Projekts macht es in der Regel einen erheblichen Unterschied, ob durch die Festsetzungen des Bebauungsplans eine Netto-Baulandfläche von 8 ha entsteht oder nur von 5,5 ha.

Auf der Kostenseite lassen sich zwar die Erschließungskosten oft schon zu einem frühen Zeitpunkt mit relativ hoher Zuverlässigkeit kalkulieren. In welcher Höhe Kosten für eine etwa erforderliche Altlastensanierung anfallen, läßt sich aber in der Vorplanungsphase meistens nicht einmal ansatzweise abschätzen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn eine detaillierte Altlastenuntersuchung noch aussteht. Besonders in den immer häufiger werdenden Fällen der Revitalisierung von Gewerbebrachen besteht in diesem Stadium bei einer drohenden Altlastensanierung beträchtliche Kostenunsicherheit. Nicht selten ist in einem frühen Verfahrensstadium auch noch gar nicht ermittelt, in welchem Umfang durch das Vorhaben Folgekosten entstehen. Es liegt auf der Hand, daß es auf solch unsicherer Grundlage nicht möglich ist, bereits in der Startphase eines komplexen Projekts alle regelungsbedürftigen Punkte einer umfassenden und abschließenden Regelung in einem städtebaulichen Vertrag zuzuführen.

Gleichwohl hat in solchen Fällen regelmäßig sowohl die Gemeinde als auch der Vorhabenträger ein erhebliches Interesse daran, die wesentlichen Eckpunkte der weiteren Zusammenarbeit bereits zu einem frühen Zeitpunkt vertraglich zu fixieren. Die Gemeinde hat ein Interesse daran sicherzustellen, daß das Risiko gemeindlicher Vorlaufkosten soweit wie möglich minimiert wird. Hat die Gemeinde Planungsleistungen bzw. Gutachten in Auftrag gegeben und scheitert das Projekt dann vor Abschluß eines städtebaulichen Vertrages, weil der Investor wieder „abspringt“, bleibt sie im Zweifel auf den entstandenen Kosten „sitzen“. Weiter möchte sich die Gemeinde häufig von vornherein absichern, daß der Vorhabenträger 100 % der tatsächlich entstehenden Erschließungskosten übernimmt, auch wenn die genaue Dimensionierung der Erschließungsanlagen noch nicht feststeht. Außerdem will die Gemeinde u.U. zur Stärkung ihrer späteren Verhandlungsposition klarstellen, daß sie beabsichtigt, Folgekosten zu erheben.

Der Investor hat ebenfalls ein erhebliches Interesse daran, das Risiko seiner Vorlaufkosten für Planungsleistungen, Wirtschaftlichkeitsberechnungen, Altlasten- und Bodengrunduntersuchungen zu minimieren. Da er nach § 2 Abs. 3 und 4 BauGB keinen Anspruch auf Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans hat und ein solcher Anspruch auch vertraglich nicht begründet werden kann, verfolgt er zur wirtschaftlichen Absicherung seiner Investitionen in der Regel das Ziel, im rechtlich zulässigen Rahmen schon frühzeitig ein möglichst hohes Maß an Planungs- und Kostensicherheit zu erhalten.

b) Das Stufenverhältnis zwischen städtebaulichem Rahmen- bzw. Vorvertrag und städtebaulichem Vertrag

Diesen Interessen läßt sich durch Abschluß eines städtebaulichen Rahmen- bzw. Vorvertrages Rechnung tragen. Bereits aus dem Begriff „Rahmen“ ergibt sich, daß der Rahmenvertrag auf eine spätere Ausfüllung und Konkretisierung durch einen erst in fortgeschrittenem Planungsstadium abzuschließenden städtebaulichen Vertrag angelegt ist. Der städtebauliche Rahmenvertrag bildet also gewissermaßen die 1. Stufe in einem zweistufig oder sogar mehrstufig konzipierten Vertragsgefüge. Die Konkretisierung der Regelungen in der 2. Stufe soll erfolgen, sobald die wesentlichen für den endgültigen Vertrag bedeutsamen Belange präzise genug ermittelt sind.

Gleichwohl kann der städtebauliche Rahmenvertrag *für einzelne Themenbereiche bereits unmittelbar verbindliche und abschließende Leistungspflichten* enthalten, z.B. die Pflicht des Vorhabenträgers, sämtliche Kosten der Planung und der vorbereitenden Gutachten zu übernehmen. Andere Leistungspflichten können *dem Grunde nach* festgelegt werden.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch 2. Aufl. 1999, S. 23.

So kann sich der Vorhabenträger etwa verpflichten, 100 % der in dem Plangebiet anfallenden Erschließungskosten zu tragen und hierzu mit der Gemeinde zu einem späteren Zeitpunkt einen separaten Erschließungsvertrag abzuschließen. Daneben werden häufig auch rechtlich unverbindliche *Absichtserklärungen* (z.B. Planförderungsklauseln) in den städtebaulichen Rahmenvertrag aufgenommen, die in erster Linie dazu dienen, politische Signalwirkung zu entfalten. Ein städtebaulicher Rahmenvertrag enthält somit in der Regel

- „harte“, d.h. rechtsverbindliche Regelungen und
- „weiche“ Regelungen i.S.v. Absichtserklärungen.

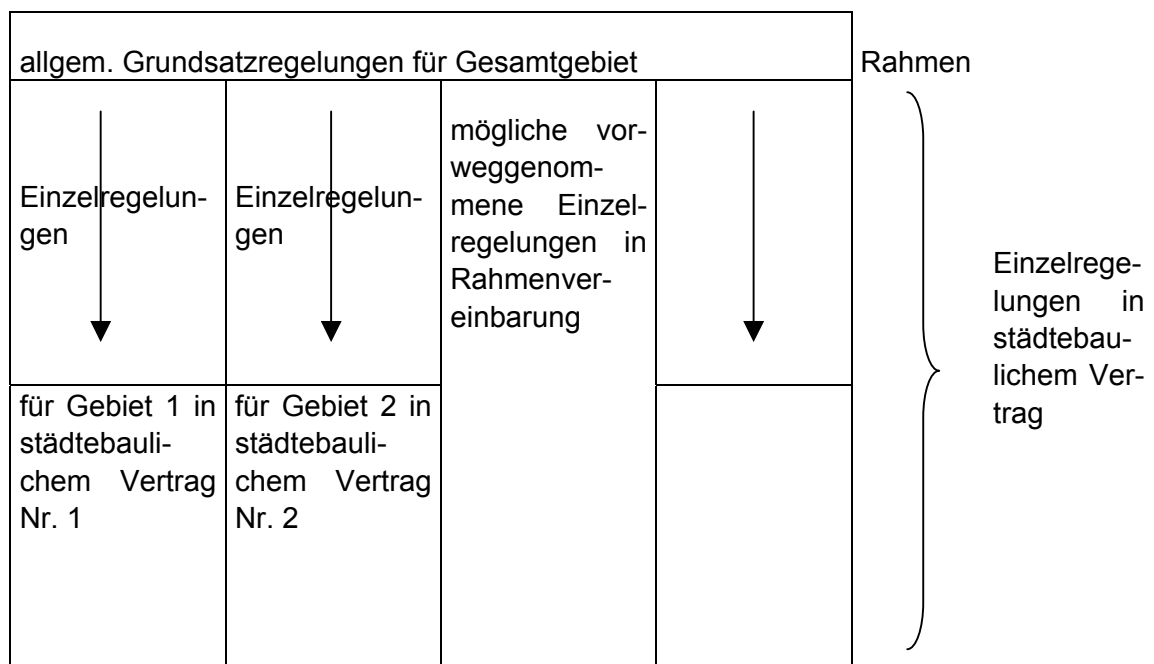
In welchem Umfang in dem städtebaulichen Rahmenvertrag bereits unmittelbar verbindliche und abschließende Leistungspflichten vereinbart werden, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Nicht selten werden einzelne besonders „sensible“ Themenkomplexe in dem städtebaulichen Rahmenvertrag auch aus taktischen Gründen ausgeklammert. Eine verbindliche Festlegung über die Höhe der vom Vorhabenträger zu übernehmenden Folgekosten, eine Konkretisierung der herzustellenden Erschließungsanlagen sowie Regelungen zur Sicherung der Ziele des Bebauungsplans erfolgen meistens erst in dem später abzuschließenden städtebaulichen Vertrag.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 23.

Der Abschluß eines städtebaulichen Rahmenvertrages bietet sich insbesondere an, wenn für ein Großvorhaben abschnittsweise in *mehreren* rechtlich selbständigen Bebauungsplanverfahren Baurecht geschaffen werden soll. Die Beteiligten haben in diesem Fall ein besonderes Interesse daran, von Anfang an die wesentlichen Eckpunkte der Zusammenarbeit im Sinne einer Geschäftsgrundlage festzulegen, die dann für *alle* einzelnen Bebauungsplanverfahren zur Anwendung kommen.

Zustimmend *Hoffmann*, in: *Hoppenberg/de Witt* (Hrsg.), Handbuch des öffentlichen Baurechts, 2002, A VI. Rdnr. 45; vgl. aber auch *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 308, der den Einsatz von Vorverträgen kritisch beurteilt.

Das Verhältnis zwischen dem städtebaulichen Rahmenvertrag und den einzelnen städtebaulichen Verträgen, die im Zusammenhang mit dem jeweiligen Bebauungsplanverfahren abgeschlossen werden, sieht etwa so aus:



Praxistip:

Vor Einleitung des Bebauungsplanverfahrens sollte die Gemeinde mit dem Vorhabenträger stets einen Vorvertrag abschließen, in dem sich dieser verpflichtet, der Gemeinde 100 % der entstehenden Planungskosten zu erstatten. Dann trägt der Vorhabenträger das Risiko des Scheiterns des Bebauungsplanverfahrens.

V. Einsatzmöglichkeiten städtebaulicher Verträge

1. Vorhaben, für die durch die Gemeinde erst noch Baurecht geschaffen werden muß

Städtebauliche Verträge dürfen grundsätzlich nur bei solchen Vorhaben eingesetzt werden, für die durch die Gemeinde erst noch Baurecht geschaffen werden muß. Hierzu gehören zwei Fallgruppen:

- die planungsrechtliche Entwicklung von Vorhaben auf derzeit im Außenbereich gelegenen Flächen, d.h. von **Vorhaben**, die gewissermaßen „**auf der grünen Wiese**“ entstehen sollen;
- die Fälle einer Flächenumnutzung, wenn eine Nutzungsänderung beabsichtigt ist, für die die Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans erforderlich ist. Hierzu zählt insbesondere die sogenannte **Revitalisierung von Gewerbe- oder Industriebrachen** in städtebaulich integrierten innerstädtischen Lagen.

Vgl. *Spannowsky*, UPR 1996, S. 201 zur Wiedernutzung von Brachflächen.

Städtebauliche Verträge dürfen deshalb in der Regel nur im Rahmen der Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans oder eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans abgeschlossen werden. Ein Verkauf bereits bestehender Baurechte ist dagegen grundsätzlich rechtlich nicht zulässig.

2. Die einzelnen Fallkonstellationen

a) Projekte, die von einem Eigentümer oder Investor an die Gemeinde herangebracht werden

Geht die Projektinitiative für die Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans bzw. eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans von einem Grundstückseigentümer oder Investor aus, so ist dies der klassische Anwendungsfall für den Abschluß von städtebaulichen Verträgen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Gemeinde das Vorhaben – gegebenenfalls mit bestimmten Änderungen – für städtebaulich vertretbar oder sogar wünschenswert hält.

Projekte, die von einem Eigentümer oder Investor an die Gemeinde herangetragen werden, zeichnen sich **in der Regel** dadurch aus, daß **sämtliche** zur Verwirklichung des Vorhabens **erforderlichen Grundstücksflächen im Eigentum** oder in der zivilrechtlichen Verfügungsgewalt **des Vorhabenträgers** stehen. Letzteres ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Vorhabenträger zwar noch nicht Eigentümer der Vorhabengrundstücke ist, ihm hierfür jedoch ein notarielles Angebot auf Abschluß eines Grundstückskaufvertrages vorliegt. Solange dieses Angebot den derzeitigen Eigentümer bindet, ist die jederzeitige Zugriffsmöglich-

keit des Vorhabenträgers auf die Grundstücke gesichert. **Typischerweise** ist in diesen Fällen **keine Umlegung erforderlich**.

b) Die Gemeinde als Initiatorin einer vorsorgenden Baulandpolitik

Der Abschluß von städtebaulichen Verträgen kommt nicht nur bei einer auf einen konkreten Vorhabenträger bezogenen Bauleitplanung in Betracht. Städtebauliche Verträge können vielmehr auch dann eingesetzt werden, wenn die Initiative für die Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans im Rahmen einer vorsorgenden Baulandpolitik von der Gemeinde ausgeht. Gehören die Grundstücke ganz oder teilweise einem oder mehreren Privateigentümern, kann die Gemeinde die Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans von dem vorherigen Abschluß entsprechender städtebaulicher Verträge (mit rechtlich zulässigem Inhalt) abhängig machen.

Im Unterschied zu den Fällen, in denen die Initiative für ein Projekt von einem Vorhabenträger ausgeht, hat es die Gemeinde als Initiatorin einer Baulandausweisung **häufig** mit einer **Vielzahl von Eigentümern** zu tun. Die Erfolgchancen, mit allen Eigentümern zu einem Vertragsabschluß zu kommen, hängen wesentlich von deren Anzahl ab. Je mehr Eigentümer beteiligt sind, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, daß sich darunter mindestens ein „Querkopf“ befindet. In vielen Fällen kann bereits die fehlende Mitwirkungsbereitschaft nur eines Eigentümers die Maßnahme insgesamt blockieren.

Vgl. *Bunzel*, (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Auflage 1999, S. 24.

Aus diesem Grund können homogene Eigentumsverhältnisse als Erfolgsbedingung für die Ausweisung eines Baugebiets gar nicht hoch genug eingeschätzt werden, wenn die Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans von dem vorherigen Abschluß städtebaulicher Verträge abhängig gemacht werden soll. Verfahren, an denen viele Eigentümer beteiligt sind, ziehen sich ferner erfahrungsgemäß häufig über viele Jahre hin. Besonders schwierig sind solche Fälle zu handhaben, in denen die Gemeinde die Eigentümer erst nach dem Aufstellungsbeschuß für einen Bebauungsplan damit konfrontiert, daß sie die Fortführung des Bebauungsplanverfahrens von dem Abschluß städtebaulicher Verträge abhängig macht. (Zu den Anforderungen an das Vertragsmanagements in Fällen mit einer Vielzahl von Eigentümern).

In Fällen mit vielen unterschiedlichen Eigentümern im Plangebiet ist **in der Regel eine Umlegung erforderlich**.

Ein Eigentümer

271

Viele Eigentümer

271
272
273
273/1
274
275
276
277
278

Praxistip:

Das Plangebiet sollte nicht zu groß abgegrenzt werden.

c) Beauftragung von Trägergesellschaften

Ist die Gemeinde Initiatorin eines Vorhabens, kann sie die Baulandausweisung in Eigenregie durchführen oder für die Gesamtmaßnahmen bzw. für bestimmte Teilmaßnahmen privatrechtlich organisierte Dienstleistungsunternehmen als Maßnahme- bzw. Erschließungsträger beauftragen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen

- Maßnahmeträgervertrag im Rahmen eines Investorenmodells
- Maßnahmeträgervertrag im Rahmen eines Betreuungs- oder eines Treuhandmodells

Die Terminologie ist allerdings nicht einheitlich.

aa) Investorenmodell

Bei dem Maßnahmeträgervertrag *im Rahmen eines Investorenmodells* beauftragt die Gemeinde eine Trägergesellschaft, die Projektsteuerung und die Gesamtmaßnahme oder bestimmte Teilmaßnahmen für ein bestimmtes Baugebiet *im eigenen Namen und auf eigene Rechnung* durchzuführen. Vertragsgegenstand kann insbesondere die Durchführung folgender Maßnahmen sein:

- Grunderwerb
- Grundstücksvorfinanzierung
- Vorbereitung der Bauleitplanung
- Neuordnung der Grundstücke im Vertragsgebiet
- Freilegung
- Erschließung
- Ausgleichsmaßnahmen oder deren Ablösung
- Grundstücksvermarktung.

Das Investorenmodell **dient** in erster Linie **dazu, die gemeindliche Vorfinanzierung** bei der Entwicklung und Erschließung eines Baugebiets möglichst **niedrig zu halten**. Dieses Ziel bestimmt auch seinen praktischen Anwendungsbereich: Je höher der gemeindliche Vorfinanzierungsbedarf ist, desto eher kommt das Investorenmodell zum Einsatz. Die Höhe des Vorfinanzierungsbedarfs durch die Gemeinde kann sehr verschieden sein. Folgende Fallgestaltungen sind zu unterscheiden:

- Fall 1: Die Grundstücke im Plangebiet befinden sich im Eigentum privater Dritter; die Baulandausweisung soll ohne gemeindlichen Zwischenerwerb erfolgen.
- Fall 2: Die Gemeinde ist bereits Eigentümerin sämtlicher im Plangebiet gelegenen Grundstücke.
- Fall 3: Die Grundstücke im Plangebiet befinden sich ganz oder teilweise im Eigentum privater Dritter; eine Baulandausweisung soll erst nach einem Zwischenerwerb der Grundstücke durch die Gemeinde erfolgen.

Es liegt auf der Hand, daß der gemeindliche Vorfinanzierungsbedarf im Fall 3 in der Regel am höchsten ist und im Fall 1 in der Regel am niedrigsten. Während im Fall 2 die anfallenden Planungs- und Erschließungskosten vorzufinanzieren sind, kommen im Fall 3 noch die meist beträchtlichen Grunderwerbskosten hinzu. Dagegen können im Fall 1 die anfallenden Planungs- und Erschließungskosten durch städtebaulichen Vertrag u.U. schon von Anfang an auf die privaten Eigen-

tümer abgewälzt werden. Typischer Anwendungsfall des Investorenmodells ist deshalb der Fall 3.

Bei der Anwendung des Investorenmodells ist allerdings Vorsicht geboten. Die Gemeinde muß sich nämlich bei den bislang üblichen Modellen gegenüber dem Träger verpflichten, *die innerhalb einer bestimmten Frist nicht vermarkteten Grundstücke* in das gemeindliche Liegenschaftsvermögen *zu übernehmen* und den bis dahin tatsächlich entstandenen Aufwand der Trägergesellschaft einschließlich des Trägerhonorars anteilig zu tragen.

Vgl. Gotthilf Walker, Handbuch Städtebauliche Verträge Band 1, 1999, S. 325.

Die Gemeinde trägt damit bei dem Investorenmodell letztlich doch das unternehmerische Risiko des Vorhabens. Nur wenn es der Trägergesellschaft gelingt, während der Laufzeit des Vertrages sämtliche Baugrundstücke zu vermarkten, muß die Gemeinde für die Entwicklung und Erschließung des Baugebiets keinen eigenen finanziellen Beitrag leisten. Die Gemeinde hat aus diesem Grund ein unmittelbares wirtschaftliches Eigeninteresse daran, einen möglichst leistungsfähigen Träger zu beauftragen. Bei der Auswahl der zu beauftragenden Trägergesellschaft sollte die Gemeinde auf die Vermarktungsquote in bisher abgewickelten vergleichbaren Fällen achten. Eine wichtige Erfolgsbedingung ist ferner erfahrungsgemäß die Qualität des Projektleiters.

Praxistip:

Bei der Beauftragung einer Trägergesellschaft sollte die Gemeinde die Person des Projektleiters für die Dauer der gesamten Laufzeit des Vertrages verbindlich festschreiben.

Anreize für einen optimalen Vermarktungserfolg sind auch über die Honorargestaltung möglich. Die Vermarktung der letzten 25 % bis 30 % der Grundstücke ist fast immer am schwersten.

Praxistip:

Die Verteilung des auf die Vermarktung bezogenen Honoraranteils des Trägers sollte nicht gleichmäßig pro verkauftem Grundstück erfolgen, sondern ausgehend von einer niedrigen Quote für die ersten verkauften Grundstücke mit zunehmendem Vermarktungsfortschritt überproportional ansteigen.

Ausblick: In letzter Zeit ist ein Trend erkennbar, Investorenmodelle so umzugestalten, daß die Trägergesellschaft tatsächlich das volle unternehmerische Risiko übernimmt. Zu diesem Zweck wird meist speziell für das konkrete Vorhaben eine Projektgesellschaft gegründet. Wir wagen die Prognose, daß sich an einer solchen Projektgesellschaft künftig häufig auch die Gemeinde oder eine von der Gemeinde beherrschte privatrechtliche Gesellschaft beteiligen wird.

bb) Betreuungs- und Treuhandmodell

Daneben kann ein Maßnahmeträgervertrag auch als Geschäftsbesorgungsvertrag im Rahmen eines Betreuungs- oder Treuhandmodells abgeschlossen werden.

Vgl. hierzu im einzelnen *Walker*, Handbuch Städtebauliche Verträge, Band 1, 1999, S. 337 ff.

Die Anwendung eines solchen Modells kommt vor allem in dem Fall in Betracht, in dem sich die Grundstücke im Plangebiet im Eigentum privater Dritter befinden und die Baulandausweisung ohne gemeindlichen Zwischenerwerb erfolgen soll. Aufgabe des Trägers im Rahmen eines Betreuungs- und Treuhandmodells ist es im Unterschied zum Investorenmodell nicht, die Kosten für die Planung, Umliegung und Erschließung des Baugebiets selbst vorzufinanzieren. Vielmehr soll der Träger u.a. erreichen, daß die Eigentümer sich vertraglich verpflichten, diese Kosten einschließlich des Trägerhonorars zu übernehmen und durch entsprechende Abschlagszahlungen vorzufinanzieren. Der **Träger wird also bei einem Betreuungs- oder Treuhandmodell nicht als Investor tätig, sondern als reiner Dienstleister.**

Klassischer Anwendungsfall dieses Modells ist die Beauftragung einer Trägergesellschaft

- als Verfahrensträger unter dem „Mantel“ einer amtlichen Umliegung sowie
- als Erschließungsträger bei der anschließenden Herstellung der Erschließungsanlagen.

In der ersten Stufe verhandelt die Trägergesellschaft mit den Eigentümern, bis alle bereit sind, freiwillige Vereinbarungen zu den vorgesehenen Umliegungsbedingungen unter dem „Mantel“ der amtlichen Umliegung einzugehen und anteilig 100 % der entstehenden Erschließungskosten einschließlich des Trägerhonorars zu übernehmen. Für diese Vorlaufphase schließt die Trägergesellschaft in der Regel mit der Gemeinde einen Geschäftsbesorgungsvertrag ab. Mit dem Vertrag verfolgt die Trägergesellschaft vor allem den Zweck, das Risiko der Vorlaufkosten auf die Gemeinde zu verlagern. Sind nicht alle Eigentümer kooperationsbereit und scheitert deshalb die Umliegung und die Erschließung unter der Projektsteuerung der Trägergesellschaft, trägt die Gemeinde die entstandenen Vorlaufkosten. Dabei handelt es sich in erster Linie um Honorare für Ingenieurleistungen, die erforderlich sind, um den Eigentümern eine hinreichend präzise Kostenübersicht an die Hand geben zu können.

Die zweite Phase umfaßt die Projektsteuerung der Umliegung und der Erschließung. In dieser Phase wechselt die Trägergesellschaft meist den Auftraggeber: An die Stelle der Gemeinde treten die Eigentümer. Ist dies der Fall, schließt die Gemeinde in der Regel mit einer aus allen Eigentümern des Plangebiets beste-

henden BGB-Gesellschaft, vertreten durch die Trägergesellschaft, einen städtebaulichen Vertrag über die „Umlegungsbedingungen“ sowie einen Erschließungsvertrag nach § 124 Abs. 1 BauGB ab. Das Trägerhonorar wird durch separate Vereinbarung zwischen der BGB-Gesellschaft der Eigentümer und dem Träger geregelt.

Für den Erschließungsvertrag kommt alternativ auch folgende Vertragskonstruktion in Betracht:

Die Gemeinde überträgt dem Träger die Erschließung in einem Erschließungsvertrag nach § 124 Abs. 1 BauGB; Wirksamkeitsvoraussetzung des Erschließungsvertrages ist, daß sich alle Eigentümer, deren Grundstücke erschlossen werden, gegenüber dem Träger in separaten Vereinbarungen verpflichtet haben, sich anteilig an den entstehenden Erschließungskosten einschließlich des Trägerhonorars zu beteiligen und diese durch entsprechende Abschlagszahlungen vorzufinanzieren.

Vgl. *Birk*, Städtebaulicher Vertrag und Erschließungsvertrag - Gemeinsamkeiten und Unterschiede, BauR 1999, S. 205, 206.

B. Schranken städtebaulicher Verträge

I. Formelle Anforderungen

1. Formbedürftigkeit

Nach § 11 Abs. 3 BauGB bedarf ein städtebaulicher Vertrag der Schriftform, soweit nicht durch Rechtsvorschriften eine andere Form vorgeschrieben ist. Formbedürftig sind auch städtebauliche Rahmenverträge und Vorverträge. Lediglich mündlich abgeschlossene städtebauliche Verträge sind nach § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 125 BGB nichtig.

Schriftform bedeutet Unterzeichnung des Vertrages durch alle Beteiligten auf derselben Urkunde.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 17.04.1989, - 5 S 1990/87 -, NVwZ-RR 1990, S. 225; OVG Lüneburg, U. v. 25.07.1997 - 1 L 5856/95 -, NJW 1998, S. 2921; vgl. aber auch BVerwG, U. v. 24.08.1994 - 11 C 14.93 -, BVerwGE 96, S. 326, 332 ff.; *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 57 Rdnr. 20 m.w.N.: durch Schriftwechsel, d.h. auf verschiedenen Urkunden mit Rechtsbindungswillen abgegebene Erklärungen reichen aus.

Die Schriftform erstreckt sich nach Umfang und Inhalt auf sämtliche Vertragsteile. Pläne, Aufstellungen u.ä., die dem Vertrag nicht als Anlage beigelegt sind, können Vertragsinhalt werden, wenn auf sie im Vertrag ausdrücklich und hinreichend bestimmt Bezug genommen wird.

Vgl. *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 57 Rdnr. 16 m.w.N.

Das Schriftformerfordernis verlangt nach Auffassung des BVerwG nicht, daß sich die Gegenleistung nach Gegenstand, Umfang und Zweck eindeutig und zweifelsfrei allein aus dem Wortlaut der Vertragsurkunde ergeben muß. Eine unklare oder mehrdeutige Formulierung des Vertragstextes schade nicht, wenn die sich daraus ergebenden Zweifel im Wege der Auslegung zu beheben seien. Hierzu sei es zulässig, auch außerhalb der Vertragsurkunde liegende Umstände heranzuziehen, sofern sich aus dem Inhalt des Vertragstextes ein zureichender Anhaltspunkt für die Auslegung ergebe.

Vgl. BVerwG, U. v. 15.12.1989 - 7 C 6/88 -, NVwZ 1990, S. 665, 667.

Weitergehend bedarf ein städtebaulicher Vertrag der notariellen Beurkundung, wenn sich darin eine Partei verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück oder einem Grundstücksteil zu übertragen (§ 311 b Abs. 1 S. 1 BGB). Gleiches gilt nach § 11 Abs. 2 Erbbaurechtsverordnung für die Bestellung und den Erwerb von Erbbaurechten. Entspricht ein Vertrag dem Formerfordernis nicht, sind jedenfalls seine beurkundungsbedürftigen Teile nach § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 125 BGB nichtig. Die Teilnichtigkeit des Vertrages hat dessen Gesamtnichtigkeit zur Folge, wenn sich aus dem Sachverhalt nicht ergibt, daß die Parteien den Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen hätten.

Vgl. BGH, U. v. 05.05.1972 - V ZR 63/70 -, NJW 1972, S. 1364; OVG Münster, U. v. 29.06.1992 - 3 A 1079/91 -, KStZ 1993, S. 171.

Ein ohne Beachtung der Formvorschrift des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB abgeschlossener Vertrag wird aber gemäß § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB seinem ganzen Inhalt nach geheilt (d.h. gültig), wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgt sind.

2. Zuständigkeit

Formelle Wirksamkeitsvoraussetzung eines städtebaulichen Vertrages ist ferner, daß die unterzeichnenden Personen für die Vertragsbeteiligten vertretungsbefugt sind. Ist eine Gesellschaft als Vorhabenträger oder Grundstückseigentümer Vertragspartei, kann die Gemeinde die Vertretungsberechtigung des Unterzeichners überprüfen, indem sie sich einen aktuellen Handelsregisterauszug vorlegen läßt.

Wirksam unterzeichnen kann auch ein Rechtsanwalt, wenn der Gemeinde eine entsprechende Vertretungsvollmacht vorliegt.

Wer **für die Gemeinde vertretungsbefugt** ist, bestimmt sich nach den jeweiligen kommunalverfassungsrechtlichen Regelungen. In den meisten Bundesländern ist der Bürgermeister alleinvertretungsberechtigt. In manchen Bundesländern schreibt das Kommunalrecht (z.B. § 64 Abs. 1 S. 2 GO NRW) dagegen vor, daß ein Vertrag erst wirksam wird, wenn zwei vertretungsberechtigte Personen unterschrieben haben. Solange nur eine Unterschrift vorliegt, ist der Vertrag schwebend unwirksam.

In der Regel ist der Abschluß eines städtebaulichen Vertrages auch in größeren Städten kein Geschäft der laufenden Verwaltung und bedarf deshalb der Zustimmung des zuständigen Beschlußorgans. Das ist in der Regel der Gemeinderat. Durch Regelung in der Hauptsatzung kann die Zuständigkeit auch auf einen beschließenden Ausschuß übertragen werden. **Fehlt die erforderliche Zustimmung des zuständigen Beschlußorgans der Gemeinde, so bleibt die Außenwirksamkeit des Vertrages** jedenfalls dann **unberührt**, wenn der Vertragspartner gutgläubig ist.

Vgl. Oerder, BauR 1998, S. 22, 25.

3. Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde

Für städtebauliche Verträge ist eine Genehmigung durch die nach Landesrecht zuständige Kommunalaufsichtsbehörde **grundsätzlich nicht erforderlich**. Ausnahmsweise kann jedoch eine Genehmigungsbedürftigkeit gegeben sein, wenn der Vertrag kredit- oder gewährleistungsähnliche Elemente enthält.

Eine **Ausnahme** von dem Grundsatz, daß städtebauliche Verträge nicht genehmigungsbedürftig sind, liegt insbesondere vor, wenn eine Gemeinde in einem städtebaulichen Vertrag eine Trägergesellschaft im Rahmen eines Investorenmodells beauftragt, in ihrem Namen und auf ihre Rechnung den erforderlichen Grunderwerb in einem Baugebiet zu tätigen, die Bebauungsplanung vorzubereiten, die Bodenordnung, die Erschließung und die Vermarktung durchzuführen, sich aber gegenüber der Trägergesellschaft vertraglich verpflichtet,

- zur Erlangung von Kommunalkreditkonditionen eine Bürgschaft für den durch den Träger aufzunehmenden Kredit zu übernehmen (rechtliche Zulässigkeit ist zweifelhaft) und/oder
- nach Ablauf einer bestimmten Frist von der Trägergesellschaft die Baugrundstücke zu übernehmen, die diese bis dahin nicht vermarktet hat.

Dabei handelt es sich um **kredit- oder gewährleistungsähnliche Übernahmepflichten**, die der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde bedürfen.

Vgl. *Walker*, Handbuch Städtebauliche Verträge
Band 1, 1999, S. 325, 336.

4. Ausschreibungspflicht

a) Abschluß von städtebaulichen Verträgen und Vergaberecht

Der Abschluß städtebaulicher Verträge zwischen einer Gemeinde und einem Vorhabenträger bzw. Eigentümer unterfällt in der Regel nicht dem Anwendungsbereich des öffentlichen Vergaberechts. Bei dem Abschluß eines städtebaulichen Vertrages nach § 11 BauGB handelt es sich nicht um die Vergabe eines öffentlichen Auftrages i.S.d. §§ 97 ff. GWB bzw. des Gemeindehaushaltsrechts.

Vgl. *Würfel/Butt*, NVwZ 2003, S. 153, 157; *Löhr*, in:
Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 8. Aufl. 2002,
§ 11 Rdnr. 24.

Zwar sind die Vergabevorschriften auf den Abschluß öffentlich-rechtlicher Verträge anwendbar. Im Verhältnis zwischen der Gemeinde und dem Vorhabenträger fehlt es jedoch regelmäßig auch bei weiter Auslegung an einer **entgeltlichen** Leistung i.S.v. § 99 Abs. 1 GWB bzw. an einem Auftrag i.S.d. Gemeindehaushaltsrechts.

Vgl. *Burmeister/Heilshorn*, BWGZ 2002, S. 104,
107.

Dies läßt sich am Beispiel eines Folgelastenvertrages zeigen, bei dem sich der Vorhabenträger verpflichtet, der Gemeinde die durch sein Vorhaben verursachten Folgekosten zu erstatten. Die Gemeinde verzichtet in diesem Fall gegen den Vorhabenträger nicht auf eine bestehende Forderung, da sie gegen ihn weder einen Anspruch auf Übernahme der Folgekosten noch einen Beitrags- oder Gebührenanspruch hat. An der fehlenden Entgeltlichkeit ändert sich auch durch die Einstufung des städtebaulichen Vertrages als „hinkender“ Austauschvertrag nichts. Insbesondere begründet die unmittelbare Verbesserung der baurechtlichen Nutzbarkeit und die hiermit verbundene Werterhöhung des Grundstücks keine Gegenleistung der Gemeinde.

Vgl. *Würfel/Butt*, NVwZ 2003, S. 153, 157; anderer
Ansicht *Meißner*, ZfBR 2001, S. 674, 675.

Dies ergibt sich aus § 2 Abs. 3 BauGB, wonach die vertragliche Begründung von Planungspflichten und damit auch ein Verkauf von Baurecht unzulässig ist.

Auch der Verkauf von gemeindeeigenen Grundstücken ist nicht vergabepflichtig. Vertragsgegenstand muß nach den vergaberechtlichen Bestimmungen ein entgeltlicher Beschaffungsvorgang des öffentlichen Auftraggebers sein, d.h. dieser muß „einkaufen gehen“. Reine Veräußerungsgeschäfte der Gemeinde sind damit vergaberechtlich irrelevant.

Vgl. *Burmeister/Heilshorn*, BWGZ 2002, S. 104, 109; *Müller-Wrede*, in: *Ingenstau/Korbion*, VOB, 14. Aufl. 2001, § 99 GWB Rdnr. 2; *Otting*, VergabeR 2002, S. 11, 12 ff: zur Auftragsvergabe an eine 100 %ige Tochtergesellschaft der Gemeinde als „Inhouse-Geschäft“ mit anschließender Veräußerung von Gesellschaftsanteilen; vgl. auch *Schwenker/Heinze*, VergabeR 2001, S. 96: zur (grundsätzlich fehlenden) Anwendbarkeit des Vergaberechts auf sogenannte Investorenwettbewerbe.

b) Vergabe von Dienstleistungsaufträgen an Dritte „auf der zweiten Stufe“

Von der „Vergabe“ städtebaulicher Verträge zu unterscheiden sind folgende Fallkonstellationen der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen an Dritte auf der „zweiten Stufe“:

Die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen *der Gemeinde* an Dritte kann u. U. auch dann den Vorschriften des öffentlichen Vergaberechts unterliegen, wenn sich der Vorhabenträger in einem städtebaulichen Vertrag gegenüber der Gemeinde verpflichtet hat, die ihr durch das Vorhaben gegenüber Dritten entstehenden Kosten vollständig zu erstatten. In diesem Fall bleiben durch die Auftragsvergabe bei der Gemeinde zwar keine Kosten „hängen“. Gleichwohl sind die §§ 97 ff. GWB anwendbar, wenn die Gemeinde einen Dienstleistungsauftrag an einen Dritten oberhalb des Schwellenwerts von 200.000,00 € gem. § 2 Nr. 3 VgV vergibt. Dies ergibt sich daraus, daß die §§ 97 ff. GWB den Zweck verfolgen, jedem Unternehmer den gleichen Zugang zu öffentlichen Aufträgen zu gewährleisten.

Vgl. *Burmeister/Heilshorn*, BWGZ 2002, S. 104, 106.

Hat sich der private Vorhabenträger gegenüber der Gemeinde in einem städtebaulichen Vertrag zur Ausarbeitung der städtebaulichen Planungen auf eigene Kosten verpflichtet, ist die Beauftragung eines privaten Dienstleisters *durch den Vorhabenträger* in der Regel nicht vergabepflichtig. Eine andere Beurteilung ergibt sich aber dann, wenn er als öffentlicher Auftraggeber i.S.v. § 98 GWB zu qualifizieren ist (dies ist z.B. bei einer kommunal beherrschten Gesellschaft der Fall) und die Auftragssumme oberhalb der Schwellenwerte des § 2 VgV liegt.

Vgl. *Burmeister/Heilshorn*, BWGZ 2002, S. 104, 109 f.

Eine freihändige Vergabe von Aufträgen durch den Vorhabenträger an private Dritte scheidet auch dann aus, wenn er sich in dem städtebaulichen Vertrag gegenüber der Gemeinde verpflichtet hat, bestimmte Aufträge (z.B. Planungsaufträge) nach bestimmten Regeln (z.B. VOF) öffentlich auszuschreiben.

II. Materielle Schranken

1. Unzulässige Vorweg-Bindungen nach § 2 Abs. 3 BauGB

Nach § 2 Abs. 3 BauGB besteht auf die Aufstellung, Änderung, Ergänzung oder Aufhebung eines Bauleitplans oder einer sonstigen städtebaulichen Satzung kein Anspruch, wobei ein solcher Anspruch auch nicht durch Vertrag begründet werden kann. Zweck dieser Vorschrift ist es, dem Gemeinderat zur Sicherung der gemeindlichen Planungshoheit bis zum Satzungsbeschluß die Möglichkeit einer grundsätzlich ungebundenen und umfassenden Abwägung der durch die Bauleitplanung berührten öffentlichen und privaten Belange zu geben. Dadurch soll eine unzulässige Verkürzung der gebotenen Abwägung vermieden werden.

Vertragliche Vereinbarungen, mit denen die Pflicht zur Aufstellung eines Bebauungsplans begründet werden soll oder mit denen bestimmte Inhalte eines Bebauungsplans bereits vorab festgelegt werden sollen, sind deshalb grundsätzlich **nichtig**. Dies gilt erst recht, wenn sich die Gemeinde verpflichtet, einen inhaltlich näher bestimmten Bebauungsplan bis zu einem festen Zeitpunkt aufzustellen. Allerdings kann eine solche nichtige Vertragsklausel, durch die in unzulässiger Weise eine Pflicht der Gemeinde zur Aufstellung eines Bebauungsplans begründet werden sollte, nach der Rechtsprechung des BGH u.U. in eine Übernahme des finanziellen Planungsrisikos durch die Gemeinde umgedeutet werden.

Vgl. BGH, U. v. 22.11.1979 - III ZR 186/77 -, NJW 1980, S. 826, 828; siehe auch zur grundlegenden Problematik *Spannowsky*, Rechtsprobleme zwischen städtebaulichen Verträgen und Satzungen, GewArch 1998, S. 362.

Die Besonderheit dieser Entscheidung zugrunde liegenden Falles lag jedoch darin, daß der BGH die fragliche Vertragsklausel lediglich als öffentlich-rechtliche Zusatzvereinbarung eines privatrechtlichen Kaufvertrages über ein gemeindeeigenes Grundstück angesehen hat. Eine Umdeutung der Klausel in einen „Kauf mit Übernahme des Planungsrisikos“ hat er in Betracht gezogen, da sie sich in die umfassende privatrechtliche Vereinbarung eingefügt hätte.

Nicht nur die Verpflichtung einer Gemeinde zur Aufstellung eines Bebauungsplans ist unwirksam. Darüber hinaus ist **auch die vertragliche Übernahme einer gemeindlichen Pflicht zur Einleitung und Durchführung eines Bebauungsplanverfahrens nichtig**.

Vgl. BVerwG, B. v. 09.10.1996 - 4 B 180.96 -, BauR 1997, S. 263; vgl. auch VGH Baden-Württemberg, U. v. 15.12.1994 - 5 S 870/93 -, UPR 1995, S. 355 sowie VGH Baden-

Württemberg, B. v. 22.03.2000 - 5 S 444/00 -,
NVwZ 2000, S. 1060.

Ebenso ist die Verpflichtungserklärung einer Gemeinde nichtig, einen inhaltlich näher bestimmten Bebauungsplan in Übereinstimmung mit dem Vertragspartner zu fördern.

Vgl. BGH, U. v. 22.11.1979 - III ZR 186/77 -, NJW 1980, S. 826 m.w.N.; a.A. offenbar *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge - ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 43, der von einer zulässigen „Planförderungsklausel“ spricht und *Kahl*, DÖV 2000, S. 793, 798.

Allerdings kann die Gemeinde hierzu eine unverbindliche Absichtserklärung abgeben. Eine stärkere rechtliche Bindung kann die Gemeinde in einem städtebaulichen Vertrag nicht eingehen.

Vgl. *Bartholomäi*, Städtebauliche Verträge nach § 11 BauGB in der Praxis, Vortrag im Kurs des Instituts für Städtebau Berlin „Städtebau und Recht“, 1999, S. 4.

Vertragsklauseln, in denen sich die Gemeinde für den Fall des Fehlschlagens der Planung dazu verpflichtet, dem Vorhabenträger Schadenersatz zu leisten, können ebenfalls mit § 2 Abs. 3 BauGB in Konflikt kommen. Durch eine **Schadensersatzverpflichtung** kann eine faktische Vorwegbindung der Gemeinde und damit eine Umgehung des gesetzlichen Verbots bewirkt werden. Daher dürfte jedenfalls eine Verpflichtung der Gemeinde zum Ersatz des positiven Interesses bei einer nicht rechtzeitigen oder ausbleibenden Planung ausgeschlossen sein.

Gleiches gilt auch für die Vereinbarung einer von der Gemeinde zu zahlenden **Vertragsstrafe**.

Vgl. *Kahl*, DÖV 2000, S. 793, 799; *Oerder*, BauR 1998, S. 22, 27.

Mit § 2 Abs. 3 BauGB grundsätzlich **vereinbar ist dagegen** eine auf **Ersatz der fehlgeschlagenen Planungskosten des Vorhabenträgers** gerichtete vertragliche Risikoübernahme durch die Gemeinde.

Vgl. *Kahl*, DÖV 2000, S. 793, 799.

Solche Regelungen sind in der Regel nicht geeignet, die Gemeinde in ihrer Planungsentscheidung rechtlich relevant zu beeinflussen. Eine (teilweise) Risikoübernahme kann für den Fall vereinbart werden, daß

- das Bebauungsplanverfahren scheitert oder
- der Bebauungsplan mit einem Inhalt in Kraft tritt, der vom vertraglich

vorausgesetzten Inhalt wesentlich abweicht.

Dabei ist zu beachten, daß eine vertragliche Risikoübernahme durch die Gemeinde nach der Rechtsprechung des BGH ausnahmsweise auch dann vorliegen kann, wenn sie nicht ausdrücklich vereinbart ist, sich aber aus ergänzender Vertragsauslegung oder aus schlüssigem Verhalten der Gemeinde ergibt. Eine weitergehende Risikoübernahme der Gemeinde ist nach der Rechtsprechung des BGH in den Fällen der Veräußerung gemeindeeigener Grundstücke möglich. Dagegen kommt eine vorvertragliche Haftung der Gemeinde aus c.i.c bei Scheitern des Bebauungsplanverfahrens oder bei Verträgen, die wegen Verstoßes gegen § 2 Abs. 3 BauGB nichtig sind, aufgrund der strengen Anforderungen der Rechtsprechung nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht.

Eine andere Frage ist es, **ob die Rechtmäßigkeit des Bebauungsplans durch den vorgeschalteten Abschluß eines städtebaulichen Vertrages oder durch sonstige inhaltliche Abstimmungen** zwischen Gemeinde und Vorhabenträger **berührt wird**. Hierzu hat das Bundesverwaltungsgericht bereits in seinem Grundsatzurteil vom 05.04.1974 anerkannt, daß der Abwägungsvorgang nicht „auf sozusagen planerisch freiem Feld“ stattfindet. Eine Zusammenarbeit zwischen Gemeinde und Vorhabenträger vor und während des Bebauungsplanverfahrens kann sich danach als sachgerecht und insbesondere bei Großvorhaben sogar als notwendig erweisen, um umfangreiche Planungen effektiv, schnell und kostengünstig realisieren zu können.

Vgl. BVerwG, U. v. 05.04.1974 - 4 C 50.72 -,
BVerwGE 45, S. 309, 317 (sog. Flachglasurteil).

Zu diesen Zwecken sind auch vertragliche Vereinbarungen mit Planern und Investoren möglich und zulässig.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, NK - U. v.
11.07.1995 - 3 S 1242/95 -, UPR 1996, S. 115,
116.

Eine zu einem Abwägungsfehler führende **unzulässige Vorwegbindung** der Gemeinde liegt deshalb **nur dann** vor, **wenn vorgeschaltete** tatsächliche oder rechtliche **Bindungen die Interessenabwägung des Gemeinderats beim abschließenden Satzungsbeschluß erkennbar verkürzen**, der Gemeinderat also nicht mehr „abwägungsbereit“ ist. Ein Abwägungsfehler scheidet somit aus, wenn die Gemeinde trotz solcher Bindungen Herrin des Bebauungsplanverfahrens bleibt und die Ziele und Zwecke der Planung eigenständig vorgibt. Dies setzt allerdings voraus, daß sich der Vorhabenträger und ein von ihm beauftragter Architekt an die planerische Grundentscheidung der Gemeinde halten und sich auch mit etwaigen „Absprachen“ stets dem Planungswillen der Gemeinde unterordnen.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, NK. - U. v. 11.07.1995 - 3 S 1242/95 -, UPR 1996, S. 115, 116.

Davon zu unterscheiden sind **Vereinbarungen, mit denen die abschließende Entscheidung des Gemeinderats vorweggenommen wird**. Solche Vereinbarungen sind nach dem Bundesverwaltungsgericht unter drei kumulativen Voraussetzungen zulässig:

- Die Vorwegnahme der Entscheidung muß - auch unter dem Gesichtspunkt des dadurch belasteten Abwägungsverfahrens - sachlich gerechtfertigt sein.
- Bei der Vorwegnahme muß die planungsrechtliche Zuständigkeitsordnung gewahrt bleiben, insbesondere muß die Mitwirkung des Gemeinderats an der Vorentscheidung in einer Weise gesichert sein, die es gestattet, die Vorentscheidung (auch) dem Rat zuzurechnen.
- Die vorgezogene Entscheidung darf - auch unter Beachtung ihrer planerischen Auswirkungen – nicht inhaltlich zu beanstanden sein.

Vgl. BVerwG, U. v. 05.07.1974 - 4 C 50.72 -, BVerwGE 45, S. 309, 321.

Praxistip:

Vereinbarungen, mit denen die abschließende Entscheidung des Gemeinderats vorweggenommen wird, sind besonders fehleranfällig. Eine solche Vertragsgestaltung sollte deshalb auf jeden Fall vermieden werden.

2. Schutz des Privateigentums

a) Beschränkung auf Aufwendungsersatz

Die Höhe des Kostenbeitrages wird stets begrenzt durch die der Gemeinde aufgrund des Vorhabens tatsächlich entstehenden Kosten und Aufwendungen für städtebauliche Maßnahmen. **Nur tatsächlich anfallende Kosten sind vertraglich abwälzbar, mehr nicht.**

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 44.

Dagegen ist eine (teilweise) Abschöpfung planbedingter Bodenwertsteigerungen losgelöst von einem reinen Kostenersatz unzulässig.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 148; *Oehmen/Busch*, BauR 1999, S. 1402; *Grziwotz*, BauR 2000, S. 1437; *Stüer/König*, ZfBR 2000, S. 528, 533; *Pietzcker*, Probleme des städtebaulichen Vertra-

ges, in: *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, Festschrift Hoppe, S. 439, 454. vgl. aber auch BVerwG, U. v. 03.07.1998 - 4 CN 5.97 -, DVBl. 1998, S. 1294 zur Zulässigkeit der Abschöpfung der entwicklungsbedingten Bodenwerterhöhungen im Rahmen einer städtebaulichen Entwicklungsmaßnahme nach §§ 165 ff. BauGB.

Dies gilt insbesondere für die Erhebung von Flächenbeiträgen außerhalb einer Umlegung und für eine allgemeine Infrastrukturabgabe losgelöst von konkreten Aufwendungen der Gemeinde. Die Gemeinde darf auch nicht aus Gründen der Gleichbehandlung mit anderen Grundstückseigentümern im Plangebiet den Erschließungsvorteil „abschöpfen“, den ein Eigentümer durch nachträgliche Einbeziehung seines Grundstücks in den Geltungsbereich des Bebauungsplans kostenlos erhalten würde.

Vgl. BVerwG, U. v. 16.05.2000 - 4 C 4/99 -, NVwZ 2000, S. 1285, m. Anm. *Grziwotz*; vgl. auch *Bick*, Verträge im Städtebau, Vortrag im 410. Kurs des Instituts für Städtebau Berlin „Städtebau und Recht“ vom 09. bis 13. Oktober 2000 in Berlin, S. 13 ff.

Ein anderes Ergebnis kann auch nicht mit dem Hinweis begründet werden, die Regelung des § 11 BauGB sei nicht abschließend und lasse auch vom Gesetztext abweichende Vertragsgestaltungen zu. Zwar ergibt sich dies in der Tat sowohl aus dem Wort „insbesondere“ in Abs. 1 S. 2 als auch aus der Regelung in Abs. 4, wonach die Zulässigkeit anderer städtebaulicher Verträge unberührt bleibt. Den als zulässig aufgeführten Regelungsgegenständen läßt sich indes entnehmen, daß sich die Ermächtigung des § 11 BauGB auf die Abwälzung konkreter, mit dem Vorhaben zusammenhängender Kosten auf Private bzw. auf die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben der Gemeinde beschränkt, die mit der konkreten Bauleitplanung zusammenhängen. Die allgemeine Aufbesserung des gemeindlichen Haushalts ist in § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB nicht als legitimes Ziel genannt, das mit der Bauleitplanung gefördert werden darf. Für dieses Ergebnis spricht auch, daß sonst die bewußt restriktiv gefaßte Folgekostenregelung des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB umgangen werden könnte, etwa durch die vertragliche Vereinbarung eines kostenlosen Flächenbeitrages außerhalb eines Umlegungsverfahrens wie bei einer Umlegung.

b) Ausgeschlossene Kosten

Nicht alle der Gemeinde tatsächlich entstehenden Kosten und Aufwendungen für städtebauliche Maßnahmen können vertraglich an den Vorhabenträger weitergegeben werden. Die meisten Kosten sind zwar abwälzbar. Hierzu gehören z.B.

- Kosten für die soziale Infrastruktur

- Kosten für Ausgleichsmaßnahmen
- Kosten für Wohnungsbedarfsmaßnahmen
- Planungskosten

Zu den ausgeschlossenen Kosten gehören dagegen insbesondere:

- verwaltungseigene Personal- und Sachkosten: diese sind nicht „Voraussetzung oder Folge“ des geplanten Vorhabens, sondern entstehen der Gemeinde ohnehin als „Sowieso-Kosten“.
- Betriebskosten für Folgeeinrichtungen: diese liegen außerhalb des Regelungsbereichs der Norm. § 11 BauGB beschränkt sich auf die Möglichkeit der Weitergabe einmaliger Investitionskosten für städtebauliche Maßnahmen.

c) Angemessenheit

Nach § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB müssen die vereinbarten Leistungen den gesamten Umständen nach angemessen sein. Bei der Angemessenheit handelt es sich um eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Zur Beurteilung der Angemessenheit ist eine wirtschaftliche Betrachtung anzustellen, ob der Wert der gemeindlichen "Leistung", die regelmäßig in der Schaffung von Baurecht besteht, in ausgewogenem Verhältnis zur Höhe des vom Vorhabenträgers als Gegenleistung zu zahlenden Kostenbeitrages steht. Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung sind auch die steuerlichen Folgen des Vertrages zu berücksichtigen. Eine Steuerbelastung beim Vertragspartner der Gemeinde wirkt sich auf seinen Gewinn und damit zumindest mittelbar auf die Angemessenheit der von ihm versprochenen Leistungen aus.

Vgl. *Grziwotz*, Städtebauliche Verträge und ihre steuerrechtlichen Implikationen, Forum Wohnungseigentum 2000, Heft 10.

Die Frage, ob die von der Gemeinde geforderten Gegenleistungen des Vorhabenträgers angemessen sind, stellt sich zwar in der Praxis primär in der Phase der Vertragsverhandlungen. Die Höhe des Kostenbeitrages wird deshalb als Ergebnis des „Aushandlungsprozesses“ der Vertragsparteien in vielen Fällen durchaus angemessen sein.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 147.

Der Schluß von der Einigung zwischen den Parteien auf die Angemessenheit ist jedoch keinesfalls zwingend. Daher ist die Angemessenheit im Einzelfall stets als eigenständige Voraussetzung zu prüfen.

Vgl. *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnr. 167; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 41; *Stüer/König*, ZfBR 2000, S. 528, 532, wonach sich pauschalierende Lösungen verbieten.

Die Vertragspartner können die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung auch nicht durch eine sog. Angstklausel konstitutiv festschreiben, wonach sie sich darüber einig sind, daß die vereinbarten Leistungen in angemessenem Verhältnis zueinander stehen. Dies ergibt sich daraus, daß das Merkmal der Angemessenheit als gesetzliche Schranke der Zulässigkeit städtebauliche Verträge nicht disponibel ist.

Vgl. *Oerder*, BauR 1998, S. 22, 29; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 144, FN 404; *Schütz*, BWGZ 1999, S. 420, 422.

Nach dem vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Prüfungsprogramm muß die Höhe des Kostenbeitrages sowohl objektiv als auch subjektiv angemessen sein. Die Höhe des Kostenbeitrages muß danach einmal objektiv noch in angemessenem Verhältnis zum Gesamtvolumen des durch die „Leistung“ der Gemeinde ermöglichten Vorhabens stehen. Daneben dürfen die übernommenen Kosten den Vertragspartner und denjenigen, an den er die Kosten weitergibt, subjektiv nicht überfordern.

Vgl. BVerwG, U. v. 06.07.1973 - IV C 22.72 -, BVerwGE 42, S. 331, 345.

Die subjektive Angemessenheit wird allerdings im Einzelfall häufig schwer feststellbar sein, insbesondere wenn der Investor nicht bereit ist, seine Kalkulation offenzulegen.

Die **objektive Angemessenheit** kann anhand folgender Kriterien einzelfallbezogen beurteilt werden:

- Gesamtumfang der vom Bauwilligen getätigten Investitionen im Verhältnis zu der vereinbarten Kostenübernahme,
- Rentabilität des Vorhabens, ermittelt durch eine Wirtschaftlichkeitsberechnung auf der Basis einer Vollkostenrechnung (bei der auch die wirtschaftlichen Vorteile einzustellen sind, die mit einer vertragsbedingten beschleunigten Abwicklung des Verfahrens verbunden sind, z.B. Reduzierung der Vorlaufkosten und Zinsbelastungen),
- Ausmaß der durch die gemeindliche Planung bedingten Werterhöhung der dem Bauwilligen gehörenden Grundstücke.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 146 f.

Will der Vertragspartner als Eigentümer eines im Plangebiet gelegenen Grundstücks nicht selbst bauen, sondern sein Grundstück durch Verkauf an bauwillige Dritte gewinnbringend veräußern, richtet sich die Angemessenheit einer vereinbarten Kostenbeteiligung maßgeblich nach der Höhe der zu erwartenden bebauungsplanbedingten Bodenwertsteigerung.

Fraglich ist, ob es für die Angemessenheit auch eine **absolute Obergrenze** gibt. In Regionen mit hohen Baulandpreisen ist die Höhe des Gewinns der Eigentümer auch dann noch beträchtlich, wenn ihnen nur ein geringer Prozentsatz an der Bodenwertsteigerung verbleibt. Solche Fälle zeichnen sich dadurch aus, daß die Gemeinde mit den Eigentümern einen vollständigen Ersatz der tatsächlich anfallenden gemeindlichen Kosten vereinbart und dadurch häufig der überwiegende Teil der planungsbedingten Bodenwertsteigerung „verbraucht“ wird. So werden aus Sicht des Eigentümers/Investors nach dem Eichinger Modell ca. 57 %, nach dem Münchner Modell sogar bis zu 66 % des Wertzuwachses „abgeschöpft“.

Ob der den Eigentümern belassene Gewinn im Lichte des Eigentumsgrundrechts in solchen Fällen „groß genug“ ist, ist in der Literatur heftig umstritten.

Teilweise wird hierzu die Auffassung vertreten, daß eine vertragliche Abwälzung der gemeindlichen Aufwendungen entsprechend dem vom Bundesverfassungsgericht zur Vermögenssteuer entwickelten Halbteilungsgrundsatz

vgl. BVerfG, U. v. 22.07.1995 - 2 BVL 37/91 -,
BVerfGE 93, S. 121, 127 f

allenfalls bis zur Hälfte des bebauungsplanbedingten Bodenwertzuwachses angemessen sei.

Vgl. *Diehr*, BauR 2000, S. 1; *Huber*, DÖV 1999, S. 173, 177; *Gaßner*, BayVBl 1998, S. 577, 581; *Oehmen/Busch*, BauR 1999, S. 1402, 1410; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 45: Überschreitung im Einzelfall zulässig bei Kompensation durch Sondervorteile auf Seiten des Vorhabenträgers.

Andererseits wird die Auffassung vertreten, das Gebot der Angemessenheit verpflichte die Gemeinde nicht dazu, den Eigentümern einen bestimmten Anteil der planungsbedingten Bodenwertzuwächse zu überlassen. Die Gegenmeinung verkenne, daß es bei den städtebaulichen Verträgen nicht um die Abschöpfung von Bodenwertsteigerungen, sondern um Kostenersatz gehe. Immerhin könne in städtebaulichen Entwicklungsbereichen die entwicklungsbedingte Bodenwertsteigerung nach § 169 Abs. 1 Nr. 7 i.V.m. § 154 Abs. 1 S. 1 BauGB in vollem Umfang zur Finanzierung der Maßnahmen genutzt werden. Auch in einem städtebaulichen Vertrag, der der Abwendung einer städtebaulichen Entwicklungsmaßnahme dient, könne sich der Eigentümer verpflichten, die Maßnahmen unter wirtschaftlich gleichwertigen finanziellen Konditionen durchzuführen. In einem

solchen Vertrag sei es folglich möglich, der Gemeinde die gesamten Bodenwertzuwächse zu überlassen. Die müsse auch für alle anderen städtebaulichen Verträge gelten

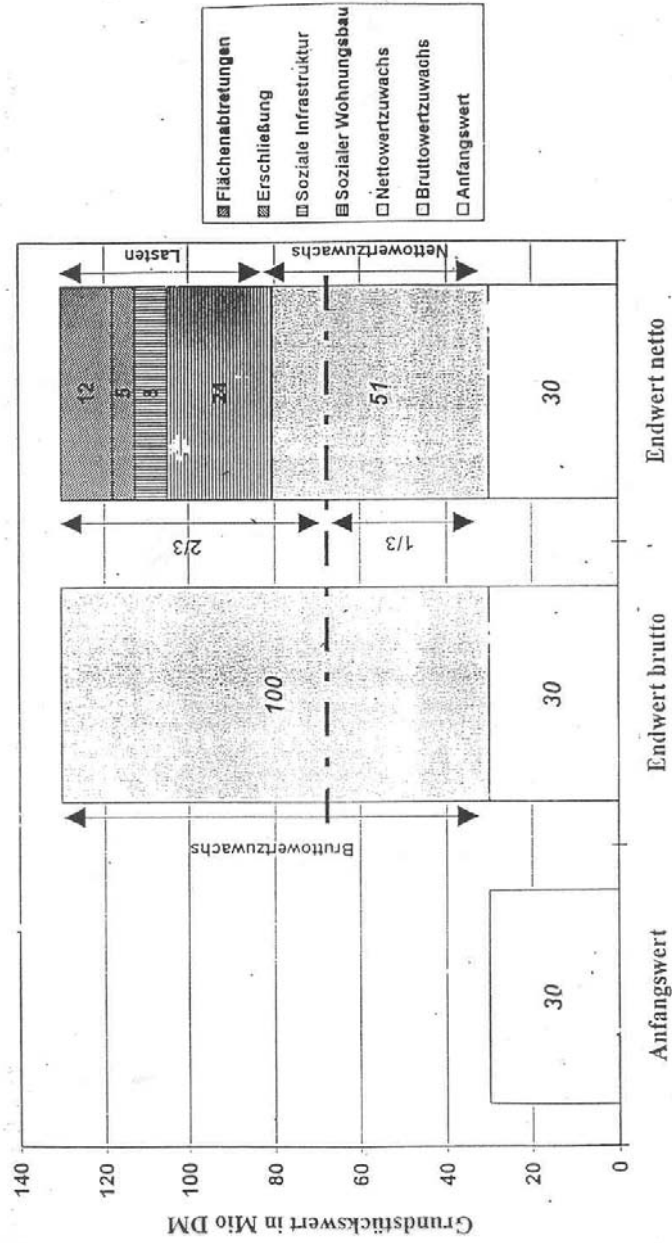
Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 148 f.; kritisch auch *Schütz*, BWGZ 1999, S. 420, 424 f.; *Stüer/König*, ZfBR 2000, S. 528, 533; s. auch *Lischke*, Tauschgerechtigkeit und öffentlich-rechtlicher Vertrag 2000, S. 242, wonach die Angemessenheit durch Orientierung am gesetzlichen Leitbild bestimmt werden kann.

Für die letztgenannte Auffassung spricht in der Tat, daß die Anwendbarkeit des Halbteilungsgrundsatzes hier zweifelhaft ist, da der städtebauliche Vertrag nicht auf Bodenwertabschöpfung, sondern auf Kostenersatz zielt. Allerdings ist zweifelhaft, ob die Gemeinde sämtliche Aufwendungen, die sie in einem städtebaulichen Vertrag durch den Investor refinanziert, auch dann vorgenommen hätte, wenn sie diese vollständig allein zu tragen hätte. Vielmehr können die Kosten, deren Ersatz die Gemeinde vom Investor verlangt, einigermaßen flexibel der Leistungsfähigkeit des Investors und der Höhe der Bodenwertsteigerung angepaßt werden. Dies gilt insbesondere für die Maßnahmen nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB. Dadurch gerät der „Kostenersatz“ jedoch wieder in die Nähe einer Bodenwertabschöpfung. Ferner zeigt gerade auch der Vergleich mit den Verträgen zur Abwendung einer städtebaulichen Entwicklungsmaßnahme, daß den Eigentümern stets ein zumutbarer Anteil an der Bodenwertsteigerung verbleiben muß. Hierbei handelt es sich nämlich um Verträge zur Abwendung einer Enteignung. Das Münchner Modell, das dem Eigentümer auf jeden Fall 1/3 der planungsbedingten Bodenwertsteigerung beläßt, dürfte deshalb im Bereich der absoluten Obergrenze der Angemessenheit liegen.

Vgl. zum Münchner Modell, Landeshauptstadt München (Hrsg.), Die sozialgerechte Bodenordnung. Der Münchner Weg, 2. Aufl. 2000.

Abb.: Münchner Modell

Bebauungsplan Nr. 9999 (Beispiel)



Quelle: Stadt München; Beschluß der Vollversammlung des Stadtrates vom 23.07.1999 zur Sozialgerechten Bodennutzung

Praxistip:

Sofern sich die Gemeinde tatsächlich angefallene Kosten erstatten läßt, deren Höhe über der Hälfte der planungsbedingten Bodenwertsteigerung liegt, sollte in den Vertrag eine ausführliche Begründung aufgenommen werden, aus welchen Gründen die Parteien dennoch von einem angemessenen Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ausgehen.

3. Koppelungsverbot

Rechtsgrundlage des Koppelungsverbotes ist § 11 BauGB i.V.m. §§ 56, 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG für öffentlich-rechtliche städtebauliche Verträge und § 11 BauGB i.V.m. § 138 BGB für zivilrechtliche städtebauliche Verträge.

Vgl. BVerwG, U. v. 11.02.1993 - 4 C 18.91 -, BVerwGE 92, S. 56, 65; *Mayer-Maly/Armbrüster*, in: Münchner Kommentar, BGB, 4. Aufl. 2001, § 138 Rdnr. 88.

Das Koppelungsverbot besteht aus zwei Elementen:

- Gebot des sachlichen Zusammenhangs zwischen Leistung und Gegenleistung
- Verbot, eine hoheitliche Entscheidung ohne entsprechende gesetzliche Ermächtigung von „wirtschaftlichen Gegenleistungen“ abhängig zu machen, es sei denn, erst die Gegenleistung beseitigt ein der Entscheidung entgegenstehendes rechtliches Hindernis.

Vgl. nur BVerwG, U. v. 11.02.1993 - 4 C 18.91 -, BVerwGE 92, S. 56, 65; BVerwG, U. v. 16.12.1993 - 4 C 27.92 -, NVwZ 1994, S. 485: Abtretung von Straßenflächen zur Sicherung einer bebauungsplangemäßen Erschließung; VGH Baden-Württemberg, U. v. 05.08.1996 - 8 S 380/96 -, UPR 1997, S. 78: Kreuzungsausbau als Bedingung für die Genehmigungsfähigkeit eines SB-Marktes.

Zweck des Koppelungsverbotes ist es insbesondere, den **Ausverkauf von Hoheitsrechten zu verhindern**.

Vgl. BVerwG, U. v. 06.07.1973 - IV C 22.72 -, BVerwGE 42, S. 331.

Von welchen „wirtschaftlichen Gegenleistungen“ die Aufstellung eines Bebauungsplans abhängig gemacht werden darf, ist nunmehr in § 11 BauGB geregelt. Die einzuhaltenden Anforderungen finden sich insbesondere in § 11 Abs. 2

BauGB. Bei der rechtlichen Prüfung ist danach zwischen folgenden Elementen des Koppelungsverbots zu unterscheiden:

- Verbot des Verkaufs bereits bestehender Baurechte
- Sachlicher Zusammenhang.

a) Kein Verkauf bereits bestehender Baurechte

Der Anwendungsbereich städtebaulicher Verträge wird durch § 11 Abs. 2 S. 2 BauGB begrenzt. Danach ist die Vereinbarung einer vom Vertragspartner zu erbringenden Leistung unzulässig, wenn er auch ohne sie einen Anspruch auf die Gegenleistung hätte. § 11 Abs. 2 S. 2 BauGB ist eine Ausformung des Koppelungsverbot. Die Vorschrift ist zwingendes Recht, kann also von den Vertragspartnern nicht abbedungen werden. Sie verbietet den Verkauf bereits bestehender Baurechte. Dies betrifft die Fälle, in denen das Bauvorhaben bereits nach § 30 BauGB oder nach § 34 BauGB planungsrechtlich zulässig ist. Die Gemeinde kann deshalb die Genehmigung eines Vorhabens oder die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens grundsätzlich nicht von dem Abschluß eines städtebaulichen Vertrages abhängig machen, wenn es bereits nach § 30 (ggfs. i.V.m. § 33), § 34 oder § 35 BauGB genehmigungsfähig ist. So hat das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahre 1980 klargestellt, daß die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens bei Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich nicht vom Abschluß eines Folgekostenvertrages abhängig gemacht werden darf, wenn der Antragsteller einen Anspruch auf die beantragte Baugenehmigung hat.

Vgl. BVerwG, B. v. 25.11.1980 - 4 B 140/80 -, NJW 1981, S. 1747.

Hat der Antragsteller umgekehrt keinen Anspruch auf Erteilung einer begehrten Baugenehmigung und ist das beantragte Vorhaben auch nicht im Wege einer Ausnahme oder Befreiung genehmigungsfähig, ist ein Vertrag als unzulässiges Koppelungsgeschäft nach § 59 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. § 56 Abs. 1 VwVfG nichtig, der als Leistung der Gemeinde die rechtswidrige Erteilung des Einvernehmens nach § 36 BauGB zum Gegenstand hat.

Vgl. VG München, U. v. 18.11.1997 - M 1 K 96.5647 -, NJW 1998, S. 2070; *Reidt*, NVwZ 1999, S. 149.

Weicht das beantragte Vorhaben von den Festsetzungen eines bestehenden Bebauungsplanes ab oder ist im unbeplanten Innenbereich eine Ausnahme oder Befreiung erforderlich, kann deren Erteilung nach § 31 Abs. 2 BauGB im Rahmen einer sachgerechten Ermessensentscheidung davon abhängig gemacht werden, daß der Vorhabenträger bestimmte Leistungen erbringt oder Bindungen einhält. Der Regelungsrahmen geht aber nicht über das hinaus, was auch als Nebenbe-

stimmung zu einer Befreiungs- oder Ausnahmeentscheidung getroffen werden könnte. Kein zulässiger sachlicher Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung ist deshalb gegeben, wenn eine Gemeinde die Erteilung einer Ausnahme für eine Wohnbebauung auf einem von ihr erworbenen Grundstück in einem Gewerbegebiet von der Zahlung eines zusätzlichen „Kaufpreises“ abhängig macht.

Vgl. VG Darmstadt, U. v. 03.07.1997 - 5 E 2118/94 (4) -, NJW 1998, S. 2073.

Ist die Erschließung eines Vorhabens noch nicht gesichert, obwohl die übrigen Voraussetzungen des § 30 BauGB bzw. des § 34 BauGB erfüllt sind, kann die Gemeinde einen Vertrag zur Sicherung der Erschließung abschließen.

Vgl. BVerwG, U. v. 16.12.1993 - 4 C 27.92 -, BayVBl. 1994, S. 348 ff.

Der Abschluß eines städtebaulichen Vertrages ist ferner möglich, wenn die Voraussetzungen für den Erlaß einer Veränderungssperre bzw. für die Zurückstellung eines Baugesuchs vorliegen. In einem solchen Vertrag kann sich der Vorhabenträger verpflichten, das Vorhaben an die geänderten Planungsvorstellungen der Gemeinde anzupassen, die den Erlaß einer Veränderungssperre rechtfertigen würden. Schließt der Vorhabenträger einen solchen Vertrag ab, kann die Gemeinde vom Erlaß einer Veränderungssperre bzw. von einer Zurückstellung des Baugesuchs absehen.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge, 1995 m.Nachtrag 1998, S. 41.

Dies ist vor allem in solchen Fällen von Bedeutung, in denen das Vorhaben im Zeitpunkt der Einreichung des Bauantrages planungsrechtlich zulässig ist und die Gemeinde den Bauantrag in rechtlich zulässiger Weise zum Anlaß nimmt, innerhalb der Bearbeitungsfrist (in der Regel 3 Monate) einen Beschluß zur Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans zu fassen.

Vgl. BGH, B. v. 23.01.1992 - III ZR 191/90 -, NVwZ 1993, S. 299.

Nicht selten möchte eine Gemeinde die Kosten des Bebauungsplanverfahrens sowie Folgekosten auf die Eigentümer der überplanten Grundstücke erst in einem Verfahrensstadium umlegen, in dem der Bebauungsplan bereits in Kraft getreten ist, das Umlegungsverfahren aber noch läuft. In solchen Fällen darf eine Baugenehmigung nur erteilt werden, wenn eine nach § 51 Abs. 1 Nr. 4 BauGB erforderliche Genehmigung vorliegt.

Vgl. *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 51 Rdnr. 6.

Nach § 51 Abs. 3 BauGB darf die Genehmigung allerdings nur versagt werden, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß das Vorhaben die Durchführung der Umlegung unmöglich machen oder wesentlich erschweren würde. Hierfür reicht eine geringfügige Erschwerung nicht aus. Vielmehr muß die Erreichbarkeit des Umlegungszwecks nach § 45 Abs. 1 BauGB oder die Verwirklichung einer anteils- und wertgleichen Zuteilung und Abfindung in erhebliche Gefahr geraten.

Vgl. BGH, U. v. 02.04.1981 - III ZR 15/80 -, NVwZ 1982, S. 148; vgl. auch BGH, U. v. 12.03.1987 - III ZR 29/86 -, BGHZ 100, S. 148, 152: Wird eine beantragte Genehmigung nach § 51 Abs. 3 BauGB rechtswidrig verweigert, so kann dies Ersatz- oder Entschädigungsansprüche auslösen.

Soweit und solange die Voraussetzungen für eine Versagung der Genehmigung nach § 51 Abs. 3 BauGB vorliegen, hat der Vorhabenträger auch keinen Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung. Insoweit steht § 11 Abs. 2 S. 2 BauGB dem Abschluß eines städtebaulichen Vertrages nicht entgegen.

b) Sachlicher Zusammenhang

Das Gebot des sachlichen Zusammenhangs (vgl. § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG), das ebenfalls eine Ausprägung des Koppelungsverbots darstellt, ist in allen städtebaulichen Verträgen zu beachten. Ein sachlicher Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung kann fehlen, wenn die vom Bürger zu erbringende Leistung einem anderen öffentlichen Interesse zu dienen bestimmt ist als die von der Behörde zu erbringende oder von ihr in Aussicht gestellte Leistung.

Vgl. BVerwG, U. v. 16.05.2000 - 4 C 4/99 -, NVwZ 2000, S. 1285; BVerwG, U. v. 13.07.1979 - 4 C 67.76 -, DÖV 1979, S. 756: (Baudispens gegen Entrichtung der Einkommensteuer); offengelassen wurde nach BVerwG, B. v. 17.07.2001 - 4 B 24.01 -, BauR 2002, S. 57, 62 die Frage der Zulässigkeit der Zahlung einer Spende an die Gemeinde.

So hat das BVerwG in seinem Urteil vom 16.05.2000 einen sachlichen Zusammenhang in einem Fall verneint, in dem eine Gemeinde die Änderung eines Bebauungsplans mit dem Ziel einer Ausweisung eines Außenbereichsgrundstücks als Wohngebiet davon abhängig gemacht hat, daß sich der bauwillige Eigentümer in einem städtebaulichen Vertrag verpflichtet, an sie anstelle eines nicht mehr festsetzbaren Erschließungsbeitrages einen Geldbetrag für einen gemeinnützigen Zweck (hier: Unterhaltung städtischer Kinderspielplätze) zu leisten. Dies hat das Gericht damit begründet, die Instandsetzung von Kinderspielplätzen sei keine bauplanerische Aufgabe und weder Voraussetzung noch Folgelast des Bauvorhabens. Anhaltspunkte dafür, daß die Zuwendung des Bauherrn auch nur in einem weiteren Sinne als eine Art Aufwendungsersatz für städtebauliche Maß-

nahmen im Zusammenhang des Bauvorhabens betrachtet werden könnte, seien nicht gegeben.

Unter dem Gesichtspunkt eines Billigkeitsausgleichs lasse sich nur vordergründig ein innerer Zusammenhang zwischen der Leistung des Bauherrn und dem Fortführen des Planänderungsverfahrens herstellen: Die Gemeinde wolle aus Gründen der Gleichbehandlung mit anderen Grundstückseigentümern im Plangebiet den Erschließungsvorteil, den der Bauherr mit der Einbeziehung seines Grundstücks in den Geltungsbereich des Bebauungsplans nunmehr kostenlos erhalten würde, in Gestalt eines Ausgleichsbetrages wirtschaftlich betrachtet „abschöpfen“. Eine gleichheitswidrige „Gerechtigkeitslücke“ könne durch eine nicht zweckgebundene Zuwendung aber nicht geschlossen werden.

Dem Anliegen der Gemeinde, den Bauherrn aus Gründen einer fortwirkenden Abgabengerechtigkeit bei der Einbeziehung seines Grundstücks in das Plangebiet im nachhinein wirtschaftlich so zu stellen, als sei sein Grundstück im maßgeblichen Zeitpunkt erschließungsbeitragspflichtig gewesen, hätte nach Auffassung des BVerwG eine Vereinbarung nahegelegt, die vorsieht, daß die von dem Bauherrn zu erbringende Geldleistung unmittelbar oder mittelbar den Grundstückseigentümern zugute kommen soll, deren Kostenanteil sich im Falle einer Beitragspflicht des Bauherrn seinerzeit vermindert hätte. Ein derartiger „Vorteilsausgleich“ hätte den geforderten sachlichen Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung herstellen können.

Vgl. BVerwG, U. v. 16.05.2000 - 4 C 4/99 -, NVwZ 2000, S. 1285.

Eine ähnliche Problematik besteht in dem (nicht seltenen) Fall *kommunaler Sonderwünsche*, z.B. wenn eine Gemeinde die Schaffung von Baurecht für einen SB-Markt davon abhängig macht, daß der Vorhabenträger auf einem seiner Grundstücke in der Nähe des S-Bahnhofs auf seine Kosten einen P + R-Parkplatz baut und der Stadt übereignet.

Vgl. hierzu *Oehmen/Busch*, BauR 1999, S. 1402, 1404 ff.

Das Gebot des sachlichen Zusammenhangs ist für die Übernahme von Kosten in § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB ausdrücklich konkretisiert.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 33.

Danach dürfen Kosten und Aufwendungen, die der Gemeinde für städtebauliche Maßnahmen entstehen oder entstanden sind, nur übernommen werden, wenn sie „Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens sind“. Praktisch bedeutsam ist diese Begrenzung vor allem beim Folgekostenvertrag. Für die Übernahme städtebaulicher Maßnahmen auf Kosten des Vorhabenträgers nach § 11

Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB gilt das Gleiche, da sie als Leistung „in natura“ die Kehrseite der Kostenerstattung darstellt.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 33.

Bei Verträgen nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB ist der erforderliche sachliche Zusammenhang gewahrt, wenn die Vereinbarung dazu dient, die mit der anstehenden Bauleitplanung verfolgten Ziele zu fördern und zu sichern. Dies spielt in der Praxis in erster Linie bei einer **Verknüpfung zwischen Grundstückserwerb und Baulandausweisung** eine Rolle. Der BGH hat ein unzulässiges Koppelungsgeschäft in einem Fall verneint, in dem ein Grundstückseigentümer einen Teil seines im Außenbereich liegenden Grundstücks für einen marktgerechten Preis (Bauerwartungsland) an die Gemeinde zur Beschaffung von Bauland im Rahmen eines Einheimischenmodells verkauft hat und sie ihm dafür in Aussicht gestellt hat, sie werde das ganze Grundstück in den Bebauungsplan aufnehmen.

Vgl. BGH, U. v. 02.10.1998 - V ZR 45/98 -, NJW 1999, S. 208, zustimmende Besprechung bei *Busse*, DNotZ 1999, S. 402.

Zur Begründung hat der BGH angeführt, daß die Gegenleistung des Eigentümers (Verkauf einer Teilfläche) von der Gemeinde durch die Zahlung eines marktgerechten Kaufpreises bereits vollständig abgegolten war und der Grunderwerb entsprechend der gesetzgeberischen Wertentscheidung des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB zur Realisierung der Bauleitplanung im Rahmen eines Einheimischenmodells diene. Hinzu kam, daß die Gemeinde am Grundstück des Eigentümers zunächst nicht interessiert war und ihn auch nicht erpreßt hat.

Vgl. BGH, U. v. 02.10.1998 - V ZR 45/98 -, NJW 1999, S. 208, 209.

Zulässig ist nach dem BGH auch eine Verknüpfung mit Maßnahmen, die die Gemeinde ebenso durch hoheitliche Befugnisse in der Bauleitplanung verfolgen könnte. Problematisch sei dabei allenfalls die Werbung für das Geschäft, die die Gefahr der Desinformation des Vertragspartners berge. Das Koppelungsgeschäft für sich genommen sei nicht zu beanstanden.

Vgl. BGH, U. v. 09.07.2002 - KZR 30/00 -, BWGZ 2002, S. 960 zur Koppelung eines Grundstückskaufs mit einer Fernwärmeabnahmeverpflichtung (welche nach § 9 Abs. 1 Nr. 23 BauGB festsetzbar wäre).

§ 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB ermächtigt die Gemeinde dagegen nicht dazu, die Aufstellung eines Bebauungsplans von der kostenlosen Landabgabe zur Realisierung eines Einheimischenmodells abhängig zu machen. Eine solche Forde-

zung wäre jedenfalls unangemessen i.S. von § 11 Abs. 2 BauGB, da dieser Zweck auch durch mildere, gleichwirksame Mittel erfüllt werden kann, z.B. durch das sog. Weilheimer Modell. Ein unzulässiges Koppelungsgeschäft liegt auch vor, wenn eine Gemeinde die Ausweisung von Bauland an den Verkauf einer Teilfläche unter Verkehrswert knüpft, ohne daß diese Fläche der Realisierung der Bauleitplanung dient.

Vgl. OLG München, U. v. 12.04.1999 - 31 U 5443/98 -, MittBayNot 1999, S. 586.

Ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot ist erst recht gegeben, wenn die Gemeinde mit der Vereinbarung einer kostenlosen Landabgabe gegen Überplanung der dem Eigentümer verbleibenden Restfläche ausschließlich den Zweck verfolgt, die Grundstücke nach ihrer Ausweisung zu Bauland möglichst gewinnbringend an bauwillige Dritte weiterzuveräußern.

Vgl. *Grziwotz*, NVwZ 1996, S. 637, 640.

Eine solche Vereinbarung dient nicht dazu, die mit der anstehenden Bauleitplanung verfolgten städtebaulichen Ziele zu fördern und zu sichern. Sie verfolgt vielmehr ausschließlich fiskalische Interessen der Gemeinde und ist deshalb geradezu ein klassischer Fall eines unzulässigen Verkaufs von Hoheitsrechten.

Aus den gleichen Gründen verstößt auch die Verknüpfung eines kostenlosen Flächenbeitrages außerhalb einer Umlegung mit der Baulandausweisung gegen das Koppelungsverbot. Der Sache nach handelt es sich hierbei um nichts anderes als eine kostenlose Landabgabe. Soll durch einen solchen kostenlosen Flächenbeitrag außerhalb einer Umlegung im Rahmen der Bauleitplanung ein Einheimischenmodell realisiert werden, liegt – ebenso wie bei der kostenlosen Landabgabe – jedenfalls ein Verstoß gegen das Gebot der Angemessenheit vor.

Nicht abschließend geklärt ist, ob der sachliche Zusammenhang noch gewahrt ist, wenn die Ziele i.S.d. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB auf Wunsch des Vorhabenträgers außerhalb des Plangebiets verwirklicht werden sollen. Diese Frage ist z.B. praktisch bedeutsam, wenn ein Investor eine von ihm vertraglich übernommene Verpflichtung zur Errichtung von Sozialwohnungen durch die Finanzierung von Sozialwohnungen in einem anderen Baugebiet „ablösen“ will.

4. Gleichbehandlung

Zunehmend sehen sich Gemeinden, die im Zuge der Ausweisung von neuen Baugebieten städtebauliche Verträge abschließen, mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz konfrontiert. Folgende Fallgestaltungen sind typisch:

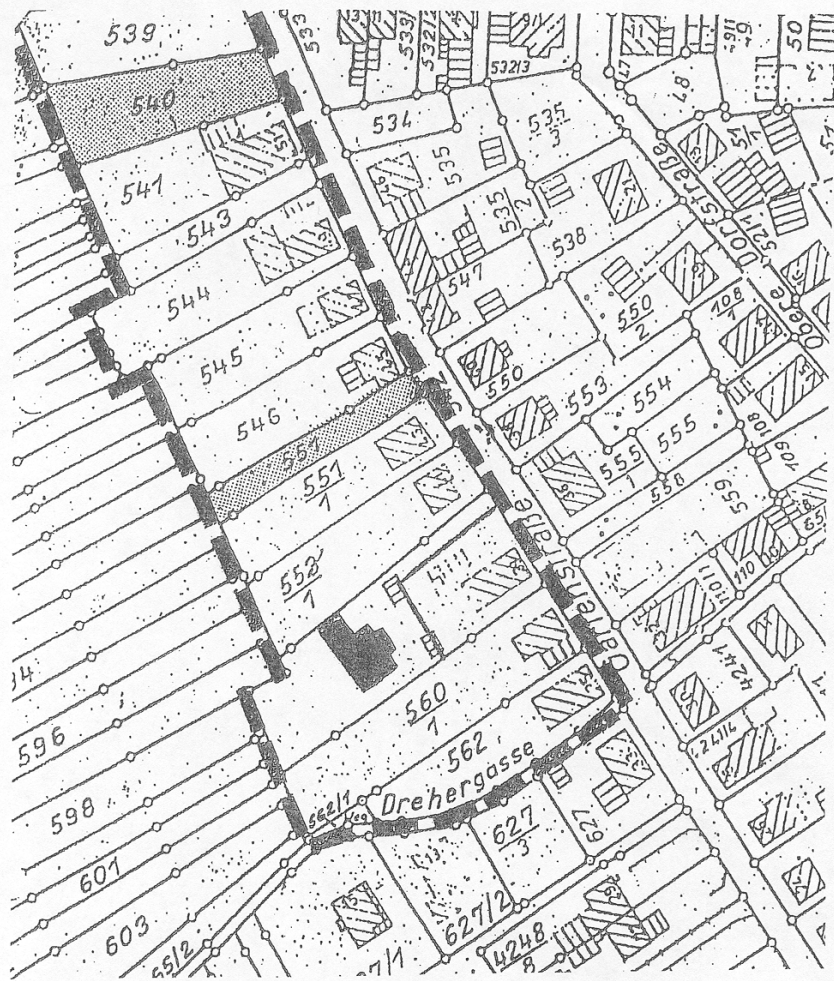
Fall 1:

Die Gemeinde G versucht seit 20 Jahren, ein Gebiet über ein Einheimischenmodell als Wohngebiet zu entwickeln. Inzwischen sind alle Eigentümer bereit, auf der Grundlage eines 2 Jahre alten Vertragsangebots der Gemeinde mitzumachen. Vor einem Monat hat die Gemeinde ihre Vertragsbedingungen für künftige weitere Baugebiete "verschärft". Zugleich hat der Gemeinderat beschlossen, daß das hier fragliche Wohngebiet als Übergangsregelung noch unter die Altregelung fallen soll.

Fall 2:

Eine Gemeinde macht die Überplanung von Neubaugebieten stets davon abhängig, daß alle Eigentümer vorher mit ihr einen städtebaulichen Vertrag abschließen, in dem sie sich verpflichten, die der Gemeinde durch das Vorhaben entstehenden Planungs- und Folgekosten zu erstatten. E ist Eigentümer eines in erster Reihe mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks. Im hinteren Bereich des Grundstücks befindet sich ebenso wie auf den angrenzenden Grundstücken ein großer Hausgarten. Der Bereich des Hausgartens ist planungsrechtlich dem Außenbereich zuzuordnen. E möchte dort in zweiter Reihe für die Familie seines Sohnes auf dem in dem abgebildeten Lageplan eingezeichneten Standort ein Wohnhaus errichten. Auf die Anregung des E überplant die Gemeinde das in dem Lageplan eingezeichnete Plangebiet. Hierzu schließt die Gemeinde mit E keinen städtebaulichen Vertrag ab. A, der Eigentümer eines Grundstücks in einem Neubaugebiet ist, sieht hierin einen Verstoß gegen das Gleichheitsgebot.

Abb.: Besserstellung der Eigentümer bei Überplanung zum Zwecke einer Bebauung in zweiter Reihe



Fall 3:

Die Gemeinde überplant ein großes Neubaugebiet in drei Planungs- und Bauabschnitten. Im Zuge der Realisierung des ersten Bauabschnitts errichtet sie einen Kindergarten, der im Hinblick auf den durch die nachfolgenden Bauabschnitte zusätzlich zu erwartenden Bedarf erheblich größer dimensioniert ist, als für den ersten Bauabschnitt erforderlich. Die Gemeinde hat darauf verzichtet, mit den Eigentümern des ersten Bauabschnitts städtebauliche Verträge abzuschließen. Aufgrund der verschlechterten Haushaltslage macht die Gemeinde die Überplanung des zweiten Bauabschnitts nunmehr davon abhängig, daß alle Eigentümer von Grundstücken, die im Plangebiet des zweiten Bauabschnitts liegen, bereit sind, sich an den Kosten des Kindergartens zu beteiligen. Der Umfang der Kostenbeteiligung soll auf den Anteil beschränkt werden, der dem durch den zweiten Bauabschnitt ausgelösten Bedarf zugeordnet werden kann.

Fall 4:

In einem 7 ha großen Gebiet, das zum Zwecke einer Wohnbebauung überplant werden soll, stehen 6,5 ha der Fläche im Eigentum des Bauträgers B. Die restlichen 0,5 ha des Plangebiets gehören den Eigentümern C und D. B ist bereit, in einem städtebaulichen Vertrag die Bebauungsplankosten und die der Gemeinde durch das Vorhaben entstehenden Folgekosten in bestimmter Höhe zu übernehmen. C und D, deren Grundstücke im Bebauungsplan nicht ausgespart werden können, lehnen trotz ernsthaften Bemühens der Gemeinde den Abschluß eines städtebaulichen Vertrages ab. Trotzdem unterzeichnet B den städtebaulichen Vertrag. Nach Inkrafttreten des Bebauungsplans macht B geltend, daß der städtebauliche Vertrag gegen den Gleichheitsgrundsatz verstößt.

Eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 GG liegt immer nur dann vor, wenn eine **Ungleichbehandlung** gegeben ist, **die nicht durch ein sachliches Differenzierungskriterium gerechtfertigt ist**. Als Differenzierungsgrund kommt jede vernünftige Erwägung in Betracht. Ein möglicher Grund kann etwa in der Praktikabilität der Regelung liegen

vgl. BVerfGE 17, S. 337, 354; BVerfGE 41, S. 126, 288

oder in finanziellen Gesichtspunkten.

Vgl. BVerfGE 3, S. 4, 11; BVerfGE 75, S. 40, 72; BVerfGE 87, S. 1, 45.

Soweit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zum Tragen kommt, werden allerdings an den Differenzierungsgrund erhöhte Anforderungen gestellt. Finanzielle Erwägungen genügen dann vielfach nicht.

Vgl. BVerfGE 61, S. 43, 63; BVerfGE 87, S. 1, 46;
BVerfGE 92, S. 53, 69.

Ähnliches gilt für die Verwaltungspraktikabilität.

Vgl. BVerfGE 60, S. 68, 78.

Die durch die Ungleichbehandlung bewirkte Belastung darf dabei nicht weiter greifen, als der die Verschiedenheitsbehandlung legitimierende Zweck es rechtfertigt.

Vgl. BVerfGE 85, S. 238, 245.

Ungleichbehandlung und rechtfertigender Grund müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.

Vgl. BVerfGE 82, S. 126, 146.

Stichtagsregelungen für das Inkrafttreten besonderer Belastungen sind trotz der damit verbundenen Härten grundsätzlich zulässig. Allerdings ist u.U. eine Übergangsregelung erforderlich. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Vgl. BVerfGE 29, S. 245, 258; BVerfGE 44, S. 1, 23; BVerfGE 71, S. 364, 397.

Das Gleichheitsgebot erfordert also keine schematische Gleichbehandlung.

Im *Fall 1*

liegt zwar eine Ungleichbehandlung zwischen dem fraglichen Baugebiet und künftigen weiteren Baugebieten vor. Die Ungleichbehandlung ist aber sachlich gerechtfertigt, da es sich bei dem betreffenden Baugebiet um einen Altfall handelt, bei dem auch der Vertrauensschutz der kooperationsbereiten Eigentümer zu berücksichtigen ist. Die Gemeinde ist nicht gehindert, Verträge in einem solchen Baugebiet durch eine Übergangsregelung noch zu bisherigen Bedingungen abzuschließen.

Im *Fall 2*

dürfte dagegen ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG gegeben sein. Die Ungleichbehandlung zwischen der Überplanung eines Neubaugebiets und der Überplanung eines Gebiets zum Zwecke einer Bebauung in zweiter Reihe dürfte kaum sachlich zu rechtfertigen sein. Zwar soll durch die Überplanung der Hausgärten nur eine Arrondierung des bisherigen Baugebietes stattfinden. Auch sollen durch die Überplanung der Gärten Bauplätze für Einheimische geschaffen werden. Bauplätze für Einheimische können aber auch in Neubaugebieten entstehen. Ferner wird in beiden Gebieten durch einen Bebauungsplan erstmalig Baurecht für Grundstücke geschaffen, die bisher planungs-

rechtlich dem Außenbereich zuzuordnen waren. In beiden Fällen führt die Überplanung deshalb zu einer planungsbedingten Bodenwertsteigerung.

Eine sachlich gerechtfertigte Differenzierung dürfte allerdings dann vorliegen, wenn die Gemeinde Eigentümern, die bereit sind, sich einer Einheimischenbindung zu unterwerfen, *einheitlich* Sonderkonditionen einräumt. Hierfür spricht, daß § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB die Gemeinde ermächtigt, Verträge abzuschließen, die dazu dienen, den Wohnbedarf der ortsansässigen Bevölkerung zu decken.

Im Fall 3

dürfte ebenfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG vorliegen. Es spricht vieles dafür, daß es sachlich nicht gerechtfertigt ist, die Eigentümer des zweiten Bauabschnitts mit Folgekosten für die Errichtung des Kindergartens zu belasten, die die Eigentümer des ersten Bauabschnitts nicht bezahlen mußten, obwohl der errichtete Kindergarten diesem Gebiet in gleicher Weise zugute kommt wie dem Bauabschnitt 2. Im Unterschied zum Fall 1 geht es hier nicht um eine Übergangsregelung, sondern um ein nachträgliches Umschalten auf eine Refinanzierung über Folgekostenvereinbarung. Auch die verschlechterte Haushaltslage dürfte für die Ungleichbehandlung der Eigentümer in den Bauabschnitten 1 und 2 keinen hinreichenden Differenzierungsgrund bilden.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 145; *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnr. 165; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 233; *Scharmer*, NVwZ 1995, S. 219, 222.

Im Fall 4

liegt eine Ungleichbehandlung zwischen dem Bauträger B und den Eigentümern C und D *innerhalb eines Plangebiets* vor. Zwar gebietet es Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich, allen Eigentümern von Grundstücken in einem Plangebiet die gleichen vertraglichen Bindungen abzuverlangen.

Vgl. BVerwG, U. v. 11.02.1993 - 4 C 18.91 -, BVerwGE 92, S. 56, 63.

Ein sachlicher Differenzierungsgrund liegt hier deshalb nicht darin, daß B eine Fläche von 6,5 ha gehört, während im Eigentum von C und D zusammen nur eine Fläche von 0,5 ha steht. B hat jedoch in Kenntnis dieser Ungleichbehandlung den städtebaulichen Vertrag abgeschlossen. Wenn B den Abschluß seines städtebaulichen Vertrages mit der Gemeinde davon abhängig gemacht hätte, daß auch C und D unterschreiben, wäre das Bebauungsplanverfahren gescheitert. Dies wäre für B im Zweifel nachteiliger gewesen als die Ungleichbehandlung mit C und D in Kauf zu nehmen. Zudem hat die Gemeinde nicht von vornherein

auf einen Vertragsabschluß mit C und D verzichtet, sondern hat sich darum ernsthaft, wenn auch vergeblich bemüht.

5. Allgemeine Geschäftsbedingungen, §§ 305 ff. BGB

Die Frage der Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB auf städtebauliche Verträge stellt sich vor allem bei vertraglichen Vereinbarungen im Rahmen von sog. Einheimischenmodellen. Vereinbarungen im Rahmen eines Einheimischenmodells sind von der Rechtsprechung als privatrechtliche städtebauliche Verträge qualifiziert worden.

Vgl. nur BVerwG, U. v. 11.02.1993 - 4 C 18.91 -, BVerwGE 92, S. 56, 59.

Der BGH hat in seinem Urteil vom 29.11.2002 entschieden, daß für formularvertragliche Bestimmungen in privatrechtlichen städtebaulichen Verträgen **das Gebot angemessener Vertragsgestaltung in § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB eine erschöpfende** spezialgesetzliche **Regelung** darstellt, **neben der das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen** gem. §§ 305 ff. BGB **keine Anwendung finden kann**. Dies hat der BGH damit begründet, daß der Zweck des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen darin besteht, die einseitige Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit durch eine Vertragspartei zu verhindern. Diese Gefahr ist aber beim Abschluß städtebaulicher Verträge zur Verwirklichung eines Einheimischenmodells nicht gegeben. Aufgrund des verfassungsrechtlich verankerten Gleichbehandlungsgebots ist die Gemeinde gehindert, im Zuge der Verwirklichung eines Einheimischenmodells mit den Erwerbsinteressenten bei gleicher Sachlage unterschiedliche Vertragsbedingungen auszuhandeln.

Vgl. BGH, U. v. 29.11.2002 - V ZR 105/02 -, ZIP 2003, S. 535, 538 m.w.N.

Der BGH hat allerdings **offen gelassen, ob die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB auch bei privatrechtlichen städtebaulichen Verträgen ausgeschlossen ist, die** nach Ablauf der Umsetzungsfrist der EG-Richtlinie vom 05.04.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, d.h. **nach dem 31.12.1994 abgeschlossen worden sind**.

Vgl. BGH, U. v. 29.11.2002 - V ZR 105/02 -, ZIP 2003, S. 535, 538 mit dem Hinweis, daß sich diese Frage spätestens nach Umsetzung der Richtlinie durch Einfügung des § 24 a AGBG (jetzt § 310 Abs. 3 BGB) stellt.

Durch diese EG-Richtlinie ist der Zweck des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen um den Verbraucherschutz erweitert worden. Als Unternehmer im Sinne dieser Vorschrift und damit als Normadressat sollen auch Einrichtungen der öffentlichen Hand anzusehen sein, und zwar jedenfalls dann, wenn sie privatrechtliche Verträge abschließen. Sollte dem zu folgen sein, müßten die §§ 305 ff.

BGB zumindest auch auf privatrechtliche städtebauliche Verträge Anwendung finden.

Vgl. BGH, U. v. 29.11.2002 - V ZR 105/02 -, ZIP 2003, S. 535, 538; *Grziwotz*, NVwZ 2002, S. 391, 394.

Das Gebot angemessener Vertragsgestaltung des § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB ermöglicht nicht nur eine Kontrolle des vertraglichen Austauschverhältnisses. Vielmehr wird, wie bei den §§ 305 ff. BGB, auch eine Überprüfung der einzelnen Vertragsklauseln eröffnet. Hierbei sind unter Berücksichtigung der besonderen Interessenlage bei Einheimischenmodellen auch die den §§ 307 bis 309 BGB zugrundeliegenden Wertungen zu beachten. Die Inhaltskontrolle einzelner Vertragsbestimmungen nach § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB führt allerdings nicht stets zu demselben Ergebnis wie eine Überprüfung nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB stellt im Unterschied zu den §§ 305 ff. BGB entscheidend darauf ab, ob bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs die gegenseitigen Rechte und Pflichten ausgewogen gestaltet worden sind. Vertragsklauseln, die für sich genommen unangemessen sind, können deshalb bei Anwendung des § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB durch vorteilhafte Bestimmungen im übrigen Vertrag kompensiert werden. Eine solche Kompensation ist nach den §§ 305 ff. BGB nur eingeschränkt möglich.

Vgl. BGH, U. v. 29.11.2002 - V ZR 105/02 -, ZIP 2003, S. 535, 539 m.w.N.

Das ändert jedoch nichts daran, daß beide Vorschriften in der Regel zu gleichen Ergebnissen führen.

Vgl. BayVGH, U. v. 22.12.1998 - 1 B 94.3288 -, NVwZ 1999, S. 1008, 1010.

Es ist davon auszugehen, daß die zuständigen Zivilgerichte die §§ 305 ff. BGB auf privatrechtliche städtebauliche Vereinbarungen im Rahmen von Einheimischenmodellen auch weiterhin regelmäßig anwenden, wenn sie nach dem 31.12.1994 (Ablauf der Umsetzungsfrist der EG-Richtlinie vom 05.04.1994 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen) abgeschlossen worden sind. Die bisherige Rechtsprechung zum AGB-Gesetz wird deshalb weiter ihre Bedeutung behalten.

Am Maßstab des AGB-Gesetzes wurden vor allem Sicherungen überprüft, die der Sanktionierung von Verstößen gegen vertraglich übernommene Pflichten im Rahmen eines Einheimischenmodells dienen. Folgende Sicherungen sind nach § 9 Abs. 1 AGBG (jetzt § 307 Abs. 1 BGB) für unwirksam erklärt worden:

- Vereinbarung eines Rücktrittsrechts bei Verstoß gegen eine Baupflicht mit zinsloser Rückvergütung von lediglich 90% des für das Grundstück gezahlten

Kaufpreises: Der 10%-ige Einbehalt sei als unzulässige Vertragsstrafe anzusehen.

Vgl. OLG Koblenz, U. v. 05.11.1997, DNotI-Report 1998, S. 25.

- Vereinbarung eines Wiederkaufspreises bei einem Einheimischenmodell in Höhe der zinslosen Rückerstattung des bezahlten Grundstückskaufpreises sowie lediglich des halben Verkehrswerts für das errichtete Wohngebäude: Der Abschlag vom Verkehrswert des errichteten Gebäudes in Höhe von 50% sei unangemessen hoch, obwohl ein Abschlag grundsätzlich zulässig und nicht als Vertragsstrafe einzustufen sei.

Vgl. LG Karlsruhe, U. v. 13.02.1997 - 8 O 516/96 -, DNotZ 1998, S. 483, 485 f. mit Anm. *Busse*.

- Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts im Rahmen eines Einheimischenmodells für den Fall, daß das jeweilige Grundstück nicht innerhalb einer bestimmten Frist bebaut, innerhalb von 20 Jahren ab Vertragsschluß ohne Genehmigung der Gemeinde veräußert oder nicht von den Käufern genutzt wird.

Vgl. OLG Hamm, U. v. 11.01.1996 - 22 U 67/95 -, NJW 1996, S. 2104; kritisch hierzu *Grziwotz*, NVwZ 1996, S. 637; *Wagner*, BayVBl 1997, S. 540.

Die Unwirksamkeit der genannten Regelungen hätte allerdings jeweils ohne weiteres auch mit einem Verstoß gegen das Gebot der Angemessenheit in § 11 Abs. 2 BauGB begründet werden können.

III. Rechtsfolgen der Verletzung von Rechtsvorschriften

Welche Rechtsfolgen eine Verletzung von Rechtsvorschriften auf die Wirksamkeit eines (öffentlich-rechtlichen) städtebaulichen Vertrages hat, richtet sich primär nach § 59 VwVfG. Folgende Rechtsfolgen kommen danach in Betracht:

- Rechtswirksamkeit trotz Rechtswidrigkeit des Vertrages
- Teilnichtigkeit
- Gesamtnichtigkeit

vgl. hierzu im einzelnen *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 59 Rdnrn. 9 ff.; vgl. auch *Reidt*, BauR 2001, S. 46; *Stüer/König*, ZfBR 2000, S. 528, 535, zur gescheiterten Bundesratsinitiative, eine Fehlerheilung für

städtebauliche Verträge durch Schaffung eines
§ 216 a BauGB zu ermöglichen.

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Formvorschriften und gegen § 2 Abs. 3 BauGB sind bereits an anderer Stelle dargestellt worden.

1. Teilnichtigkeit oder Gesamtnichtigkeit?

Ein Verstoß gegen das Angemessenheitsgebot führt ebenso wie ein Verstoß gegen das Koppelungsgebot des § 11 Abs. 2 BauGB gemäß § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG zur Nichtigkeit der hierauf bezogenen Vereinbarungen. Das gleiche gilt beim Erschließungsvertrag im Falle eines Verstoßes gegen § 124 Abs. 3 S. 1 BauGB. Obwohl die Nichtigkeitsfolge des § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG nach § 56 Abs. 1 S. 1 VwVfG grundsätzlich nur Austauschverträge betrifft, tritt sie bei Vereinbarung einer unangemessenen Gegenleistung des Vorhabenträgers auch in solchen Fällen ein, in denen die „Leistung“ der Gemeinden in der Schaffung von Baurecht besteht. Dann ist zwar wegen § 2 Abs. 3 BauGB kein Austauschvertrag im engeren Sinne gegeben. Es handelt sich jedoch um einen sog. „hinkenden“ Austauschvertrag, der dadurch gekennzeichnet ist, daß er die gemeindliche Leistung nicht erwähnt, diese aber von den Vertragspartnern (stillschweigend) als Bedingung oder Geschäftsgrundlage für die vertraglich vereinbarte Gegenleistung des Bürgers vorausgesetzt wird.

Vgl. BVerwG, U. v. 06.07.1973 - IV C 22.72 - BVerwGE 42, S. 331, 333; VGH Baden-Württemberg, U. v. 18.10.1990 - 2 S 2098/90 -, VBIBW 1991, S. 263, 265; VG Darmstadt, U. v. 03.07.1997 - 5 E 2118/94 (4) -, NJW 1998, S. 2073, 2074.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG auch auf „hinkende“ Austauschverträge Anwendung findet.

Vgl. BVerwG, U. v. 16.05.2000 - 4 C 4/99 -, NVwZ 2000, S. 1285; VGH Baden-Württemberg, U. v. 18.10.1990 - 2 S 2098/89 -, VBIBW 1991, S. 263, 265, VG Darmstadt, U. v. 03.07.1997 - 5 E 2118/94 (4) -, NJW 1998, S. 2073, 2074.

Nach § 59 Abs. 3 VwVfG ist der Vertrag insgesamt nichtig, soweit nicht anzunehmen ist, daß er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre. Die Teilnichtigkeit führt danach in der Regel zur Gesamtnichtigkeit. Davon ist insbesondere auszugehen, wenn der Vertragsinhalt keine **Teilung des Vertrages in einen vom Nichtigkeitsgrund betroffenen und in einen hiervon nicht betroffenen Regelungsgegenstand** zuläßt.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 18.10.1990 - 2 S 2098/89 -, VBIBW 1991, S. 263, 268.

Eine solche Teilung des Vertragsgegenstandes ist allerdings in vielen Fällen durchaus möglich.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 22.08.1996 - 2 S 2320/94 -, VBIBW 1997, S. 189; vgl. auch VGH Baden-Württemberg, U. v. 05.12.1985 - 2 S 2833/83 -, NJW 1986, S. 2452, 2453.

Die Rechtsfolge beschränkt sich in diesem Fall jedenfalls dann auf eine bloße Teilnichtigkeit, wenn der Vertrag eine sog. salvatorische Klausel enthält, die bestimmt, daß er bei Unwirksamkeit einzelner Regelungen im übrigen wirksam bleibt.

Umgekehrt kann sich die Nichtigkeit u. U. über das unmittelbar nichtige Rechtsgeschäft hinaus auch auf ein weiteres Rechtsgeschäft erstrecken. Eine solche „Infizierung“ kommt in Betracht, wenn das andere Rechtsgeschäft mit dem nichtigen in Zusammenhang steht und die beiden Geschäfte miteinander „stehen und fallen“ sollten. Das soll nach der Rechtsprechung sogar dann gelten, wenn ein Teil des Rechtsgeschäfts nicht in Vertragsform ergangen ist, sondern als Verwaltungsakt. Davon ausgehend hat das VG München in einem Fall, in dem sich die Gemeinde in einem Baulandsicherungsvertrag rechtswidrig zu einer Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens für ein Vorhaben im Außenbereich verpflichtet hatte, angenommen, daß sich die Nichtigkeit des Vertrages auch auf eine vom zuständigen Landratsamt erteilte Baugenehmigung erstreckt.

Vgl. VG München, U. v. 18.11.1997 - M 1 K 96.5647 -, NJW 1998, S. 2070, 2072.

Das erscheint allerdings äußerst weitgehend.

Vgl. hierzu *Reidt*, NVwZ 1999, S. 149, 151: die Nichtigkeit von Verwaltungsakten ist in § 44 VwVfG abschließend geregelt, soweit sich nicht für bestimmte Bereiche Sonderregelungen finden; bei § 138 BGB handelt es sich nicht um eine solche Sonderregelung.

2. Rückabwicklung bereits vollzogener Verträge

Stellt sich die Unwirksamkeit des Vertrages erst nach seinem Vollzug heraus, kommt als **Anspruchsgrundlage für ein Rückforderungsbegehren des Vorhabenträgers der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch** in Betracht. Er setzt voraus, daß eine unmittelbare Vermögensverschiebung ohne Rechtsgrund stattgefunden hat oder deren Rechtsgrundlage später weggefallen ist.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 18.10.1990 - 2 S 2098/89 -, VBIBW 1991, S. 263, 264 m.w.N.;

vgl. auch BVerwG, U. v. 16.05.2000 - 4 C 4/99 -,
NVwZ 2000, S. 1285.

Diese Voraussetzungen sind gegeben, soweit der städtebauliche Vertrag oder der Erschließungsvertrag nichtig ist, aufgrund dessen der Vorhabenträger der Gemeinde Leistungen erbracht hat. Die Gemeinde hat die vereinbarten Leistungen dann ohne Rechtsgrund erhalten.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 18.10.1990 -
2 S 2098/89 -, VBIBW 1991, S. 263, 264.

Im Falle der Teilnichtigkeit eines Erschließungsvertrages besteht dann z.B. ein Anspruch auf Erstattung des Wertes der errichteten, aber nicht vereinbarungsfähigen Anlagenteile.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002,
S. 145 f. m.w.N.

Ein vertraglich vereinbarter unwiderruflicher **Verzicht des Vorhabenträgers**, etwaige Rückforderungsansprüche geltend zu machen, kann einem Erstattungsanspruch nicht mit Erfolg entgegengehalten werden. Die Vereinbarung eines solchen generellen Rechtsmittelverzichts verstößt gegen das Rechtsstaatsprinzip und ist unwirksam.

Vgl. BayVGH, U. v. 14.05.1980 - Nr. 147 IV 78 -,
KStZ 1981, S. 115, 117; *Bunzel* (Hrsg.), Städte-
bauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999,
S. 249.

Der Rückforderungsanspruch ist in der Regel auch nicht in entsprechender Anwendung des **§ 814 BGB** ausgeschlossen. Nach dieser Vorschrift kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war. Die Vorschrift, die die positive Kenntnis des Schuldners von der Nichtschuld voraussetzt, beruht auf dem Gedanken der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens. Dieser Rechtsgedanke trägt den Ausschluß des Bereicherungsanspruchs aber dann nicht, wenn der Schuldner seinerzeit unter Druck geleistet hat. Schon das Reichsgericht hat entschieden, daß in einem solchen Fall die positive Kenntnis des Schuldners vom Mangel des Rechtsgrunds der Leistung nicht schadet.

Vgl. RGZ 147, S. 17, 21; RGZ 104, S. 250; *Lich*,
in: Münchner Kommentar, BGB, 3. Aufl. 1997,
§ 814 Rdnr. 12.

Für eine entsprechende Anwendbarkeit des § 814 BGB auf den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch des Vorhabenträgers ist deshalb jedenfalls dann kein Raum, wenn keine von äußerem Druck freie Leistung gegeben ist.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 18.10.1990 - 2 S 2098/89 -, VBIBW 1991, S. 263, 268.

An einer von äußerem Druck freien Leistung des Vorhabenträgers fehlt es typischerweise, wenn die Gemeinde eine Baulandausweisung oder die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB von dem vorherigen Abschluß eines städtebaulichen Vertrages abhängig gemacht hat.

Die Geltendmachung eines Rückforderungsanspruches kann aber gegen den Grundsatz von **Treu und Glauben** verstoßen. Dieser in § 242 BGB kodifizierte Grundsatz gilt auch im Verwaltungsrecht. Er begründet im Rahmen eines Schuldverhältnisses nicht nur Pflichten, sondern begrenzt auch die Ausübung der Rechte. Der Rechtsgedanke von Treu und Glauben kann deshalb bewirken, daß eine Leistung, die aufgrund eines unwirksamen öffentlich-rechtlichen Vertrages erbracht wurde, nicht mehr zurückgefordert werden kann. Dies kann vor allem in Fällen durchgreifen, in denen der Vorhabenträger die Gegenleistung der Gemeinde bereits „voll ausgenutzt“ hat, insbesondere bei vollzogenen Folgekostenvereinbarungen.

Vgl. BVerwG, U. v. 18.12.1973 - 1 C 34.72 -, NJW 1974, S. 2247; VGH Baden-Württemberg, U. v. 12.09.1985 - 2 S 1962/83 -; VGH Baden-Württemberg, U. v. 18.10.1990 - 2 S 2098/89 -, VBIBW 1991, S. 263, 269.

Voraussetzung hierfür ist aber nach der Rechtsprechung, daß

- die Folgekostenbeiträge zweckgebunden geleistet wurden,
- die Verknüpfung des vereinbarten Beitrages mit Gegenleistungen der Gemeinde rechtlich zu billigen ist und
- eine vollständige Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses unmöglich ist.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 18.10.1990 - 2 S 2098/89 -, VBIBW 1991, S. 263, 269 m.w.N.

Diese Anforderungen, die kumulativ vorliegen müssen, sind bei vollzogenen Folgekostenvereinbarungen nicht selten erfüllt. Insbesondere entzieht sich die erbrachte Leistung der Gemeinde mit Inkrafttreten des Bebauungsplans einer Rückabwicklung.

Vgl. OVG Münster, U. v. 06.10.1977 - III A 793/75 -, NJW 1978, S. 1542; OVG Münster, U. v. 14.11.1979 - III A 942/77 -, KStZ 1980, S. 72; VGH Baden-Württemberg, U. v. 12.09.1985 - 2 S 1962/83 -; vgl. aber auch *Reidt*, BauR 2001, S. 46, 53.

Der Grundsatz von Treu und Glauben steht jedoch der einseitigen Rückabwicklung eines nichtigen Austauschvertrages nicht allein deshalb entgegen, weil die Leistung der Gemeinde nicht mehr rückabzuwickeln ist. Durch die Zurückbehaltung der Leistung darf die Gemeinde keinen Vermögensvorteil erlangen, für den sie das Instrument des öffentlich-rechtlichen Vertrages nicht hätte einsetzen dürfen. Dies hat das BVerwG für einen Fall entschieden, in dem eine Gemeinde die Änderung eines Bebauungsplans mit dem Ziel der Ausweisung eines Außenbereichsgrundstücks als Wohngebiet in einem städtebaulichen Vertrag davon abhängig gemacht hat, daß der bauwillige Eigentümer anstelle eines nicht mehr festsetzbaren Erschließungsbeitrages an sie als Billigkeitsausgleich einen Geldbetrag für einen gemeinnützigen Zweck nach Art einer „Spende“ leistet. Der Erstattungsanspruch ist danach in der Nichtigkeitsfolge des § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG bereits angelegt. Mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit bereitet der Gesetzgeber auch die **einseitige Rückabwicklung einer fehlgeschlagenen Vereinbarung zugunsten des Bürgers** vor. Dem Bauherrn kann es deshalb nach dem BVerwG nicht als treuwidriges Verhalten angelastet werden, daß er zunächst sein Wohnhaus errichtet und mit seiner Familie bezogen und erst im Anschluß daran den Erstattungsanspruch gegen die Gemeinde erhoben hat.

Vgl. BVerwG, U. v. 16.05.2000 - 4 C 4/99 -, NVwZ 2000, S. 1285; enger VG Kassel, U. v. 20.12.2000 - 6 E 1685/98 -, HGZ 2001, S. 117: Treuwidrigkeit des Rückforderungsanspruchs im Einzelfall bei Beteiligung des Vorhabenträgers bei der Planaufstellung und bei Möglichkeit des Vorbringens bei Rügen im Planaufstellungsverfahren; *Bick*, DVBl 2001, S. 154, 160 f.; kritisch hierzu *Stüer/König*, ZfBR 2000, S. 528, 535 f.

Der Grundsatz von Treu und Glauben steht einer Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses nur zu Lasten der Gemeinde auch dann nicht entgegen, wenn die Gemeinde die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB oder – im Falle eigener Baurechtszuständigkeit – die Erteilung einer Baugenehmigung unter Verstoß gegen § 11 Abs. 2 BauGB von einer Gegenleistung des Vorhabenträgers abhängig gemacht hat, obwohl die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt waren. Dieses Ergebnis ist nicht unbillig, sondern stellt nur den Zustand her, der bestehen würde, wenn sich die Gemeinde strikt an den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gehalten hätte.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 18.10.1990 - 2 S 2098/89 -, VBIBW 1991, S. 263, 269; Bay VGH, U. v. 14.05.1980 - Nr. 147 IV 78 -, KStZ 1981, S. 115, 117.

Die **Verjährungsfrist** für einen Rückforderungsanspruch beträgt in entsprechender Anwendung des § 195 BGB grundsätzlich 3 Jahre.

Vgl. *Oerder*, BauR 1998, S. 21, 34.

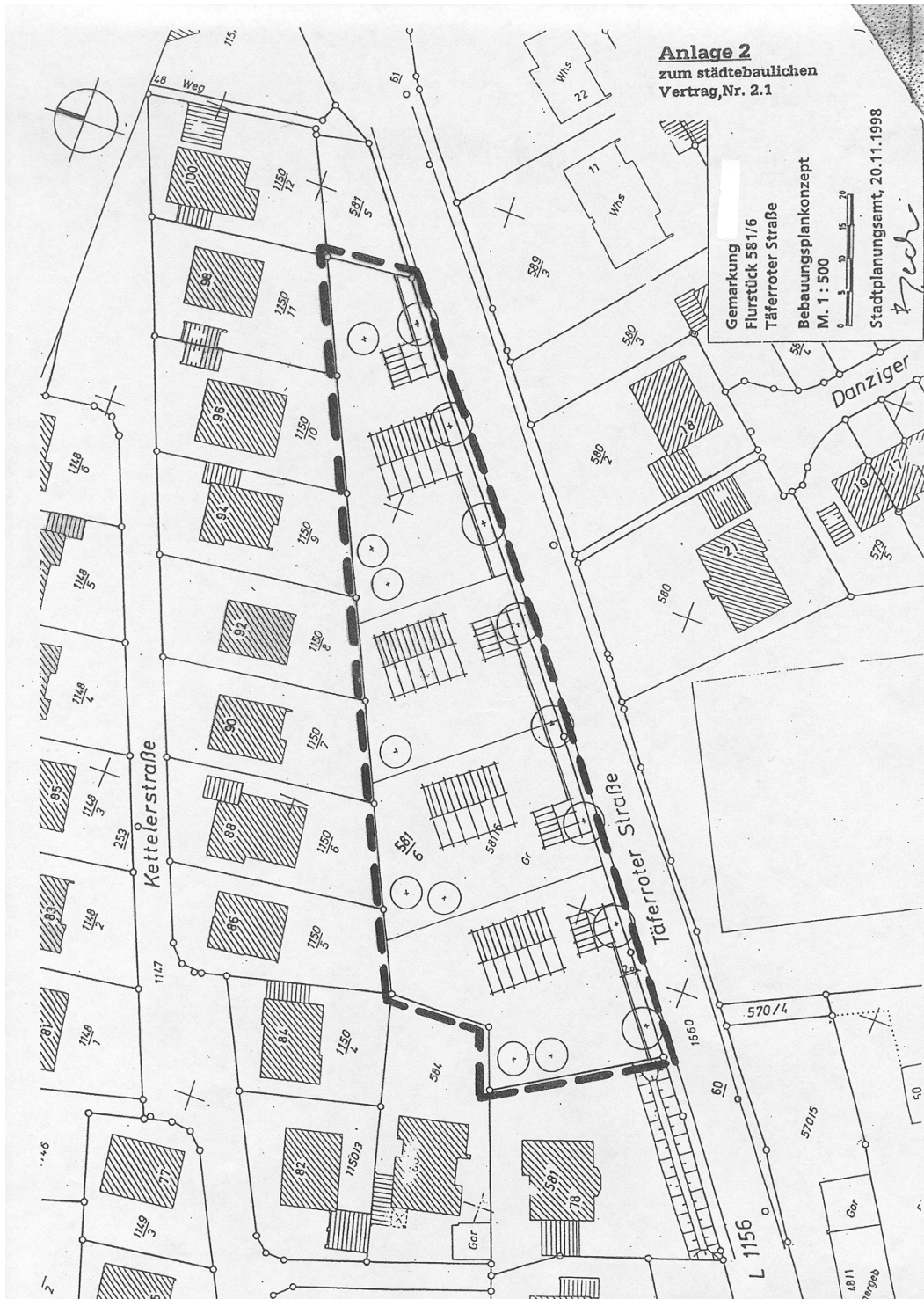
IV. Strafrechtliche Risiken städtebaulicher Verträge

1. Typische Fallkonstellationen

Fall 1: Verkauf bereits bestehender Baurechte

In den abgebildeten Lageplänen „bestehende Baurechte 1 a und b“ befindet sich das Grundstück Flst.Nr. 581/6 in der Hand eines einzigen Eigentümers. Die Gemeinde ist der Auffassung, daß dieses Grundstück bereits vollständig nach § 34 BauGB bebaubar ist. Gleichwohl macht der Bürgermeister die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens mit Billigung des Gemeinderats davon abhängig, daß der Eigentümer der Gemeinde einen Flächenbeitrag in Höhe von 30 % zum „unbeeinflussten Verkehrswert“, d.h. zum Preis von Bauerwartungsland von $x \text{ €/m}^2$ in Form eines notariellen Kaufvertrages abgibt. In dem Lageplan ist diese Fläche mit den Buchstaben A, B, C und D gekennzeichnet (Bauplatz Nr. 4). Zur Vermeidung eines möglicherweise langwierigen Prozesses schließt der Eigentümer daraufhin mit der Gemeinde einen entsprechenden notariellen Kaufvertrag ab.

Abb.: Bestehende Baurechte 1 a



Fall 2: Überplanung gegen unentgeltliche Abtretung einer Teilfläche

E ist Eigentümer des im Außenbereich gelegenen Grundstücks Flst.Nr. 2177. Das Grundstück grenzt unmittelbar an ein bereits bestehendes Wohngebiet an und ist über die Waldstraße bereits vollständig erschlossen. E hat auf dem Grundstück bisher eine Gärtnerei betrieben, möchte diese aber jetzt aufgeben und das Grundstück einer wirtschaftlich optimalen Verwertung zuführen. Die Gemeinde (hier: der Bürgermeister) macht die Überplanung der Fläche davon abhängig, daß E bereit ist, ihr vorher von dem Grundstück eine Teilfläche von 30 % ohne öffentliche Zweckbindung für etwaige Gemeinbedarfsflächen kostenlos zu übertragen. Die Gemeinde möchte diese Fläche nach Überplanung als Bauplätze für junge Familien verkaufen. Notgedrungen schließt E mit der Gemeinde eine entsprechende notarielle Vereinbarung ab.

Alternative 1: Die Gemeinde macht die Überplanung der Fläche davon abhängig, daß E bereit ist, ihr vorher von dem Grundstück eine Teilfläche von 30 % zu einem ermäßigten „Sozialflächenpreis“ zu verkaufen, der 30 % unterhalb des Verkehrswerts (Bauerwartungsland) liegt.

Alternative 2: Die Gärtnerei ist überschuldet. E ist deshalb ohne Überplanung des Grundstücks bzw. der ihm hiervon verbleibenden Restfläche unmittelbar in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet. Der Gemeinde ist die Notlage des E bekannt.

Alternative 3: Aufgrund eines Grundsatzbeschlusses macht die Gemeinde die Aufstellung von Bebauungsplänen seit mehreren Jahren ausnahmslos davon abhängig, daß alle Eigentümer der zu überplanenden Grundstücke bereit sind, ihr hiervon jeweils eine Teilfläche in Höhe von 30 % kostenlos zu übereignen. Diesen Grundsatzbeschuß wendet sie auch bei E an, der - wie bei Alternative 2 - ohne Überplanung des Grundstücks bzw. der von ihm hiervon verbleibenden Teilfläche in wirtschaftliche Existenznot geriete.

Fall 3: Überplanung gegen Flächenbeitrag „wie bei einer Umlegung“

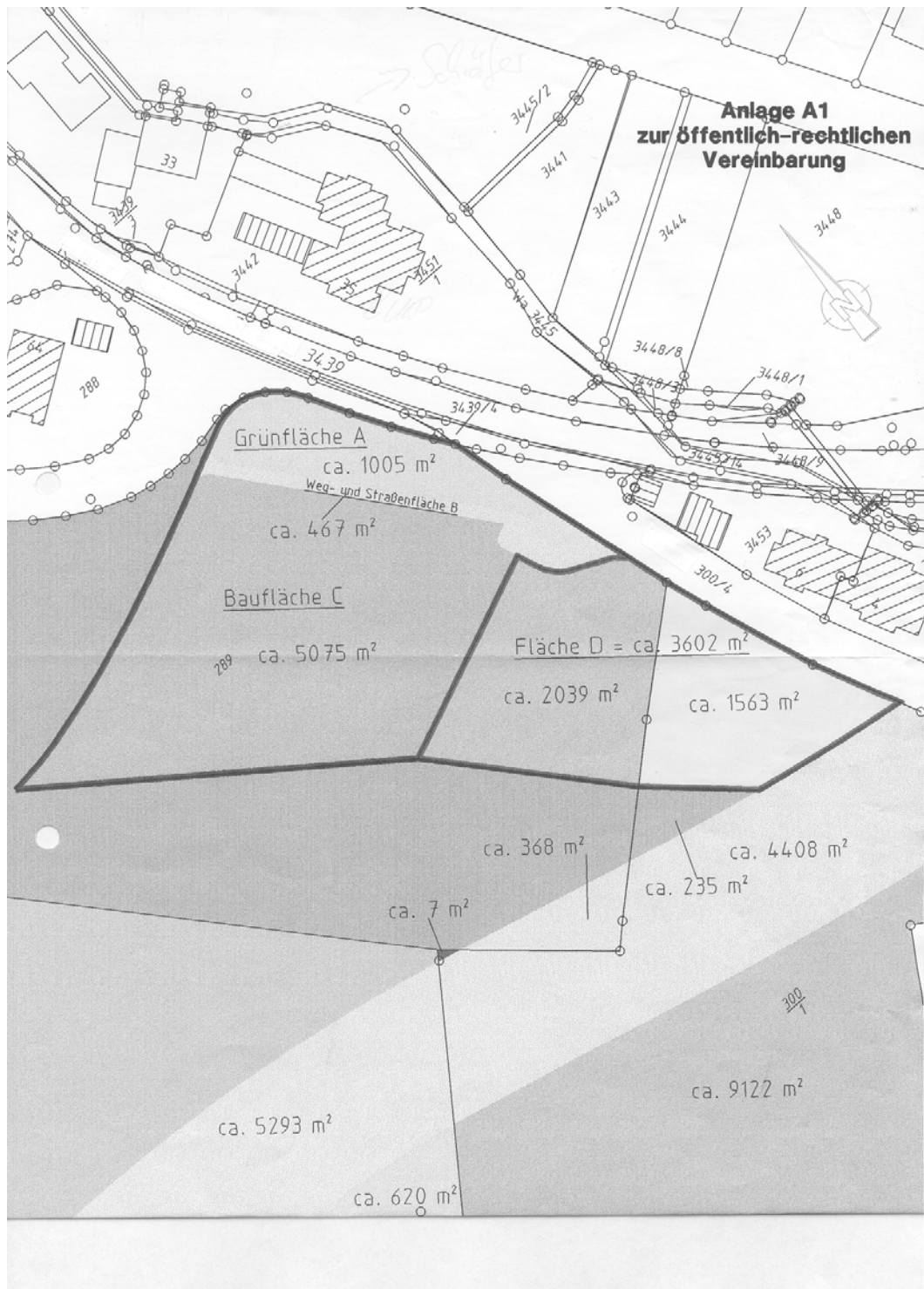
E ist Eigentümer sämtlicher Grundstücke in einem ca. 7 ha großen Plangebiet. Die Gemeinde macht die Überplanung der Flächen von folgenden Flächenabtretungen „entsprechend einer freiwilligen Umlegung“ abhängig:

- Flächenbeitrag Teilflächen A, B und C:
 1. Von den Teilflächen A, B und C tritt der Eigentümer 30 % unentgeltlich an die Gemeinde ab. Diesen Anspruch erfüllt der Eigentümer teilweise durch die Übertragung der öffentlichen Zwecken dienenden Teilflächen A (Grünfläche) und B (Wege- und Straßenfläche). Die Verpflichtung zur Übertragung der Differenzfläche von ca. ... m² (Differenz zwischen dem Flächenanspruch der Gemeinde und der tatsächlich abgetretenen Fläche) erfüllt der Eigentümer durch eine finanzielle Ausgleichsleistung in Höhe von x €/m².
 2. Gemäß den Umlegungsgrundsätzen der Gemeinde verpflichtet sich der Eigentümer ferner zur Übertragung von 10 % der Teilflächen A, B und C auf die Gemeinde zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus. Diesen Anspruch erfüllt der Eigentümer nicht durch Übertragung in natura, sondern durch Zahlung eines Ablösebetrages.
- Flächenbeitrag Teilfläche D:
 1. Von der Teilfläche D tritt der Eigentümer nach den Umlegungsgrundsätzen der Gemeinde 30 % unentgeltlich an die Gemeinde ab. Die Gemeinde kann wählen, ob dieser Flächenbeitrag in Geld, oder in Fläche, oder teilweise in Geld und teilweise in Fläche ausgeglichen wird. Entscheidet sich die Gemeinde für eine Abtretung von Fläche, wird die konkret zu übertragende Fläche im Einvernehmen mit dem Eigentümer festgelegt. Entscheidet sich die Gemeinde für Geld, liegt der Ausgleichsbetrag pro m² bei x €. Ab dem Jahr 2000 entstehen ferner Zinsen in Höhe von 2,5 %, die zusätz-

lich zum Ablösebetrag gezahlt werden müssen.

2. Der Eigentümer verpflichtet sich, nach den Umlegungsgrundsätzen der Gemeinde ferner zur Übertragung von 10 % der Teilfläche D an die Gemeinde zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus. Den Anspruch erfüllt der Eigentümer durch eine Zahlung in Höhe von $\frac{1}{3}$ des Ablösebetrages.“

Abb.: Flächenbeitrag



Fall 4: Überplanung gegen pauschalen Folgekostenbetrag

V ist Eigentümer der gesamten Flächen eines geplanten Wohnbaugebiets in der Gemeinde G. Die Gemeinde (hier: der Bürgermeister) macht die Überplanung der Flächen u.a. davon abhängig, daß V sich vertraglich verpflichtet, der Gemeinde „als Ausgleich für die mit der Planung verbundenen Folgekosten“ einen pauschalen Ablösebetrag in Höhe von 40,00 €/m² Nettobaulandfläche zu leisten. Eine Kalkulation für die durch das Baugebiet entstehenden oder entstandenen Folgekosten existiert nicht. Tatsächlich liegen die dem Vorhaben rechtlich zuzuordnenden Folgekosten unter 10,00 €/m² Nettobaulandfläche. V ist sich zwar darüber im klaren, daß die Gemeinde beabsichtigt, mit dem Folgekostenbetrag „bestehende Haushaltslöcher zu stopfen“. Dennoch möchte er auf die Bedingungen der Gemeinde eingehen, da sich für ihn dieses Geschäft auch so noch „lohnt“ und er die Baulandausweisung als „Geschäft seines Lebens“ auf keinen Fall gefährden will.

Alternative 1: V unterzeichnet zwar den städtebaulichen Vertrag, ist aber insgeheim fest entschlossen, den erst nach Inkrafttreten des Bebauungsplans fällig werdenden Folgekostenbetrag nicht zu bezahlen.

Alternative 2: V hat mit dem Bürgermeister und der Verwaltung der Gemeinde den Entwurf eines städtebaulichen Vertrages ausgehandelt, nach dem V nur die dem Vorhaben rechtlich zuzuordnenden Folgekosten in Höhe von 10,00 €/m² Nettobaulandfläche zu tragen hat. Der Gemeinderat verweigert dem Vertragsabschluß seine Zustimmung und fordert statt dessen einstimmig einen pauschalen Ablösebetrag in Höhe von 40,00 €/m² Nettobaulandfläche. Der Bürgermeister hält den Beschluß zwar für rechtswidrig, verzichtet aber auf die Geltendmachung seines Widerspruchsrechts und schließt den städtebaulichen Vertrag mit V wie vom Gemeinderat gewünscht ab.

Fall 5: Forderung der Gemeinde nach Übernahme ihres Anteils an Sanierungsförderungsmitteln

V möchte sein privates Gebäude unter Gewährung von 50 % Sanierungsförderungsmitteln instandsetzen und modernisieren. Von den Sanierungsförderungsmitteln haben Bund, Land und Gemeinde jeweils 1/3 zu tragen. Angesichts ihrer leeren Haushaltskassen fordert die Gemeinde von V, ihren Anteil an Sanierungsförderungsmitteln zu übernehmen. Der Bürgermeister erklärt V, anderenfalls erhalte er keinerlei Fördermittel. V fühlt sich von der Gemeinde genötigt, stimmt er aber zähneknirschend zu. Die Staatsanwaltschaft ist der Auffassung, der Bürgermeister habe sich eine Erpressung gem. § 253 StGB schuldig gemacht. Das für die Gewährung der Fördermittel des Landes zuständige Ministerium bittet um Prüfung, ob die Ansicht der Staatsanwaltschaft zutrifft.

Fall 6: Nichtverbuchung einer „Spende“ des Vorhabenträgers als sanierungsbedingte Einnahme

Die Gemeinde hat in einem förmlich festgelegten Sanierungsgebiet ein „Schlüsselgrundstück“ unter Einsatz von Sanierungsfördermitteln erworben. Zur Weiterveräußerung dieses Grundstücks hat die Gemeinde ein Erwerberauswahlverfahren durchgeführt. In dem informellen Verfahren sollte der Bewerber den Zuschlag erhalten, der über die Zahlung des für das Grundstück anfallenden Ausgleichsbetrages nach § 154 BauGB hinaus bereit war, an die Gemeinde die höchste „Spende“ zu leisten. Die höchste „Spende“ wurde von der Gemeinde tatsächlich als Auswahlkriterium angewandt. Die von dem Erwerber eingegangene „Spende“ hat der Bürgermeister nicht als sanierungsbedingte Einnahme verbucht. Dies hatte zur Folge, daß diese Einnahme nicht dem „Sanierungstopf“ zugeflossen ist, sondern unmittelbar der Gemeindekasse. Gegen die Vorgehensweise der Gemeinde hat ein im Rahmen des Erwerberauswahlverfahrens zurückgewiesener Investor anonyme Anzeige erstattet. Der Bürgermeister der Gemeinde hat wegen Betruges und Subventionsbetruges einen Strafbefehl erhalten. Er ist der Auffassung, daß es sich bei der „Spende“ des Erwerbers um eine „Spende Dritter“ im Sinne der einschlägigen Verwaltungsvorschrift städtebauliche Erneuerung handelt, die nicht als sanierungsbedingte Einnahme anzusehen ist.

2. Erpressung gem. § 253 StGB

a) Drohung mit einem Unterlassen

aa) Die Entwicklung der Rechtsprechung

Das **Risiko** von Gemeindebediensteten, **sich beim Abschluß eines städtebaulichen Vertrages einer Erpressung gem. § 253 Abs. 1 StGB schuldig zu machen**, ist **in der Regel gering**. Es besteht auch bei rechtswidrigen Forderungen der Gemeinde nur in Ausnahmefällen, insbesondere dann, wenn der Eigentümer bzw. Vorhabenträger ohne den Abschluß des städtebaulichen Vertrages und die davon abhängig gemachte Baulandausweisung unmittelbar in wirtschaftliche Existenznot geriete.

Vgl. *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 11 Rdnr. 4 b; weiter aber *Grziwotz*, BauR 2001, S. 1530, 1531 f.; noch deutlich weiter ders. BauR 2000, S. 1437, 1439.

Die Drohung der Gemeinde, bei Nichtzustandekommen des städtebaulichen Vertrages keinen Bebauungsplan aufzustellen, ist grundsätzlich nicht als Drohung mit einem empfindlichen Übel i.S.v. § 253 Abs. 1 StGB anzusehen. Die Tathandlung kann zwar auch in einer Drohung mit einem Unterlassen (hier: der Nichtaufstellung eines Bebauungsplans) bestehen.

Vgl. nur *Fischer*, in: *Tröndle/Fischer*, StGB, 51. Aufl. 2003, § 253 Rdnr. 6.

Einer Strafbarkeit steht auch nicht entgegen, daß nach § 2 Abs. 3 BauGB auf die Aufstellung eines Bauleitplans kein Anspruch besteht und ein solcher Anspruch auch nicht durch Vertrag begründet werden kann.

Dies entspricht auch der herrschenden Meinung in der Literatur, vgl. nur *Fischer*, in: *Tröndle/Fischer*, StGB, 51. Aufl. 2003, § 253 Rdnr. 6 a und b; anderer Auffassung *Horn*, NStZ 1983, S. 497; *Frohn*, StV 1983, S. 365; *Timpe*, Die Nötigung, 1989, S. 160 f.

Entgegen der früheren Rechtsprechung

vgl. OLG Hamburg, U. v. 02.04.1980 - 1 Ss 12/80 -, NJW 1980, S. 2592; BGH, U. v. 31.03.1982 - 2 StR 2/82 -, NStZ 1982, S. 287

hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs entschieden, daß die Drohung mit einem empfindlichen Übel i.S.d. §§ 240, 253 StGB auch in der Ankündigung liegen kann, ein rechtlich nicht gebotenes Handeln zu unterlassen.

Vgl. BGH, B. v. 13.01.1983 - 1 StR 737/81 -, BGHSt 31, S. 195: Nötigung einer Ladendiebin zu sexuellen Handlungen mit der Drohung, die - rechtmäßige - Weiterleitung der Strafanzeige nicht zu verhindern; vgl. auch BGH, U. v. 25.02.1993 - 1 StR 652/92 -, NJW 1993, S. 1807: Nötigung zu sexuellen Handlungen mit der Drohung des künftigen Arbeitgebers, seine Einstellungszusage nicht einzuhalten.

Maßgeblich hierfür ist nach BGHSt 31, S. 195,

- ob ein Nachteil von solcher Erheblichkeit angedroht wird, daß von dem Bedrohten in seiner Lage nicht erwartet werden kann, er werde der Drohung in „besonnener Selbstbehauptung“ standhalten,
- ob der Täter tatsächlich oder nach den Befürchtungen des Bedrohten die Herbeiführung oder die Verhinderung des angekündigten Nachteils bewirken kann und
- ob die Verquickung von Mittel und Zweck verwerflich ist. Dabei sind die Unterlassungsfälle auszuschneiden, in denen nur der Handlungsspielraum des Bedrohten erweitert, die Autonomie seiner Entschlüsse jedoch nicht in strafwürdiger Weise angetastet wird.

Vgl. BGH, B. v. 13.01.1983 - 1 StR 737/81 -, BGHSt 31, S. 195, 201; vgl. hierzu u.a. *Roxin*, JR 1983, S. 333, 335: wenn vom Bedrohten erwartet

werden kann, „daß er der Drohung in besonnener Selbstbehauptung standhält“ ist es weder nötig noch möglich, diesen Umstand im Rahmen der Verwerflichkeit erneut zu prüfen.

Diese weite Formel ist jedoch nicht nur in der Literatur auf Kritik gestoßen.

Vgl. zur Einschränkung der Formel in BGHSt 31, S. 195 im Tatbestand *Schroeder*, JZ 1983, S. 284; *Pelke*, Die strafrechtliche Bedeutung der Merkmale „Übel“ und „Vorteil“, 1990, S. 76 ff.; *Klein*, Zum Nötigungstatbestand - Strafbarkeit der Drohung mit einem Unterlassen 1988, S. 136 ff.; *Zopfs*, JA 1998, S. 813, 818 f.; *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 253 Rdnr. 5 und § 240 Rdnr. 20, wobei die Verwerflichkeit nach *Eser* Tatbestandsmerkmal ist, § 240 Rdnr. 16; *Fischer*, in: *Tröndle/Fischer*, StGB, 51. Aufl. 2003, § 253 Rdnr. 6 a und b; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 240 Rdnr. 14; zur Eingrenzung auf der Ebene der Verwerflichkeitsprüfung vgl. *Roxin*, JR 1983, S. 333; *Volk*, JR 1981, S. 274; *Herdegen*, in: Leipziger Kommentar, Stand: 1994, § 253 Rdnr. 4.

Auch der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat eine tatbestandliche Einschränkung der Fälle einer Drohung mit einem Unterlassen vorgenommen. Zwar hat er dies in seinem Beschluß vom 22.04.1998 noch ausdrücklich offengelassen.

Vgl. BGH, U. v. 11.11.1998 - 5 StR 325/98 -, BGHSt 44, S. 251, 255.

Dieser Beschluß behandelt die Strafbarkeit eines angestellten Rechtsanwalts in der Kanzlei des Rechtsanwalts Vogel in Ost-Berlin, der seine Vermittlertätigkeit bei der Hilfe zur Ausreise von DDR-Bürgern in die Bundesrepublik von der Übertragung ihrer Grundstücke an ihn selbst abhängig machte. Darin hat der BGH die Kritik der Literatur an der weiten Formel von BGHSt 31, S. 195 in folgenden wesentlichen Punkten für nicht „fernliegend“ erklärt:

- Macht jemand die Vornahme einer Handlung, zu der er nicht verpflichtet ist, von einer unangemessenen Gegenleistung des hierdurch Begünstigten abhängig, so kann er dafür zwar unter weiteren Voraussetzungen z.B. wegen Wuchers oder Bestechlichkeit strafbar sein, nicht jedoch wegen Nötigung oder Erpressung.
- Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der ohnehin sehr offenen Strafvorschriften über die Nötigung und die Erpressung in BGHSt 31, S. 195 geht zu weit.

- Die Ankündigung des Unterlassens einer nicht gebotenen Handlung kann nur dann als Drohung mit einem empfindlichen Übel angesehen werden, wenn mit Vornahme der Handlung ein dem Adressaten sonst bevorstehendes Übel abgewendet würde („Eingriffs-Unterlassungsdrohung“). Fälle, in denen der Adressat die Wahl hat, sich eine erhoffte Veränderung der Situation zu „erkaufen“ oder es beim status quo zu belassen, sind dann nicht strafbar.

Vgl. BGH, B. v. 22.04.1998 - 5 Str 5/98 -, BGHSt 44, S. 68, 74 f; vgl. auch *Schroeder*, JZ 1983, S. 284, 286; *Roxin*, JR 1983, S. 333, 334 ff.; *Herdegen*, in: Leipziger Kommentar, Stand: 1994, § 253 Rdnr. 4.

Allerdings könne sich diese einschränkende Interpretation für einzelne Fallkonstellationen doch als zu restriktiv erweisen. Zu bedenken seien u.a. Fälle, in denen dem Adressaten eine Gegenleistung abverlangt werde, die für ihn eine besonders schwere Zumutung darstelle.

Vgl. BGH, B. v. 22.04.1998 - 5 StR 5/98 -, BGHSt 44, S. 68, 76.

In einem späteren Urteil hat der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs jedoch eine tatbestandliche Einschränkung der Drohung mit einem Unterlassen ausdrücklich anerkannt. In diesem Urteil hat der BGH entschieden, die Drohung mit dem Abbruch bestehender Geschäftsbeziehungen zur Erlangung von Schmiergeldzahlungen unterfalle dann § 253 Abs. 1 StGB, wenn der Adressat der Drohung ohne den Geschäftsabschluß in existentielle wirtschaftliche Not geriete und diese Notlage zur Durchsetzung der Schmiergeldforderung ausgenutzt wird.

Vgl. BGH, U. v. 11.11.1998 - 5 StR 325/98 -, BGHSt 44, S. 251, 252.

Dagegen liegt keine Erpressung vor, wenn mit dem Nichtabschluß von Geschäften gedroht wird, auf welche der andere nicht existentiell angewiesen ist. Dies stellt lediglich die Gewährung einer Chance dar, sich wirtschaftliche Verbesserungen zu „erkaufen“. Eine solche Drohung ist als Nötigung oder Erpressung auch dann nicht strafbar, wenn damit eine unangemessene Gegenleistung verbunden wird.

bb) Falllösungen

In den Fällen 2, 3 und 4 fehlt es danach jeweils an einer Drohung mit einem empfindlichen Übel i.S.v. § 253 Abs. 1 StGB. Zwar kann die Forderung von unangemessenen Gegenleistungen nach der Rechtsprechung des BGH als Drohung mit der Nichtaufstellung eines Bebauungsplans angesehen werden.

Kritisch hierzu *Schroeder*, JZ 1983, S. 284, 286.

Auch schließt § 2 Abs. 3 BauGB nach dem BGH die tatbestandliche Drohung mit einem empfindlichen Übel nicht aus, da dieses auch in der Ankündigung liegen kann, ein rechtlich nicht gebotenes Handeln zu unterlassen. Die Grundstückseigentümer gerieten als Adressat der Drohung jedoch ohne den Geschäftsabschluß und die davon abhängig gemachte Baulandausweisung nicht in existentielle wirtschaftliche Not. Vielmehr liegt in den von der Gemeinde angebotenen Vertragsbedingungen lediglich die Gewährung einer Chance, sich eine wirtschaftliche Verbesserung zu „erkaufen“. Dies ist als Nötigung oder Erpressung auch dann nicht strafbar, wenn damit jeweils eine unangemessene Gegenleistung verbunden wird.

Vgl. BGH, U. v. 11.11.1998 - 5 StR 325/98 -, BGHSt 44, S. 251, 255.

Nach der Formel des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs scheidet in den Fällen 2, 3 und 4 eine Drohung mit einem empfindlichen Übel ebenfalls aus, da im Geschäftsverkehr vom Geschäftspartner üblicherweise „besonnenes Standhalten“ verlangt werden kann, wenn nicht besondere Umstände hinzutreten. Die Anforderungen an einen solchen Ausnahmefall erfüllen in der Regel aber nur existenzbedrohende Situationen, nicht dagegen Unerfahrenheit, Mangel an Urteilsvermögen oder Willensschwäche.

Vgl. *Klein*, Zum Nötigungstatbestand - Strafbarkeit der Drohung mit einem Unterlassen, 1988, S. 154.

Dem steht auch nicht entgegen, daß es sich bei dem städtebaulichen Vertrag um einen subordinationsrechtlichen Vertrag handelt.

Es spricht aber einiges dafür, daß in der Alternative 2 zu Fall 2 eine Drohung mit einem empfindlichen Übel gegeben ist, da E ohne Überplanung des Grundstücks bzw. der ihm hiervon verbleibenden Restfläche in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet wäre und diese Notlage zur Durchsetzung des Verlangens nach kostenloser Abtretung eine Teilfläche ausgenutzt wird. Den Gesichtspunkt der Existenzgefährdung hat der BGH allerdings bislang nur in Fällen dauerhaft gewachsener Geschäftsbeziehungen angewandt. Ob er auch für die Drohung mit der Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen herangezogen werden kann, ist bislang noch nicht entschieden.

Vgl. BGH, U. v. 11.11.1998 - 5 StR 325/98 -, BGHSt 44, S. 251, 252; vgl. auch *Schroeder*, JZ 1983, S. 284, 287, der als Fälle des Drohens mit dem Unterlassen einer rechtlich nicht gebotenen Handlung nur die Drohung mit Abbruch eines bisher geübten Verhaltens oder unvorhersehbare Forderungen von Zusatzleistungen anerkennt.

Auch bei einer zu erwartenden Existenzgefährdung scheidet eine Drohung mit einem empfindlichen Übel aber von vornherein aus, wenn die Gemeinde die Ü-

berplanung des Grundstücks von dem Abschluß eines städtebaulichen Vertrages mit einem rechtlich zulässigen Inhalt abhängig macht.

In der Alternative 3 zu Fall 2 wird die Drohung, ohne kostenlose Abtretung einer Teilfläche einen Bebauungsplan aufzustellen, aufgrund des seit mehreren Jahren ausnahmslos angewandten Grundsatzbeschlusses und damit unabhängig von der individuellen wirtschaftlichen Situation des E ausgesprochen. In diesem Fall fehlt es an einem Sachzusammenhang zwischen wirtschaftlicher Notlage des einzelnen Eigentümers und dem Handeln der Gemeinde. Die Schwelle zum strafbaren Drohen dürfte deshalb in dieser Fallkonstellation nicht überschritten sein.

Im Unterschied zu den Fällen 2 bis 4 droht die Gemeinde im Fall 1 mit dem Unterlassen einer rechtlich gebotenen Handlung. Nach §§ 36 Abs. 2, 34 BauGB hat der Eigentümer einen Anspruch auf Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens. Zugleich bestimmt § 11 Abs. 2 S. 2 BauGB als Ausformung des Kopplungsverbot, daß eine Vereinbarung einer vom Vertragspartner zu erbringenden Leistung unzulässig ist, wenn er auch ohne sie einen Anspruch auf die Gegenleistung hätte. Gleichwohl stellt die Drohung mit der Versagung des gemeindlichen Einvernehmens keine Drohung mit einem empfindlichen Übel dar, da der Eigentümer die Möglichkeit hat, seinen bestehenden Anspruch durch eine Verpflichtungsklage auf Erteilung der Baugenehmigung vor dem Verwaltungsgericht durchzusetzen, ohne daß er hierdurch in wirtschaftliche Existenznot geriete. Daher kann von ihm erwartet werden, der Drohung in „besonnener Selbstbehauptung“ standzuhalten.

Vgl. *Klein*, Zum Nötigungstatbestand - Strafbarkeit der Drohung mit einem Unterlassen, 1988, S. 165.

Bei dem Abschluß eines städtebaulichen Vertrages scheidet eine Drohung mit einem empfindlichen Übel damit auch bei Forderung einer rechtswidrigen Gegenleistung in der Regel aus.

Auch im Fall 5 fehlt es an einer Drohung mit einem empfindlichen Übel i.S.v. § 253 Abs. 1 StGB. Zwar kann die Forderung der Übernahme des gemeindlichen Anteils an den Sanierungsfördermitteln nach der Rechtsprechung des BGH als Drohung mit der Nichtgewährung von Sanierungsfördermitteln insgesamt angesehen werden. Der Grundstückseigentümer geriete als Adressat der Drohung jedoch ohne die Gewährung von Fördermitteln nicht in existentielle wirtschaftliche Not. Die von der Gemeinde geforderte Übernahme ihres Eigenanteils als Voraussetzung dafür, daß Fördermittel überhaupt gewährt werden, bietet lediglich die Chance, sich per Saldo eine wirtschaftliche Verbesserung zu „erkaufen“. Wie bereits dargelegt ist dies als Nötigung oder Erpressung auch dann nicht strafbar, wenn damit eine unangemessene Gegenleistung verbunden wird.

Vgl. BGH, U. v. 11.11.1998 - 5 StR 325/98 -, BGHSt 44, S. 251, 255.

Die Forderung der Gemeinde, ihren Anteil an Sanierungsförderungsmitteln zu übernehmen, stellt im übrigen auch keine unangemessene Gegenleistung dar. Sofern in den einschlägigen Subventionsvorschriften nicht ausnahmsweise etwas anderes geregelt ist, ist die Gemeinde nicht verpflichtet, ihren Eigenanteil auch aus Eigenmitteln zu finanzieren.

b) Weitere Voraussetzungen des objektiven Tatbestandes

Ist eine solche Drohung ausnahmsweise zu bejahen, setzt der objektive Tatbestand einer Erpressung weiter einen Nötigungserfolg voraus, durch den beim Bedrohten ein Vermögensnachteil eintritt. Ein Vermögensnachteil ist gegeben, wenn die Vermögenslage des Betroffenen nach der Tat ungünstiger ist als vorher. Dagegen braucht es nicht zu einer Bereicherung des Drohenden zu kommen.

Vgl. *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 253 Rdnr. 9.

Der Begriff des Vermögensnachteils ist mit dem beim Betrug identisch.

Vgl. BGH, U. v. 09.07.1987 - 4 StR 216/87 -, BGHSt 34, S. 394, 395.

Ein Vermögensnachteil beim Bedrohten tritt deshalb in der Regel nicht erst bei Zahlung bzw. Grundstücksübertragung durch den Vertragspartner ein, sondern wie beim Eingungsbetrug bereits durch Abschluß eines unrechtmäßigen städtebaulichen Vertrages, der zu Leistungen an die Gemeinde verpflichtet.

Vgl. nur BGH, B. v. 18.07.1961 - 1 StR 606/60 -, BGHSt 16, S. 220, 221; *Grziwotz*, BauR 2000, S. 1437, 1439.

Dem steht nicht entgegen, daß ein Anspruch aus einem nichtigen städtebaulichen Vertrag nicht durchsetzbar ist oder dem Betroffenen aus ungerechtfertigter Bereicherung ein Erstattungsanspruch zusteht.

Vgl. *Cramer*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 263 Rdnr. 199, 120; *Grziwotz*, BauR 2001, S. 1530, 1532.

Ist der Eigentümer dagegen von vornherein insgeheim fest entschlossen, die Leistung nicht zu erbringen, dürfte lediglich ein Versuch gem. § 253 Abs. 3 StGB vorliegen.

c) Subjektiver Tatbestand

Für den subjektiven Tatbestand muß der handelnde Gemeindebeamte die Bereicherung der Gemeinde erstrebt haben, ohne daß diese sein ausschließliches Ziel zu sein braucht.

Vgl. nur BGH, B. v. 23.02.1961 - 4 StR 7/61 -, BGHSt 16, S. 1; *Grziwotz*, BauR 2000, S. 1437, 1439.

Erfasst werden danach auch Fälle, in denen ein Amtsträger *uneigennützig* handelt, um z.B. das Schwimmbad oder das Museum der Stadt für die Bevölkerung durch die Einnahmen aus dem städtebaulichen Vertrag zu erhalten.

Bei der Erpressung ist die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils ein normatives Tatbestandsmerkmal, auf das sich der - zumindest bedingte - Vorsatz des Täters erstrecken muß. Stellt er sich für die erstrebte Bereicherung eine Anspruchsgrundlage vor, die in Wirklichkeit nicht besteht, so handelt er in einem Tatbestandsirrtum i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Dies setzt den Glauben des handelnden Gemeindebediensteten voraus, daß der städtebauliche Vertrag mit dem vorgesehenen Inhalt rechtmäßig abgeschlossen werden kann und sich hieraus ein Anspruch der Gemeinde auf die Leistung des Eigentümers ergibt. Erforderlich hierfür ist, daß er eine klare Vorstellung über Grund und Höhe des angeblichen Anspruchs hat.

Vgl. BGH, U. v. 16.12.1997 - 1 StR 456/97 -, NSTZ-RR 1999, S. 6.

Dies wird nicht häufig der Fall sein, zumal es nicht ausreichend ist, wenn er lediglich vage Vorstellungen über Grund und Höhe des Anspruchs besitzt.

Vgl. BGH, B. v. 17.06.1999 - 4 StR 12/99 -, StV 2000, S. 79, 80.

Die Rechtslage beim städtebaulichen Vertrag ist allerdings nicht generell so eindeutig, daß ein Irrtum pauschal auszuschließen ist.

So aber *Grziwotz*, BauR 2000, S. 1437, 1440.

d) Verwerflichkeitsprüfung

Nach der Rechtsprechung handelt es sich bei der Verwerflichkeitsprüfung gem. § 253 Abs. 2 StGB um ein Merkmal der Rechtswidrigkeit.

Vgl. BGH, B. v. 18.03.1952 - GSSt 2/51 -, BGHSt 2, S. 194, 196; anders *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 253 Rdnr. 11, der die Einschränkung des Drohens mit einem Unterlassen

unter Verwerflichkeitsgesichtspunkten bereits im Tatbestand prüft.

Die Rechtswidrigkeit einer Erpressung setzt deshalb voraus, daß die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. Die Grenze zur Strafwürdigkeit ist aber erst erreicht, wenn das Verhalten unter Würdigung aller Umstände der Zurechtweisung durch das Strafrecht bedarf.

Vgl. BGH, U. v. 11.05.1962 - 4 StR 81/62 -, BGH St 17, S. 328, 331 f.

Mit der Normierung des städtebaulichen Vertrages hat der Gesetzgeber eine Form konsensualen Verwaltungshandels gefördert, die im Interesse der Allgemeinheit und der privaten Investoren Handlungsmöglichkeiten jenseits des herkömmlichen Bauplanungsrechts ermöglicht. Um zu verhindern, daß die Rechtsfigur des städtebaulichen Vertrages zum Schaden aller rasch wieder an Bedeutung verliert, ist die Grenze zur Strafwürdigkeit sehr weit zu stecken.

Vgl. Löhr, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 11 Rdnr. 4 b.

Eine Strafbarkeit wegen Erpressung kommt beim Abschluß von städtebaulichen Verträgen damit in aller Regel nicht in Betracht.

e) Besonders schwerer Fall gem. § 253 Abs. 4 StGB

Besonders schwere Fälle einer Erpressung scheiden beim Abschluß von städtebaulichen Verträgen in der Regel aus. Grziwotz vertritt allerdings die Auffassung, daß gemeindliche Grundsatzbeschlüsse, die die Aufstellung eines Bebauungsplans von rechtswidrigen Gegenleistungen der Eigentümer abhängig machen, bei wiederholter Vorgehensweise dem gewerbs- bzw. bandenmäßigen Handeln so nahe kommen, daß ein unbenannter besonders schwerer Fall i.S.v. § 253 Abs. 4 StGB anzunehmen ist.

Vgl. *Grziwotz*, BauR 2000, S. 1437, 1439.

Diese Auffassung ist abzulehnen. Städtebauliche Grundsatzbeschlüsse als solche - ohne Bezug zum konkreten städtebaulichen Vertrag und einer Drohung - sind kein tauglicher Anknüpfungspunkt für eine Erpressung. Im übrigen werden Grundsatzbeschlüsse stets losgelöst von der individuellen wirtschaftlichen Situation der einzelnen Eigentümer angewandt, so daß deshalb schon eine „normale“ Erpressung ausscheidet.

3. Vorteilsannahme gem. § 331 StGB

a) Einbeziehung altruistischen Handelns

Seit der Novellierung des Strafgesetzbuchs durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.08.1997, durch das die Straftatbestände der §§ 331 ff. StGB erweitert worden sind, besteht für Gemeindebedienstete beim Abschluß rechtswidriger städtebaulicher Verträge ein nicht unerhebliches Risiko, sich wegen Vorteilsannahme gem. § 331 StGB strafbar zu machen. Nach der Neufassung ist nunmehr auch der Fall unter Strafe gestellt, daß der Amtsträger den Vorteil nicht eigennützig für sich, sondern altruistisch für einen Dritten erstrebt, bzw. der Vorteil einem Dritten angeboten oder zugänglich gemacht wird. Damit wird die Strafbarkeit von Zuwendungen klargestellt, bei denen dem Amtsträger kein mittelbar eigener Vorteil materieller oder immaterieller Art zugute kommt.

Vgl. BT-Drucks. 13/5584, S. 9; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 331 Rdnr. 6; *Cramer*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 331 Rdnr. 1 b.

b) Objektiver Tatbestand

aa) Amtsträger

Täter eines Amtsdelikts nach §§ 331 f. StGB kann nur ein **Amtsträger** sein. Der Bürgermeister ist als Wahlbeamter gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 a StGB Amtsträger. Gemeindebeamte, die nach beamtenrechtlichen Vorschriften in ein Beamtenverhältnis berufen worden sind, sind als Beamten i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB ohne weiteres Amtsträger. Auch Mitarbeiter einer privatrechtlich organisierten, kommunal beherrschten Entwicklungsgesellschaft kommen gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB als Amtsträger in Betracht. Nach der Rechtsprechung des BGH sind auch als juristische Personen des Privatrechts organisierte Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand als „sonstige Stellen“ den Behörden gleichzustellen, wenn sie bei ihrer Tätigkeit öffentliche Aufgaben wahrnehmen und dabei derart gemeindlicher Steuerung unterliegen, daß sie als „verlängerter Arm“ der Gemeinde erscheinen.

Vgl. BGH, U. v. 03.03.1999 - 2 StR 437/98 -, BGHSt 45, S. 16, 19; BGH, U. v. 15.03.2001 - 5 StR 454/00 -, BGHSt 46, S. 310, 312 f.

Ob auch Mitglieder von Gemeindevertretungen (Gemeinderäte, Stadträte) Amtsträger i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB sind, ist umstritten. Für die Bejahung der Amtsträgereigenschaft des Gemeinderats hat sich grundsätzlich das LG Krefeld ausgesprochen, das den Gemeinderat in erster Linie als Organ der Exekutive und weniger als Gesetzgeber sieht.

Vgl. LG Krefeld, B. v. 14.03.1994 - 21 Qs 22/94 -, NJW 1994, S. 2036, 2037; OLG Braunschweig, B. v. 10.06.1950 - Ws 75/50, MDR 1950, S. 629.

Dagegen ist nach wohl herrschender Meinung in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob sich die konkrete Tätigkeit mehr als Gesetzgebung oder mehr als Verwaltung darstellt.

Vgl. *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 11 Rdnr. 23; *Lackner*, in: *Lackner/Kühl*, 24. Aufl. 2001, § 11 Rdnr. 11; noch weiter einschränkend *Gribbohm*, in: *Leipziger Kommentar*, Stand: März 1997, § 11 Rdnr. 37, der Gemeinderäte oder Stadträte grundsätzlich nicht als Amtsträger ansieht, wenn sie nicht ausnahmsweise unmittelbar zu Verwaltungstätigkeiten bestellt werden.

Die Zustimmung des Gemeinderats zum Abschluß eines städtebaulichen Vertrages wird in der Regel mehr der Verwaltung als der Gesetzgebung zuzuordnen sein.

So im Ergebnis auch *Grziwotz*, BauR 2000, S. 1437, 1440.

Zwar steht der Abschluß eines städtebaulichen Vertrages sehr oft in engem sachlichen Zusammenhang mit der Aufstellung eines Bebauungsplans. Das ändert jedoch nichts daran, daß der Abschluß von Verträgen als konsensuales Verwaltungshandeln anzusehen ist, zumal dadurch die Handlungsmöglichkeiten gegenüber dem Festsetzungskatalog in § 9 BauGB erweitert werden. Macht der Gemeinderat - wie in Alt. 2 zu Fall 4 - die Aufstellung eines Bebauungsplans von der vertraglichen Übernahme bestimmter Pflichten abhängig, liegt der Schwerpunkt somit in der Verwaltungstätigkeit und nicht in der Gesetzgebung. Dies gilt auch, wenn der Gemeinderat seine Zustimmung zum Abschluß eines städtebaulichen Vertrages mit dem Hinweis auf einen entgegenstehenden bodenpolitischen Grundsatzbeschuß verweigert. Dieser beinhaltet zwar generelle Regelungen, ist aber keine kommunale Rechtsnorm (Satzung), sondern lediglich ein sogenannter schlichter Ratsbeschuß.

Vgl. *Schäfer/Lau/Specovius*, in: Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.), *Baulandbereitstellung, bodenpolitische Grundsatzbeschlüsse*, 2001, S. 19.

bb) Tathandlung

Als Tathandlung bei § 331 StGB muß der Amtsträger einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordern, sich versprechen lassen oder annehmen. **Vorteil** ist jede Leistung, auf die der Amtsträger keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirt-

schaftliche, rechtliche oder persönliche Lage objektiv verbessert. Dies können materielle oder u. U. auch immaterielle Vorteile sein.

Vgl. BGH, U. v. 10.03.1983 - 4 StR 3745/82 -, BGHSt 31, S. 264, 279; OLG Hamburg, B. v. 14.01.2000 - 2 Ws 243/99 -, StV 2001, S. 277, 278 f.

Geldleistungen oder die kostenlose bzw. verbilligte Abtretung von Grundstücksflächen begründen danach einen Vorteil, wenn kein Rechtsanspruch auf die Leistung besteht. Bei nichtigen oder teilnichtigen städtebaulichen Verträgen fehlt ein solcher Rechtsanspruch auf die Leistung wegen der Unwirksamkeit des Vertrages. Eine Vermögensminderung bei dem Vorteilsgeber braucht nicht einzutreten.

Vgl. BGH, U. v. 28.10.1986 - 5 StR 244/86 -, NJW 1987, S. 1340, 1341; *Fischer*, in: *Tröndle/Fischer*, StGB, 51. Aufl. 2003, § 331 Rdnr. 11 a.

Soweit nach der Definition des Vorteils Leistungen ausscheiden, auf die der Amtsträger einen Rechtsanspruch hat, besteht die Gefahr, daß die Bestechungstatbestände stets durch die Vereinbarung eines Vertragsverhältnisses zwischen Leistendem und Amtsträger ausgeschlossen werden. Nach der Rechtsprechung kann ein Vorteil deshalb bereits darin liegen, daß der Amtsträger, ohne einen Anspruch auf Vertragsabschluß zu haben, einen Vertrag abschließt, der Leistungen an den Amtsträger oder einen Dritten zur Folge hat, und zwar selbst dann, wenn diese nur das angemessene Entgelt für die von ihm selbst aufgrund des Vertrages geschuldeten Leistungen sind.

Vgl. BGH, U. v. 10.03.1983 -, 4 StR 3745/82 -, BGHSt 31, S. 264, 280: Honorar für Beratungsleistungen eines Vorstandsmitglieds einer Landesbank, die dieser aufgrund eines Beratervertrages im Rahmen einer möglicherweise erlaubten Nebentätigkeit erbracht hat; OLG Hamburg, B. v. 14.01.2000 - 2 Ws 243/99 -, StV 2001, S. 277, 279: Honorar einer Pharmafirma für die Durchführung von Fortbildungsveranstaltungen und Beratungsleistungen an einen Krankenhausarzt, der faktisch die Entscheidungsbefugnis über die Bestellung von Herzschrittmachern besaß.

Diese Rechtsprechung mag zwar im Zuge einer Baulandentwicklung und -erschließung in solchen Fällen Anwendung finden, in denen ein Bürgermeister von einem Vorhabenträger zum „Anfüttern“ bzw. zur „Klimapflege“ Honorare für die Durchführung von Vortragsveranstaltungen oder für Beratungsleistungen erhält. Beim Abschluß von städtebaulichen Verträgen scheidet dagegen die Annahme eines Vorteils von vornherein aus, soweit der Amtsträger die in § 11 BauGB normierten Grenzen einhält.

So im Ergebnis auch *Grziwotz*, BauR 2000, S. 1437, 1440, dessen Fallbeispiel einer Übernahme der verwaltungsinternen Kosten eine rechtswidrige Vertragsgestaltung betrifft.

Durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13.08.1997 ist der Tatbestand der Vorteilsannahme auf Fälle erweitert worden, in denen ein Gemeindebediensteter uneigennützig handelt und durch den Abschluß eines städtebaulichen Vertrages altruistisch ausschließlich einen Vorteil **für einen Dritten** (hier: der Gemeinde) erstrebt. Bei uneingeschränkter Anwendung des Vorteilsbegriffs in diesen Fällen würde jeder rechtswidrig abgeschlossene städtebauliche Vertrag einen strafrechtlich relevanten Drittverteil begründen, da wegen der vollständigen oder teilweisen Unwirksamkeit des Vertrages kein Anspruch auf die Leistung besteht. Dadurch würden viele Fallgestaltungen erfaßt, die nicht strafwürdig erscheinen.

Vgl. *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 331, Rdnr. 6 a.; *Cramer*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 331 Rdnr. 53 a.

Der Gesetzgeber hat mit der Einführung von § 11 BauGB das Ziel verfolgt, Handlungsmöglichkeiten jenseits des herkömmlichen Bauplanungsrechts zu eröffnen und den Abschluß städtebaulicher Verträge zu fördern. Mit diesem Ziel wäre es nicht vereinbar, wenn einem Gemeindebediensteten bereits dann strafrechtliche Konsequenzen drohten, wenn ein Gericht den Inhalt eines abgeschlossenen städtebaulichen Vertrages beanstandet hat.

Vgl. *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 11 Rdnr. 4 b.

Die unbeschränkte tatbestandliche Einbeziehung von Drittverteilen bedarf deshalb beim Abschluß von städtebaulichen Verträgen einer **teleologischen Reduktion**, damit der Zweck einer anderen Norm (hier: § 11 BauGB) erreicht werden kann.

Vgl. *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 331 Rdnr. 6 a; zur teleologischen Reduktion vgl. insbesondere *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 265 ff; *Dauster*, NSZ 1999, S. 63, 66 f.

Diesen Weg hat der BGH in den Fällen einer Einwerbung von Drittmitteln beschritten. In dem Urteil vom 23.05.2002 hat er für § 331 StGB a.F. eine teleologische Reduktion auf der Tatbestandsebene vorgenommen. Danach sind der Straftatbestand und die hochschulrechtlich verankerte Aufgabe der Drittmiteleinwerbung in einen Einklang zu bringen, der dem Gedanken der Rechtssicherheit und dem Schutzgut der Strafvorschrift (d.h. dem Vertrauen der Allgemeinheit in die „Nicht-Käuflichkeit“ von dienstlichen Handlungen und in die Sach-

lichkeit der Entscheidungen der Amtsträger, kurz: in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes) angemessen Rechnung trägt. Diese Reduktion verfolgt den Zweck, die hochschulrechtlich verankerte Dienstaufgabe von Hochschulmitgliedern zu gewährleisten, zur Förderung von Forschung und Lehre Drittmittel einzuwerben. Voraussetzung für eine solche Einschränkung des Tatbestands der Vorteilsannahme ist, daß es sich bei den einzuwerbenden Drittmitteln nicht nur der Sache nach um Fördermittel für Forschung und Lehre handelt, sondern daß diese auch dem im Drittmittelrecht vorgeschriebenen Verfahren unterworfen werden (Anzeige und Genehmigung).

Vgl. BGH, U. v. 23.05.2002 - 1 StR 372/01 -, NJW 2002, S. 2801, 2803 ff.; BGH, U. v. 23.10.2002 - 1 StR 541/01 -; vgl. hierzu *Michalke*, NJW 2002, S. 3381: verwaltungsakzessorische Auslegung des Strafrechts aus dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung.

In Anlehnung an die Fälle einer Einwerbung von Drittmitteln sind auch beim Abschluß städtebaulicher Verträge der Straftatbestand des § 331 StGB und die in § 11 BauGB verankerte Kompetenz zur Kooperation mit privaten Dritten in einen Einklang zu bringen, der dem Gedanken der Rechtssicherheit und dem Schutzgut der Strafvorschrift angemessen Rechnung trägt. Hierzu bietet sich in erster Linie eine Einschränkung der unbeschränkten tatbestandlichen Einbeziehung von Dritt Vorteilen an, auch wenn der BGH für § 331 StGB a.F. - ohne inhaltlichen Unterschied - mehr zu einer Einschränkung bei der Unrechtsvereinbarung tendiert.

Vgl. BGH, U. v. 23.05.2002 - 1 StR 372/01 -, NJW 2002, S. 2801, 2804; BGH, U. v. 23.10.2002 - 1 StR 541/01 -.

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß die Einhaltung der maßgeblichen Verfahrensvorschriften beim Abschluß städtebaulicher Verträge kein taugliches Eingrenzungskriterium ist. Die hochschulrechtlichen Vorschriften über die Einwerbung von Drittmitteln beruhen auf dem Gedanken der „Legitimation durch Verfahren“.

Vgl. dazu allgemein *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1978.

Solange die hochschulrechtlichen Verfahrensvorschriften eingehalten werden, ist es trotz der praktisch nicht von der Hand zu weisenden Gefahr „schattierter“ Näheverhältnisse in Form von Abhängigkeitsgemeinschaften rechtlich unerheblich, wie häufig und in welcher Höhe Industrieunternehmen Drittmittel gewähren.

Vgl. *Dauster*, NSTZ 1999, S. 63, 64.

Bei dem Abschluß städtebaulicher Verträge beruht das Vertrauen in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes dagegen nicht auf der Einhaltung von Verfahrensvorschriften. Entscheidend ist vielmehr, daß die materiellen Grenzen über die Zulässigkeit städtebaulicher Verträge beachtet werden, insbesondere über Art und Umfang der Gegenleistung des Vorhabenträgers bzw. die Höhe der vereinbarten Zuwendungen. In den Fällen des Abschlusses städtebaulicher Verträge bedarf es zur tatbestandlichen Eingrenzung strafrechtlich relevanter Dritt Vorteile deshalb eines Rückgriffs auf materielle Kriterien.

Rein formelle Verstöße sind in der Regel heilbar und beeinträchtigen das Vertrauen der Allgemeinheit in die „Nicht-Käuflichkeit“ von dienstlichen Handlungen und in die Sachlichkeit der Entscheidungen der Amtsträger kaum. Sie bleiben deshalb im Wege der teleologischen Reduktion unterhalb der Schwelle eines strafrechtlich relevanten Vorteils.

Für materiell rechtswidrige Regelungen ist eine tatbestandliche Einschränkung in den Fällen geboten, in denen eine Zuwendung vom wirtschaftlichen Ergebnis her bei anderer rechtstechnischer Einkleidung rechtlich zulässig ist. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn in einem Folgekostenvertrag zwar ein bestimmter Folgekostenbetrag vereinbart, aber nicht festgelegt wurde, welche konkreten Folgemaßnahmen in welcher Höhe finanziert werden sollen, obwohl eine Zuordnung zu bestimmten Folgemaßnahmen ohne weiteres hätte erfolgen können. Gleiches gilt, wenn anstelle einer rechtswidrigen Verpflichtung zur Übernahme verwaltungsinterner Kosten eine Vereinbarung zur Zahlung von Folgekosten in gleicher Höhe zulässig gewesen wäre. Insgesamt darf sich die Gemeinde danach keine - wie auch immer - unbegründbare Zuwendung versprechen lassen. Erforderlich ist jedenfalls eine nachvollziehbare, u. U. auch nachträgliche Einzelaufstellung.

In Fällen, in denen die Rechtswidrigkeit der gewählten Vertragskonstruktion bereits vor Vertragsabschluß höchstrichterlich festgestellt worden ist, wird jedoch das nach § 331 StGB geschützte Rechtsgut verletzt. Das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes ist gerade im Bereich der gemeindlichen Planungshoheit hinsichtlich einer unzulässigen teilweise Abschöpfung planbedingter Bodenwertsteigerungen losgelöst von konkreten Aufwendungen der Gemeinde in besonderer Weise schutzbedürftig.

Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit beim handelnden Gemeindebediensteten ist ein Vorteil jedoch grundsätzlich zu verneinen, wenn die Rechtswidrigkeit der gewählten Vertragskonstruktion erst nach Vertragsabschluß durch ein Gericht festgestellt wird. Jedenfalls ist in solchen Fällen der subjektive Tatbestand zu verneinen.

Ein Vorteil „für einen Dritten“ ist auch dann gegeben, wenn er ausschließlich der **Anstellungskörperschaft** (hier: der Gemeinde) zufließt. Zwar läßt die wörtliche Auslegung des Begriffs „für einen Dritten“ sowohl die Einbeziehung der Dienststelle als auch deren Ausklammerung zu.

Vgl. *Dauster*, NStZ 1999, S. 63, 65.

Auch hatte der Gesetzgeber des Korruptionsbekämpfungsgesetzes vom 13.08.1997 in erster Linie die Erfassung von Parteispenden im Auge. Mit der Gesetzesänderung sollten insbesondere Zuwendungen an Parteien, Vereine oder sonstige Gruppen einbezogen werden, denen der Amtsträger als Privatperson angehört oder nahe steht. An die Dienststelle des Amtsträgers als „Dritte“ hat der Gesetzgeber nicht gedacht.

Vgl. BT-Drucks. 13/3353, S. 11; BR-Drucks. 553/96, S. 35; *Dauster*, NStZ 1999, S. 63, 65; LG Bonn, B. v. 08.02.2001 - 27 B 13/00 -, MedR 2001, S. 260, 262.

Von dem Schutzzweck der Norm her gesehen macht es jedoch keinen Unterschied, ob Empfänger des Vermögenstransfers eine privatautonom agierende Personenvereinigung oder die Anstellungskörperschaft des Amtsträgers ist.

Vgl. OLG Köln, B. v. 21.09.2001 - 2 Ws 170/01 -, NStZ 2002, S. 35, 36; OLG Karlsruhe, B. v. 30.03.2000 - 2 Ws 181/99 -, NJW 2001, S. 907, 908; *Dauster*, NStZ 1999, S. 63, 66; Grziwotz, BauR 2001, S. 1530, 1533; anderer Auffassung LG Bonn, B. v. 08.02.2001 - 27 B 13/00 -, MedR 2001, S. 260, 262: staatsnützige Vorteile seien nicht geeignet, nach außen die Lauterkeit der Amtsführung und das Vertrauen der Bevölkerung darin zu beeinträchtigen.

Dementsprechend geht der BGH in seinen Urteilen vom 23.05.2002 und vom 23.10.2002 ohne weiteres davon aus, daß § 331 StGB auch Vorteile an die Anstellungskörperschaft des Amtsträgers erfaßt.

Vgl. BGH, U. v. 23.05.2002 - 1 StR 372/01 -, NJW 2002, S. 2801; BGH, U. v. 23.10.2002 - 1 StR 541/01 -.

cc) Unrechtsvereinbarung

Der Amtsträger muß den Vorteil ferner **für die Dienstausübung** fordern, sich versprechen lassen oder annehmen (**sog. Unrechtsvereinbarung**). Anders als nach bisherigem Recht ist nicht mehr erforderlich, daß eine bestimmte Diensthandlung als Äquivalent für die Vorteilsgewährung erbracht wird. Die erforderliche Unrechtsvereinbarung ist dahin aufgelockert worden, daß die Sicherung eines allgemeinen Wohlwollen des Amtsträgers ausreicht.

Vgl. *Fischer*, in: *Tröndle/Fischer*, StGB, 51. Aufl. 2003, § 331 Rdnr. 23; *Cramer*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 331 Rdnr. 7

f.; vgl. zu § 331 a.F. BGH, B. v. 26.10.1999 - 4 StR 393/99 -, NStZ 2000, S. 319 m.w.N.

Da nach der aktuellen Fassung des § 331 StGB eine bestimmte Diensthandlung als Gegenleistung für die Vorteilsgewährung entbehrlich ist, reicht für die Unrechtsvereinbarung, daß der Gemeindebedienstete im Zuge der Aufstellung eines Bebauungsplans tätig werden soll. Eine Verknüpfung zwischen Vorteil und Dienstaussübung kann schon dann gegeben sein, wenn die Festsetzungen des Bebauungsplans noch nicht im einzelnen konkretisiert worden sind.

Vgl. *Grziwotz*, BauR 2000, S. 1437, 1441.

Dabei ist es irrelevant, ob es tatsächlich je zu der Dienstaussübung kommt.

Vgl. *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 331 Rdnr. 11.

Die Unrechtsvereinbarung setzt auch kein Austauschverhältnis im engeren Sinne voraus.

Vgl. *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 331 Rdnr. 10.

Leistungen des Vorhabenträgers im Zuge der Aufstellung eines Bebauungsplans brauchen deshalb nicht in einem städtebaulichen Vertrag vereinbart zu werden. Ausreichend ist vielmehr, daß die Aufstellung eines Bebauungsplans von der Gewährung einer rechtswidrigen Spende abhängig gemacht wird, da auch hier die vom BGH geforderte ausdrückliche oder konkludente Unrechtsvereinbarung gegeben ist.

Vgl. BGH, B. v. 26.10.1999 - 4 StR 393/99 -, NStZ 2000, S. 319; vgl. auch OLG Hamm, B. v. 24.08.2001 - 2 Ss 1238/00 -, NStZ 2002, S. 38, 39: vertragsmäßige Willensübereinstimmung; zur Zulässigkeit von Spenden im Rahmen von städtebaulichen Verträgen vgl. BVerwG, B. v. 17.07.2001 - 4 B 24.01 -, BauR 2002, S. 57, 62.

c) Subjektiver Tatbestand und Rechtswidrigkeit

Für eine Vorteilsannahme nach § 331 StGB ist bedingter Vorsatz erforderlich. Hierzu muß der Amtsträger vor allem wissen, daß es sich um einen rechtlich nicht begründeten Vorteil handelt.

Vgl. *Cramer*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 331 Rdnr. 30; *Fischer*, in: *Tröndle/Fischer*, StGB, 51. Aufl. 2003, § 331 Rdnr. 31.

Ein entsprechender Irrtum des Amtsträger führt zum Tatbestandsausschluß gem. § 16 StGB.

Vgl. nur *Fischer*, in: *Tröndle/Fischer*, StGB, 51. Aufl. 2003, § 331 Rdnr. 31.

Ein solcher Tatbestandsirrtum liegt danach vor, wenn der Amtsträger meint, aus dem städtebaulichen Vertrag bestünde ein rechtlicher Anspruch auf die Leistung. Die Anforderungen an den Vorsatz dürften dabei allerdings ähnlich wie bei § 253 StGB nicht allzu hoch sein.

Der Rechtfertigungsgrund des § 331 Abs. 3 StGB spielt beim Abschluß rechtswidriger städtebaulicher Verträge in der Regel keine Rolle. Selbst wenn man den Gemeinderat als Behörde im Sinne dieser Vorschrift einstuft, so kann dieser die Annahme eines Vorteils aus einem rechtswidrigen städtebaulichen Vertrag nicht im Rahmen seiner Befugnisse genehmigen. Gleiches gilt für die zuständige Rechtsaufsichtsbehörde, sofern ein städtebaulicher Vertrag ausnahmsweise deren Genehmigung bedarf.

d) Falllösungen

In den Fällen 1 bis 4 macht sich der Bürgermeister als Amtsträger jeweils einer Vorteilsannahme schuldig. In jedem der genannten Fälle fordert er einen Vorteil für einen Dritten i.S.v. § 331 StGB, da auf die Leistung wegen der Unwirksamkeit der Verträge jeweils kein Rechtsanspruch besteht. Im Fall 1 ergibt sich die Rechtswidrigkeit des städtebaulichen Vertrages bereits unmittelbar aus § 11 Abs. 2 S. 2 BauGB, wonach die Vereinbarung einer vom Vertragspartner zu erbringenden Leistung unzulässig ist, wenn er auch ohne sie einen Anspruch auf die Gegenleistung hätte. Im vorliegenden Fall hat der Eigentümer nach §§ 34, 36 BauGB einen Anspruch auf Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens und der entsprechenden Baugenehmigung. Eine tatbestandliche Einschränkung des Vorteilsbegriffs scheidet hier aus, da das Bundesverwaltungsgericht bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 1980 klargestellt hat, daß die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens bei Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich nicht von dem Abschluß eines Vertrages abhängig gemacht werden darf, wenn der Antragsteller einen Anspruch auf die beantragte Baugenehmigung hat.

Vgl. BVerwG, B. v. 25.11.1980 - 4 B 140/80 -, NJW 1981, S. 1747.

Im Fall 2 ist die Verknüpfung zwischen Grundstückserwerb und Baulandausweitung zwar grundsätzlich zulässig, wenn der Grunderwerb den Zielen des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB dient. So hat der BGH ein unzulässiges Koppelungsgeschäft in einem Fall verneint, in dem ein Grundstückseigentümer einen Teil seines im Außenbereich liegenden Grundstücks für einen marktgerechten Preis (Bauerwartungsland) an die Gemeinde zur Beschaffung von Bauland im Rahmen

eines Einheimischenmodells verkauft hat und sie ihm dafür in Aussicht gestellt hat, sie werde das ganze Grundstück in den Bebauungsplan aufnehmen.

Vgl. BGH, U. v. 02.10.1998 - V ZR 45/98 -, NJW 1999, S. 208.

Zur Begründung der Rechtmäßigkeit dieses Kaufvertrages hat der BGH im wesentlichen darauf abgestellt, daß die Gegenleistung des Eigentümers (Verkauf einer Teilfläche) von der Gemeinde durch die Zahlung eines marktgerechten Kaufpreises bereits vollständig abgegolten war.

Vgl. BGH, U. v. 02.10.1998 - V ZR 45/98 -, NJW 1999, S. 208, 209.

Hier macht die Gemeinde die Überplanung der Restfläche jedoch davon abhängig, daß E ihr eine bestimmte Teilfläche ohne öffentliche Zweckbindung für etwaige Gemeinbedarfsflächen (z.B. für einen Kindergarten) kostenlos überträgt. Dies verstößt gegen § 138 BGB, da ein gemeindlicher Grunderwerb ohne Zahlung eines marktgerechten Kaufpreises sittenwidrig ist.

Vgl. OLG München, U. v. 12.04.1999 - 31 U 5443/98 -, NotBZ 1999, S. 177; *Busse*, DNotZ 1999, S. 400; *Grziwotz*, ZfIR 1998, S. 728.

Eine tatbestandliche Einschränkung des Vorteilsbegriffs kommt hier ebenfalls nicht in Betracht, da die Rechtswidrigkeit der gewählten Vertragskonstruktion bereits vor Vertragsschluß feststeht und das Vertrauen der Allgemeinheit in die „Nicht-Käuflichkeit“ von dienstlichen Handlungen und in die Sachlichkeit der Entscheidungen der Amtsträger gerade bei derartigen Koppelungsgeschäften schutzwürdig ist.

In Alternative 1 zu Fall 2 dürfte allerdings ein Vorteil zu verneinen sein. Zwar zahlt die Gemeinde hier nicht den vollen marktgerechten Preis für Bauerwartungsland, sondern lediglich einen Preis, der 30 % niedriger liegt als der Verkehrswert. Ob eine Unterschreitung des Verkehrswertes beim Ankauf der Flächen zur Förderung der Ziele des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB bis zu einem bestimmten Prozentsatz zulässig ist, ist jedoch umstritten und noch nicht höchst-richterlich geklärt.

Bejahend BayVGH, U. v. 11.04.1990 - 1 B 85 A 14.80 -, NVwZ 1990, S. 979, 982; *Beck*, Einheimischenmodelle 1993, S. 34; *Bleutge*, MittBayNotZ 1996, S. 149, 151; *Jachmann*, MittBayNotZ 1994, S. 193, 197; verneinend *Grziwotz*, NVwZ 1996, S. 637, 240; *Busse*, BayVBl. 1993, S. 231, 232; *Wolters*, Der Bauplanungsvertrag, 1998, S. 260 ff., vgl. OLG München, U. v. 12.04.1999 - 31 U 5443/98 -, MittBayNot 1999, S. 586.

Da die Zulässigkeit der gewählten Vertragskonstruktion umstritten ist und eine höchstrichterliche Klärung noch aussteht, ist es zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit beim handelnden Gemeindebediensteten geboten, in Alternative 1 zu Fall 2 einen Vorteil im Wege einer teleologischen Reduktion zu verneinen, und zwar auch dann, wenn ein Gericht nach Vertragsabschluß die Rechtswidrigkeit der gewählten Vertragskonstruktion feststellen sollte.

Im Fall 3 fehlt es an einer Umlegungsbedürftigkeit des Plangebiets, da sämtliche Grundstücke in der Hand eines einzelnen Eigentümers stehen. Die kostenlose „Gewinn-“ Abschöpfung von Flächen durch die Gemeinde, die nicht öffentlichen Zwecken dienen wie die Grünfläche A und die Wege- und Straßenfläche B, verstößt wegen fehlenden Sachzusammenhangs gegen das Koppelungsverbot des § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG und ist deshalb nach § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG nichtig.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 56; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 200.

Eine tatbestandliche Einschränkung des Vorteilsbegriffs ist in diesem Falle nicht geboten. Zwar gibt es hierzu bislang noch keine höchstrichterliche Entscheidung, die Unzulässigkeit der Vertragsgestaltung ist jedoch eindeutig und nicht umstritten.

Im Fall 4 verstößt der Folgekostenvertrag gegen § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB, da die Folgekosten nicht zur Finanzierung von Maßnahmen dienen, die Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens sind. Statt dessen erhebt die Gemeinde losgelöst von konkreten Aufwendungen eine unzulässige „Zuzugsabgabe“ zur teilweisen Abschöpfung planungsbedingter Bodenwertsteigerungen.

Vgl. BVerwG, U. v. v. 06.07.1973 - IV C 22.72 -, BVerwGE 42, S. 331, 344; BVerwG, U. v. v. 14.08.1992 - 8 C 19.90 -, BVerwG 90, S. 310.

Da die Rechtswidrigkeit einer solchen Vertragsgestaltung schon längst höchstrichterlich geklärt ist und das Vertrauen in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes gerade in derartigen Fällen besonders schutzwürdig ist, scheidet insoweit eine teleologische Reduktion des Vorteilsbegriffs aus.

Bei der Alternative 2 zu Fall 4 hat der Bürgermeister zwar „nur“ den Beschluß des Gemeinderats vollzogen. Gleichwohl scheidet eine tatbestandliche Einschränkung in dieser Fallkonstellation aus. Der Bürgermeister ist zwar grundsätzlich verpflichtet, die Beschlüsse des Gemeinderats zu vollziehen. Faßt der Gemeinderat jedoch einen rechtswidrigen Beschluß, so ist er verpflichtet, von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch zu machen (vgl. z.B. § 43 Abs. 2 GemO BW), auch wenn dies für ihn unangenehm ist und ihn in eine Konfliktstellung zum Gemeinderat bringt.

Vgl. *Kunze/Bronner/Katz*, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Stand: Mai 2002, § 43 Rdnr. 6.

Verzichtet er darauf, beeinträchtigt dies das Vertrauen der Allgemeinheit in die „Nicht-Käuflichkeit“ von dienstlichen Handlungen und in die Sachlichkeit der Entscheidungen der Amtsträger.

Der Bürgermeister hat die Zuwendungen in den Fällen 1 bis 4 auch jeweils für einen Dritten (hier: die Gemeinde) gefordert. Der Umstand, daß er nicht eigennützig, sondern altruistisch handelte und die Zuwendungen ausschließlich der Gemeinde zugute kommen sollten, steht nach der Neufassung des § 331 StGB einer Strafbarkeit nicht entgegen. Eine Strafbarkeit nach § 331 StGB scheitert auch nicht daran, daß es sich bei dem Empfänger des Vorteils um die Anstellungskörperschaft des Bürgermeisters handelte. Aufgrund der „Lockerung“ der Unrechtsvereinbarung ist der Zusammenhang zwischen Vorteil und Dienstaussübung hier in allen vier Fällen ohne weiteres gegeben. Gleiches gilt für den subjektiven Tatbestand.

In Alternative 2 zu Fall 4 haben sich daneben auch die Mitglieder des Gemeinderats einer Vorteilsannahme strafbar gemacht, da sie in diesem Fall als Amtsträger i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB gehandelt haben. Ihr Beschluß, die Zustimmung zum Abschluß des städtebaulichen Vertrages davon abhängig zu machen, daß V bereit ist, einen pauschalen Ablösebetrag in bestimmter Höhe zu zahlen, ist nicht der Gesetzgebungstätigkeit zuzuordnen, sondern der Verwaltungstätigkeit. Durch den Beschluß haben die Mitglieder des Gemeinderates von V wie im Fall 4 einen Vorteil i.S.d. § 331 StGB für die Gemeinde als Gegenleistung für ihre Bereitschaft gefordert, einen Bebauungsplan aufzustellen. Einem „Fordern“ steht hier nicht entgegen, daß der Gemeinderat den Vertrag mit V nicht selbst abschließt, sondern ihm lediglich zustimmt.

4. Vorteilsgewährung gem. § 333 StGB

Bei einer Strafbarkeit des Amtsträgers nach § 331 StGB läuft auch der Vorhabenträger Gefahr, sich nach § 333 StGB wegen Vorteilsgewährung strafbar zu machen. § 333 StGB bildet das spiegelbildliche Gegenstück zu § 331 StGB.

Vgl. *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 333 Rdnr. 1; *Cramer*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 333 Rdnr. 1; *Fischer*, in: *Tröndle/Fischer*, StGB, 521. Aufl. 2003, § 333 Rdnr. 3.

Macht sich der Amtsträger nach § 331 StGB strafbar, erfüllt der Vorhabenträger ebenfalls den objektiven Tatbestand des § 333 StGB, und zwar auch dann, wenn die rechtswidrigen Forderungen von der Gemeinde gestellt werden. Dieses gera-

de aus Sicht des Vorhabenträgers nur schwer nachvollziehbare Ergebnis ist Folge der gesetzgeberischen Konzeption des Spiegelbildcharakters.

Geht der Vorhabenträger davon aus, daß der Gemeinde die Leistung aufgrund des städtebaulichen Vertrages zusteht, entfällt jedoch der Vorsatz wegen eines Tatbestandsirrtums nach § 16 StGB. Dies wird bei rechtsunkundigen Vorhabenträgern meist ohne weiteres der Fall sein, und zwar auch dann, wenn der Vorhabenträger bzw. Eigentümer im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages von sich aus eine rechtswidrige Leistung anbietet. Ob ein Tatbestandsirrtum gem. § 16 StGB gegeben ist, ist im Einzelfall Tatfrage. Bei professionellen Immobilienentwicklern, Bauträgern oder anwaltlich beratenden Vorhabenträgern ist das Risiko der Ablehnung eines Tatbestandsirrtums und damit einer Strafbarkeit nach § 333 StGB bei Abschluß eines rechtswidrigen städtebaulichen Vertrages dagegen nicht zu vernachlässigen. Es trifft deshalb nach der Neufassung des § 333 StGB durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 13.08.1997 nicht mehr zu, daß sich der Bürger nahezu risikolos auf einen rechtswidrigen städtebaulichen Vertrag einlassen kann.

So aber *Grziwotz*, BauR 2001, S. 1530, 1533 unter Hinweis auf *Hien*, in: Brennpunkte des Verwaltungsrechts, 1995, S. 128.

5. Betrug gemäß § 263 StGB

a) Betrugsstrafbarkeit von Gemeindebediensteten

Eine Strafbarkeit wegen Betruges kommt beim Abschluß von städtebaulichen Verträgen in der Regel nicht in Betracht. Wie die oben aufgeführten Beispielfälle zeigen, erklärt die Gemeinde nach Abschluß ihres - unter Umständen langwierigen - Willensbildungsprozesses typischerweise offen, von welchen vertraglichen Voraussetzungen sie die Aufstellung eines Bebauungsplans abhängig macht. Diese Transparenz erhöht sich noch in den Gemeinden, die einen bodenpolitischen Grundsatzbeschuß gefaßt haben.

Vgl. hierzu die Fallstudie bei *Schäfer/Lau/Specovius*, Baulandbereitstellung, bodenpolitische Grundsatzbeschlüsse, 2001, S. 43 ff.

Auch Nachforderungen der Gemeinde während des Bebauungsplanverfahrens gegenüber den Regelungen eines städtebaulichen Vorvertrages oder informellen Absprachen in der Vorplanung beruhen kaum auf vorangegangenen Täuschungshandlungen.

Eine Strafbarkeit wegen Betruges nach § 263 StGB kann allerdings im Zusammenhang mit der Gewährung von öffentlichen Fördermitteln auftreten. Ein Betrug zum Nachteil des Vorhabenträgers liegt vor, wenn ihm der handelnde Gemeindebedienstete verschweigt, daß der Gemeinde für die vereinbarte Leistung be-

reits öffentliche Fördermittel bewilligt wurden und die Fördermittel auch in Anspruch genommen werden sollen. Dann ist zugleich ein Betrug zum Nachteil des Subventionsgebers verwirklicht. Werden die vom Vorhabenträger zu übernehmenden Kosten dagegen auf die Höhe des gemeindlichen Eigenanteils begrenzt und teilt der zuständige Gemeindebedienstete diese vertragliche Regelung dem Subventionsgeber nicht mit, so kommt ein Betrug zu dessen Nachteil nur in Betracht, wenn die Gemeinde nach den einschlägigen Subventionsvorschriften ausnahmsweise verpflichtet ist, ihren Eigenanteil auch aus Eigenmitteln zu finanzieren. Nur dann ist in diesem Fall eine Aufklärungspflicht gegenüber dem Subventionsgeber anzunehmen.

Im Fall 5 hat sich der Bürgermeister eines Betruges gem. § 263 StGB zum Nachteil des Subventionsgebers schuldig gemacht. Die fehlende Verbuchung der von dem Erwerber eingegangenen „Spende“ als sanierungsbedingte Einnahme stellt eine Täuschung durch Unterlassen dar. Eine Garantenpflicht zur Aufklärung ergibt sich hier ohne weiteres aus der öffentlich-rechtlichen Sonderbeziehung gegenüber dem Land aus der Verwaltung der Sanierungsmittel.

Vgl. *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 263 Rdnr. 14.

Durch die Täuschung ist bei dem Land ein Irrtum erregt worden. Ein Irrtum setzt zwar eine positive Fehlvorstellung voraus. Es ist aber anerkannt, daß eine nur lückenhafte Vorstellung (z.B. „alles in Ordnung“) genügt, wenn sie sich mindestens auf konkrete Umstände und Verhältnisse bezieht, in deren Rahmen der vorgetäuschte Sachverhalt liegt.

Vgl. nur *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 263 Rdnr. 18.

So liegt es hier: das Land muß und darf ohne weiteres davon ausgehen, daß sämtliche sanierungsbedingten Einnahmen ordnungsgemäß auf dem Sanierungskonto verbucht werden. Eine Vermögensverfügung liegt hier in dem Nichtfordern des dem Land an der „Spende“ zustehenden Anteils. Ein Vermögensschaden ist aufgrund einer konkreten Vermögensgefährdung infolge der nicht vorgenommenen Buchung eingetreten. Außerdem hat der Bürgermeister in der Absicht gehandelt, die Gemeinde als Dritten i.S.v. § 263 StGB zu bereichern. Der Strafbefehl hat deshalb zu Recht angenommen, daß sich der Bürgermeister eines Betruges gem. § 263 StGB zum Nachteil des Landes schuldig gemacht hat.

Dagegen scheidet eine Strafbarkeit wegen Subventionsbetruges gem. § 264 StGB aus. Der Bürgermeister hat zwar die Anzeige unterlassen, daß die „Spende“ des Erwerbers sanierungsbedingt zugeflossen ist und so an sich nur eine geringere Subvention gerechtfertigt gewesen wäre (vgl. § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB). Hier handelte es sich jedoch nicht um eine Subvention i.S.v. § 264 Abs. 7 S. 2 StGB, da dieser Begriff nur Leistungen an Betriebe oder Unternehmen er-

faßt und nicht die Gewährung öffentlicher Mittel an eine Gebietskörperschaft wie eine Gemeinde.

Vgl. LG Mühlhausen, NJW 1998, S. 2069; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 264 Rdnr. 8.

b) Betrugsstrafbarkeit des Vorhabenträgers

In Alternative 1 zu Fall 4 hat sich der Eigentümer V nicht wegen eines Betruges nach § 263 StGB strafbar gemacht. Spiegelt ein Vorhabenträger beim Abschluß eines städtebaulichen Vertrages seine Bereitschaft, die eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen lediglich vor, liegt darin zwar eine Täuschung. Dies ergibt sich daraus, daß er mit dem Vertragsabschluß konkludent seine Bereitschaft zur Leistung erklärt.

Vgl. BGH, U. v. 03.06.1960 - 4 StR 121/60 -, BGHSt 15, S. 24, 26 (st.Rpsr.); *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 24. Aufl. 2001, § 263 Rdnr. 9; *Grziwotz*, BauR 2001, S. 1530, 1533.

Ein Irrtum auf Seiten der Gemeinde ist auch dann anzunehmen, wenn der Bürgermeister Zweifel an der Erfüllungsbereitschaft hat, die Möglichkeit der Unwahrheit aber für geringer hält.

Vgl. BGH, U. v. 25.10.1971 - 2 StR 238/71 -, BGHSt 24, S. 257, 260; BGH, U. v. 08.05.1990 - 1 StR 144/90 -, wistra 1990, S. 305; *Grziwotz*, BauR 2001, S. 1530, 1533.

Es fehlt jedoch an einer Vermögensverfügung. Getäuschter und Verfügender müssen identisch sein.

Vgl. *Cramer*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 263 Rdnr. 65.

In der Aufstellung des Bebauungsplans kann keine Vermögensverfügung des Bürgermeisters liegen, da hierfür der Gemeinderat zuständig ist. Jedenfalls entsteht der Gemeinde durch die Aufstellung des Bebauungsplans kein Vermögensschaden. Anders als bei entgeltlichen Dienstleistungen handelt es sich hierbei nicht um ein wirtschaftliches Gut, sondern um die Erfüllung von Amtspflichten der Gemeinde.

Vgl. *Grziwotz*, BauR 2001, S. 1530, 1533; *Oehmen/Busch*, BauR 1999, S. 1402, 1418.

Eine Strafbarkeit des V wegen Betruges scheidet damit aus.

6. Zusammenfassende Einschätzung der strafrechtlichen Risiken

Die strafrechtlichen Risiken beim Abschluß städtebaulicher Verträge sind insgesamt begrenzt und beherrschbar. Städtebauliche Verträge, deren Inhalte sich im Rahmen der durch § 11 BauGB gezogenen Grenzen halten, sind strafrechtlich von vornherein nicht relevant.

Vgl. *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 11 Rdnr. 21.

Das Risiko wegen Erpressung nach § 253 StGB ist gering und besteht allenfalls dann, wenn der Vorhabenträger ohne den Abschluß des städtebaulichen Vertrages und die davon abhängig gemachte Baulandausweisung in existentielle wirtschaftliche Not geriete.

Das Risiko des Gemeindebediensteten, sich bei rechtswidriger Vertragsgestaltung wegen Vorteilsannahme gem. § 331 StGB strafbar zu machen, ist dagegen nicht zu vernachlässigen. Folgt man der hier vorgeschlagenen teleologischen Reduktion der Dritt Vorteile, begrenzt sich das Risiko einer Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme allerdings auf die Fälle, in denen der Amtsträger von dem Vorhabenträger für die Dienstaussübung einen Vorteil fordert, der die materiellen Grenzen über die Zulässigkeit städtebaulicher Verträge eindeutig überschreitet. Wegen des teilweise fließenden Übergangs verbleibt zwar eine Grauzone. Das eigentliche strafrechtliche Risiko besteht jedoch darin, daß auch ein Strafrichter nie ganz davor gefeit ist, eine Strafnorm vor allem nach ihrem Wortlaut auszulegen.

Vgl. *Walter*, ZRP 1999, S. 292, 297.

C. Die städtebaulichen Verträge nach dem BauGB

I. Vereinbarungen zur Vorbereitung und Durchführung städtebaulicher Maßnahmen durch den Vertragspartner

1. Ausarbeitung städtebaulicher Planungen

a) Der Vorhabenträger als Auftraggeber des Planungsbüros

Nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB kann die Gemeinde in einem städtebaulichen Vertrag die Ausarbeitung der städtebaulichen Planungen sowie erforderlichenfalls des Umweltberichts dem Vorhabenträger auf dessen Kosten übertragen. Verfügt der Vorhabenträger über eine eigene Planungsabteilung, kann er die Planungsleistungen selbst erbringen. Das ist allerdings nur selten der Fall. In der Regel beauftragt er auf seine Kosten ein Planungsbüro. Der Vorhabenträger ist

also bei dieser Fallgestaltung alleiniger Auftraggeber des Planungsbüros. Zwischen Gemeinde und Planungsbüro bestehen keine Vertragsbeziehungen.

Das Planungsbüro kann die Gemeinde deshalb bei Zahlungsunfähigkeit des Investors nicht auf Zahlung des Honorars für die erbrachten Planungsleistungen in Anspruch nehmen. Hat die Gemeinde ein Interesse daran, die Planung bei einem etwaigen Ausstieg des Vorhabenträgers selbst weiterzuverfolgen, kann in den städtebaulichen Vertrag eine Klausel aufgenommen werden, wonach der Vorhabenträger sicherzustellen hat, daß die Gemeinde in diesem Fall berechtigt ist, die Planungsunterlagen von dem Planungsbüro zur weiteren Verwendung im Bebauungsplanverfahren zu erwerben.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 78.

Die Gemeinde hat auch eine zweite Gestaltungsmöglichkeit, die Planungskosten abzuwälzen: Der Vorhabenträger kann sich nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB gegenüber der Gemeinde vertraglich verpflichten, ihr die durch die Beauftragung von Planungsbüros entstandenen und entstehenden Planungskosten zu erstatten. Aus Sicht der Gemeinde ist diese zweite Alternative in vielen Fällen vorzugswürdig.

b) Auszuarbeitende Planungen und Gutachten

Üblicherweise verpflichtet sich der Vorhabenträger, sämtliche Planungsunterlagen auf seine Kosten erstellen zu lassen, die zur Schaffung der Genehmigungsfähigkeit des geplanten Vorhabens erforderlich sind. Hierzu gehören insbesondere:

- der Bebauungsplanentwurf, wobei die der Planung zugrundeliegende, abgestimmte Konzeption in dem städtebaulichen Vertrag möglichst präzise beschrieben werden sollte,
- der Entwurf des Umweltberichts nach § 2 a BauGB,
- der Entwurf des Grünordnungsplans bzw. Eingriffs-Ausgleichsgutachten,
- erforderliche Gutachten (z.B. Lärmgutachten, Altlastengutachten, Verkehrsgutachten, Marktforschungsgutachten, hydrogeologische Gutachten, Klimagutachten, Umweltverträglichkeitsstudie bei UVP-pflichtigen Vorhaben),
- die Planung von Ver- und Entsorgungsleitungen,
- die Planungsunterlagen für notwendige, parallel zum Bebauungsplanverfahren durchzuführende Verfahren (z.B. punktuelle Änderung des Flächennutzungsplans, Wasserrechtsverfahren, Raumordnungsverfahren, Waldumwandlungsverfahren).

c) Verfahrenssteuerung des Vorhabenträgers und Letztverantwortlichkeit der Gemeinde

Daneben kann die Gemeinde dem Vorhabenträger im Rahmen von § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 i. V. m. § 4 b BauGB auch die Durchführung von Verfahrensschritten nach §§ 3 – 4 a BauGB übertragen. Die Verantwortung der Gemeinde für das gesetzlich vorgesehene Planaufstellungsverfahren bleibt hiervon jedoch unberührt. Das hat § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB ausdrücklich klargestellt. Die Letztverantwortung der Gemeinde gilt uneingeschränkt für die Abwägung nach § 1 Abs. 6 BauGB und teilweise für die Durchführung des Anhörungsverfahrens. Ein von der Expertenkommission empfohlener Vorbehalt, daß die Gemeinde die Anhörung der Träger öffentlicher Belange und der Bürger selbst vornehmen muß, ist allerdings nicht Gesetz geworden.

Vgl. *Quaas*, in *Schrödter*, BauGB, 6 Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 15 m. w. N.

Bei der Gemeinde bleiben muß danach insbesondere

- die letztverantwortliche Prüfung der Anregungen der Bürger und der Stellungnahmen der Träger öffentlicher Belange durch das zuständige Gremium der Gemeinde,
- die Fassung aller förmlichen Beschlüsse durch das zuständige Gremium der Gemeinde, d. h. Aufstellungsbeschluß, Auslegungsbeschluß und Satzungsbeschluß,
- die Letztverantwortlichkeit für die Durchführung der einzelnen Verfahrensschritte, gesichert durch hinreichende Kontrollmechanismen (Berichtspflichten, Eingriffsmöglichkeiten), von denen bei Bedarf auch tatsächlich Gebrauch gemacht werden muß,
- die Ausfertigung des Plans,
- die Vorlage des Plans bei der höheren Verwaltungsbehörde, wenn deren Genehmigung erforderlich ist,
- die ortsübliche Bekanntmachung nach § 10 Abs. 3 BauGB

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 80.

In der Regel ist es jedoch auch im Interesse des Vorhabenträgers **praktisch nicht sinnvoll, den** relativ weit gezogenen **rechtlichen Rahmen voll auszuschöpfen**. So würde es auf viele Träger öffentlicher Belange befremdlich wirken, für die Trägerbeteiligung nicht von der Gemeinde, sondern von dem Vorhabenträger angeschrieben zu werden. Auf diese Weise könnte leicht der Eindruck entstehen, daß die Gemeinde nicht hinter dem Vorhaben steht. Außerdem muß

der Vorhabenträger, der in legitimer Weise eigenwirtschaftliche Interessen verfolgt, darauf achten, daß er innerhalb seiner Rolle glaubwürdig bleibt. Es liegt auf der Hand, daß die Stellung eines „neutralen Dritten“ mit dieser Rolle kaum vereinbar wäre.

Eine erfolgreiche Mitwirkung des Vorhabenträgers bei der Verfahrenssteuerung setzt deshalb von vornherein voraus, daß die Gemeinde das Verfahren zu keinem Zeitpunkt „aus der Hand“ gibt, der Vorhabenträger also bei der Verfahrensführung nicht an die Stelle der Gemeinde tritt. Im Rahmen einer solchen **kooperativen Verfahrensführung und -steuerung** mit der Gemeinde kommt etwa eine Übernahme folgender Aufgaben durch den Vorhabenträger in Betracht:

- Unterstützung der Gemeinde bei Abstimmungsgesprächen mit Trägern öffentlicher Belange,
- Unterstützung der Gemeinde bei der Durchführung von Bürgeranhörungen,
- Ausarbeitung der Entwürfe für Beschlußvorlagen des Gemeinderats, in denen die eingegangenen Einwendungen der Bürger- und Trägerbeteiligung als Grundlage für die vom Gemeinderat zu treffende Abwägungsentscheidung aufbereitet werden.

Eine derartige Mitwirkung kann die Gemeinde stark entlasten, wenn das vom Vorhabenträger beauftragte Projektteam fachlich kompetent und leistungsfähig ist. Gerade die Aufbereitung der eingegangenen Einwendungen von Privaten und Trägern öffentlicher Belange ist häufig sehr arbeits- und zeitaufwendig. Dies gilt vor allem bei umstrittenen Großprojekten. Zur Vermeidung von Abwägungsfehlern ist allerdings darauf zu achten, daß die Kooperation keine Verengung des Planungsermessens des Gemeinderats beim Satzungsbeschluß oder auf vorangehenden Verfahrensebenen zur Folge hat. Welche Anforderungen dabei zu beachten sind, wurde bereits an anderer Stelle dargestellt.

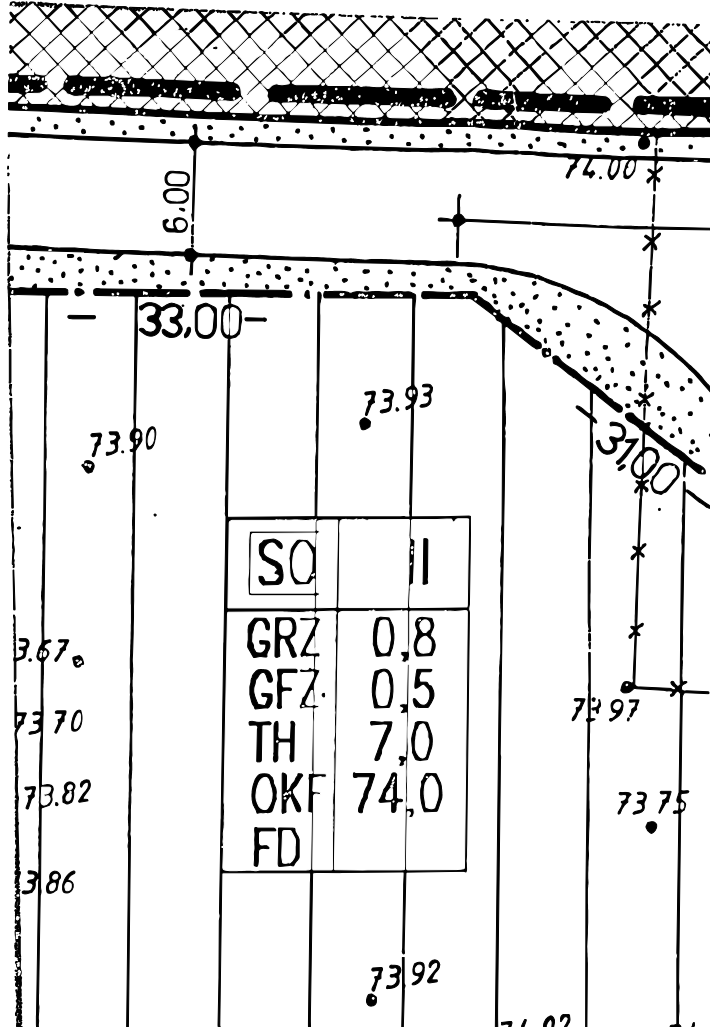
d) Sicherung von Qualitätsstandards

Beauftragt der Vorhabenträger auf seine Kosten ein Planungsbüro mit der Ausarbeitung der städtebaulichen Planungen, kann die Gemeinde ohne spezielle Vereinbarung keinen Einfluß auf die Qualität des Planungsbüros und die der Planung nehmen.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 81.

Nicht immer ist gewährleistet, daß das von dem Vorhabenträger beauftragte Büro auf dem Gebiet der Städtebauplanung hinreichend kompetent ist. Abschreckende Beispiele gibt es genug, vor allem in den Neuen Bundesländern. So ist in dem abgebildeten Beispielsfall die Grundflächenzahl mit 0,8 höher festgesetzt als die Geschoßflächenzahl (0,5). Einen solchen Plan auf den nötigen Qualitätsstandard

zu bringen, ist für das Stadtplanungsamt häufig aufwendiger als einen völlig neuen Plan zu entwerfen. Hinzu kommt, daß der Ärger mit dem Vorhabenträger vorprogrammiert ist.



Praxistip:

Um solche Schwierigkeiten zu vermeiden, kann zur Sicherung städtebaulicher Qualitätsstandards in dem städtebaulichen Vertrag eine Klausel aufgenommen werden, daß der Entwurf des Bebauungsplans durch ein leistungsfähiges Planungsbüro zu erstellen ist,

- *dessen Beauftragung der vorherigen Zustimmung der Gemeinde bedarf oder – etwas weicher –*
- *dessen Beauftragung vorher mit der Gemeinde abzustimmen ist.*

Teilweise wird das konkret zu beauftragende Büro bereits in dem städtebaulichen Vertrag festgeschrieben oder der Vorhabenträger kann eines unter mehreren namentlich genannten Büros auswählen.

2. Bodensanierung und Freilegung

Nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB kann sich der Vorhabenträger ferner verpflichten, die Bodensanierung und „sonstige vorbereitende Maßnahmen“ auf seine Kosten durchzuführen. Unter **Bodensanierung** ist die Untersuchung und Entsorgung von Bodenverunreinigungen zu verstehen, insbesondere von Altlasten. Altlasten sind Altablagerungen und Altstandorte, durch die schädliche Bodenveränderungen oder sonstige Gefahren für den Einzelnen oder die Allgemeinheit hervorgerufen werden.

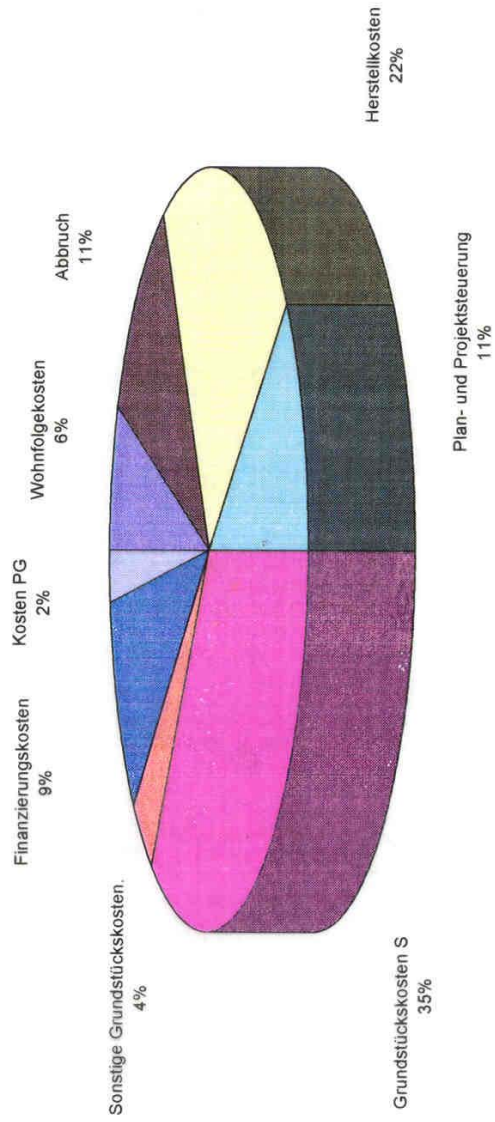
Vgl. hierzu *Fischer*, BauR 2000, S. 833; im einzelnen *Sparwasser*, Bodenschutzrecht (insbesondere Altlastenrecht), in: *Redeker/Uechtritz*, Anwalts-handbuch für Verwaltungsverfahren, Kap. 23 Rdnrn. 11 f.

Zu dem Auffangtatbestand der „sonstigen vorbereitenden Maßnahmen“ zählt vor allem die **Freilegung** von Grundstücken (vgl. auch § 147 S. 1 Nr. 2 BauGB), d. h. der Abbruch vorhandener Gebäude und die ordnungsgemäße Entsorgung des entsprechenden Abbruchmaterials.

Eine zentrale Rolle spielen vertragliche Regelungen über die Bodensanierung und die Freilegung insbesondere bei der sogenannten **Revitalisierung innerstädtischer Gewerbe-, Industrie- und Militärbrachen**. Wie die abgebildete Kostenaufstellung eines einschlägigen Falles zeigt, machen die auf die Bodensanierung und die Freilegung entfallenden Kosten nicht selten einen erheblichen Anteil der Gesamtkosten aus. Eine Bodensanierung ist in solchen Fällen in der Regel mit einem beträchtlichen wirtschaftlichen Risiko verbunden. Auch bei Grundstücken, bei denen eine detaillierte Rasterbeprobung vorgenommen wurde, werden bei Ausführung der Sanierung nicht selten noch weitere Verunreinigungen entdeckt. Die tatsächlich anfallenden Sanierungskosten können deshalb den hierfür kalkulierten Kostenansatz schnell übersteigen.

Kostenverteilung

Gesamtkosten = 15,487 Mio. DM



Vor diesem wirtschaftlichen Hintergrund liegt es auf der Hand, daß insbesondere bei der beabsichtigten Revitalisierung brachliegender gemeindeeigener Grundstücke meist hart „gerungen“ wird, wer das **Altlastenrisiko** zu tragen hat. Aufgrund der fehlenden Kalkulationssicherheit sind viele Vorhabenträger hierzu auch bei einem Abschlag auf den Grundstückskaufpreis grundsätzlich nicht bereit. Allerdings gibt es inzwischen auch einzelne auf den Ankauf von Altlastengrundstücken spezialisierte Gesellschaften, die bereit sind, unter bestimmten Voraussetzungen das Altlastenrisiko zu übernehmen. Eine maßgeschneiderte Lösung der Altlastenfrage kann im Einzelfall sehr unterschiedlich aussehen. Neben einer vollständigen Kosten- und Risikoübernahme durch den Vorhabenträger oder die Gemeinde kommen zahlreiche differenzierte Lösungen in Betracht, z. B. in Form einer anteiligen Kostenübernahme ohne oder mit absoluter Obergrenze. Hierzu kann nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB auch vereinbart werden, daß der Vorhabenträger der Gemeinde die Kosten der von ihr durchzuführenden Sanierungs- und Freilegungsmaßnahmen erstattet.

Vgl. *Fischer*, BauR 2000, S. 833, 841 f.

Die vertraglich vorausgesetzten Ausführungsstandards einer Bodensanierung durch den Vorhabenträger sollten möglichst schon vor Vertragsabschluß in Abstimmung mit der zuständigen Umweltbehörde festgelegt werden. Durch strategisch richtiges Vorgehen lassen sich hierbei auch ohne Gefährdung des Sanierungsziels oft erhebliche Kosten einsparen.

Vgl. hierzu *Sparwasser*, Bodenschutzrecht (insbesondere Altlastenrecht), in: *Redeker/Uechtritz*, Anwaltshandbuch für Verwaltungsverfahren, Kap. 23 Rdnrn. 8, 148 ff., 177 ff., 210 ff.

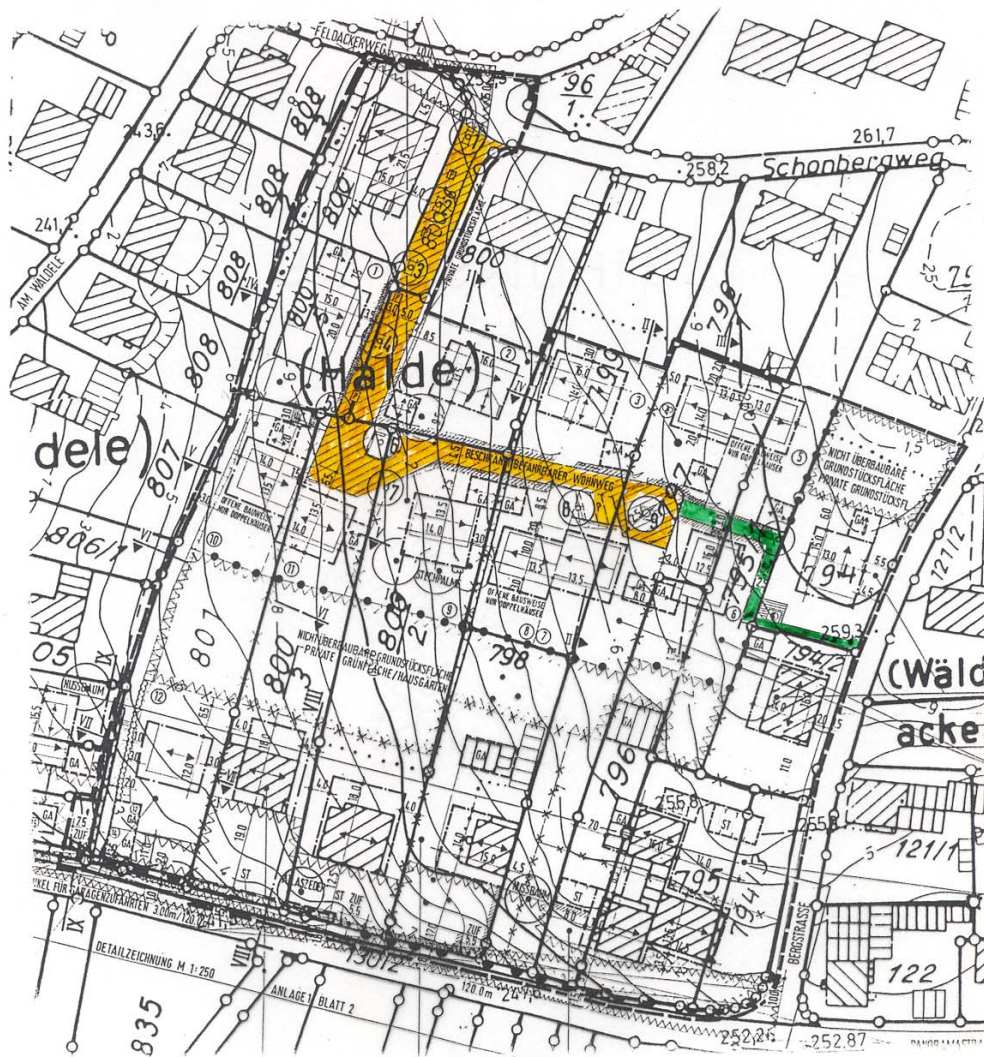
Eine Übertragung der Bodensanierung und der Freilegung auf den Eigentümer bzw. Investor kann besonders dann sinnvoll sein, wenn die erforderlichen Maßnahmen im Zuge der Erschließung und/oder Bebauung kostengünstiger und schneller „aus einer Hand“ durchgeführt werden können.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 75.

3. Neuordnung der Grundstücksverhältnisse

Nach § 11 Abs.1 S. 2 Nr. 1 BauGB kann die Gemeinde Verträge zur Neuordnung der Grundstücksverhältnisse schließen. Der Abschluß von Verträgen zur Neuordnung der Grundstücksverhältnisse kommt in Betracht, wenn sonst zur Verwirklichung der vorgesehenen Festsetzungen eines Bebauungsplans nach § 45 BauGB eine Umlegung durchgeführt werden müßte.

Abb. umlegungsbedürftiger Bebauungsplan



Umlegungsbedürftig sind Plangebiete, in denen

- die darin gelegenen Grundstücke mehreren Eigentümern gehören und
- die Grundstücke ohne eine Grundstücksneuordnung nicht entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplans genutzt werden können (insbesondere bei sog. Handtuchgrundstücken).

Vgl. hierzu im einzelnen Hartmut *Dieterich*, Bau-
landumlegung, 4. Aufl. 2000, Rdnrn. 30 ff.

Eine **Umlegung** ist dagegen **nicht erforderlich, wenn sämtliche im Plangebiet gelegenen Grundstücke bereits in der Hand eines einzigen Eigentümers stehen**. In solchen Fällen scheiden deshalb auch Verträge zur Neuordnung der Grundstücksverhältnisse aus. Vertragliche Vereinbarungen zur Neuordnung der Grundstücksverhältnisse dienen somit stets der Vermeidung einer gesetzlichen Umlegung.

Die „**Defizite**“ **des gesetzlichen Umlegungsverfahrens** hat *Birk* wie folgt anschaulich zusammengefaßt:

„Das gesetzliche Verfahren ist durch die Vorschriften der §§ 45 ff. (BauGB) streng formalisiert; es kann durch eine Vielzahl von Rechtsmitteln geprägt sein. Dies kann zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen führen. Gesetzliche Umlegungsverfahren sind zudem kompliziert, sie binden zeitlich (gemeindliche) Gremien (Umlegungsausschuß) und (gemeindliche) Verwaltungskraft (Umlegungsstelle) in erheblichem Umfang.

Gesetzliche Umlegungsverfahren verursachen erhebliche Kosten (Verfahrenskosten, Vermessungskosten usw.), die aufgrund der zulässigen Flächen- oder Wertabzüge nur zum Teil durch den Umlegungsvorteil ausgeglichen sein können. Die Gemeinde kann im gesetzlichen Umlegungsverfahren nach § 78 (BauGB) keine Kosten erheben.

Zunehmend zeigt sich in der Praxis, daß die erhöhten Anforderungen an Natur und Umwelt (naturschutzrechtlicher Ausgleich nach § 1 a Abs. 3 [BauGB]), aber auch durch die gestiegenen Ansprüche an verkehrsberuhigte Erschließungen, zu notwendigen öffentlichen Flächen innerhalb der Baugebiete führen, die über den zulässigen Flächenabzug nach §§ 57 bzw. 58 (BauGB), insbesondere aber nach § 55 Abs. 2 (BauGB) nicht oder

nicht ohne erhebliche zusätzliche Kostenaufwendungen der Gemeinden erreicht werden können.“

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 194; vgl. auch *Dieterich*, Baulandumlegung, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 466.

Die **vertragliche Neuordnung** von Grundstücksverhältnissen **als Alternative einer gesetzlichen Umlegung** ist in vielen Varianten möglich: Vom Ankauf aller betroffenen Grundstücke mit Rückübertragungsoption der ursprünglichen Grundstücke bis zu einem freiwilligen Verfahren, das der gesetzlichen Umlegung nach § 45 BauGB angenähert ist.

Vgl. zu den einzelnen Modellen *Dieterich*, Baulandumlegung, 4. Aufl. 2000, Rdnrn. 474 ff.; *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Aufl. 1992, S. 42 ff.

Die Einteilung der Vertragsgestaltungen in Hauptformen, Zwischenformen und experimentelle Formen wird durch neue Modelle immer wieder durchbrochen.

Vgl. *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Aufl. 1992, S. 42.

Die Systematisierung wird zudem dadurch erschwert, daß die verschiedenen Modelle meist nicht nur als Mittel der Bodenneuordnung eingesetzt werden, sondern auch als Mittel der Bodenpolitik, um z. B. bestimmte Flächen zu günstigen Preisen für den Gemeinbedarf, für den sozialen Wohnungsbau oder für den Wohnbedarf der einheimischen Bevölkerung bereitstellen zu können.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 49 f.; vgl. auch VGH Baden-Württemberg, U. v. 20.07.2000 - 8 S 177/00 -, ZfBR 2001, S. 284: Vereinbarung eines Baugeschäfts im Rahmen einer freiwilligen Umlegung, das von ortsansässigen Personen zu erfüllen ist.

In vielen Vertragsgestaltungen **überlagern** sich also die Zwecke des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB (Neuordnung der Grundstücksverhältnisse) mit denen des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB (vor allem Deckung des Wohnbedarfs von Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumproblemen sowie des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung).

Folgende Grundmodelle der vertraglichen Grundstücksneuordnung sind zu unterscheiden:

a) Aufkaufmodell („Selbstumlegung“)

Das erste Grundmodell sieht so aus, daß die Gemeinde alle Grundstücke eines künftigen Baugebiets selbst oder durch einen Verfahrensträger aufkauft, um dann die Bodenneuordnung als Eigentümer durchzuführen (Selbstumlegung). Zugleich wird den ursprünglichen Eigentümern ein Recht zum Wiederkauf der neugeordneten Grundstücke eingeräumt. Die Ausübung der Rückkaufsoption durch den ursprünglichen Eigentümer wird allerdings häufig mit der Übernahme einer Bauverpflichtung verbunden. Zur Sicherung der fristgemäßen Erfüllung der Baupflicht läßt sich die Gemeinde in der Regel ihrerseits ein Wiederkaufsrecht einräumen, das durch eine Rückkaufassessvormerkung dinglich gesichert wird.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 50 f.

Verträge, die im Rahmen eines Aufkaufmodells abgeschlossen werden, sind öffentlich-rechtliche Verträge. Der öffentliche Zweck der Bodenordnung überlagert hier die an sich privatrechtlich einzustufenden Grunderwerbsvorgänge so stark, daß es sich insgesamt um öffentlich-rechtliche städtebauliche Verträge handelt.

Vgl. nur *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 12, in Anlehnung an BVerwG, U. v. 6.7.1984 - 4 C 24.80 -, NJW 1985, S. 989.

Privatrechtlich handelt die Gemeinde nur, wenn sie im Vorfeld der Bauleitplanung einzelne Grundstücke aufkauft.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 12.

Die Abgrenzung zwischen solchen rein fiskalischen Beschaffungsvorgängen und systematischen Aufkäufen zur Neuordnung der Grundstücksverhältnisse ist allerdings in machen Fallgestaltungen nicht einfach, etwa wenn die Gemeinde ein Gewerbegebiet ausweisen will und eine zentrale Vermarktung der Flächen beabsichtigt. Hier ist in der Praxis vieles eine Frage der Bezeichnung.

Mit Hilfe des Aufkaufmodells versuchen Gemeinden nicht selten, zumindest einen ganz erheblichen Teil der bebauungsplanbedingten Bodenwertsteigerung für sich abzuschöpfen. Das Problem stellt sich dann nicht, wenn die Gemeinde die Grundstücke zum Rohbaulandwert kauft, da dann die bebauungsplanbedingte Wertsteigerung beim ursprünglichen Eigentümer verbleibt. Meist kauft die Gemeinde die Grundstücke aber zu einem planungsunbeeinflussten Verkehrswert auf (in der Regel zum Preis von Bauerwartungsland). Nach der Neuordnung verkauft sie die Grundstücke an die ursprünglichen Eigentümer zum vollen Verkehrswert als Bauland zurück.

Vgl. OVG Lüneburg, U. v. 07.06.2000 - 1 K 5178/98 -, UPR 2001, S. 155, wonach ein Aufkauf

zur Bestreitung von Folgekosten des Baugebiets durch Weiterveräußerung der erworbenen Grundstücke zulässig ist und somit auch keine Bedenken an der Erforderlichkeit des Bebauungsplans gem. § 1 Abs. 3 BauGB bestehen; siehe auch *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 193 f.

Darüber hinaus beschränkt die Gemeinde in manchen Fällen die Rückkaufsoption der ursprünglichen Eigentümer auch unter Berücksichtigung der vorweg auszuscheidenden Erschließungsflächen auf einen untergeordneten Teil der von ihnen „eingebrachten“ Fläche.

Das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung dürfte bei solchen Vertragsgestaltungen vielfach den gesamten Umständen nach **unangemessen** sein und gegen § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB verstoßen. Die vereinbarten Vor- und Rückkaufspreise sind zwar bei isolierter Betrachtung der einzelnen Grunderwerbsvorgänge für sich genommen in der Regel durchaus marktgerecht. Auch wird teilweise die Auffassung vertreten, die Gemeinde schöpfe im Rahmen des Aufkaufverfahrens oder eines sonstigen gemeindlichen Zwischenerwerbsmodells nicht einen Teil des Planungsgewinns ab. Die Bodenwertsteigerung entstehe vielmehr erst aufgrund der Überplanung der Flächen durch einen Bebauungsplan. In diesem Zeitpunkt stehe das Eigentum an dem Grundstück aber in der Hand der Gemeinde. Die planungsbedingte Bodenwertsteigerung stehe deshalb ihr zu und nicht dem ursprünglichen Eigentümer. Der Wertzuwachs sei Äquivalent des Eigentümerrisikos, bei dem es sich – wie das Altlastenrisiko zeige – nicht nur um ein theoretisches Risiko handele.

Vgl. *Grziwotz*, Praktische Probleme beim Abschluß städtebaulicher Verträge, NVwZ 1996, S. 637, 639; *Jachmann*, MittBayNot 1994, S. 92, 101 (FN 99).

Die Angemessenheit ist hier jedoch maßgeblich anhand des mit dem Ankaufmodell verfolgten öffentlichen Zwecks der Bodenordnung zu beurteilen. Die öffentliche Zweckbindung überlagert insoweit die in der Regel lediglich formale Eigentümerstellung der Gemeinde während des Bebauungsplanverfahrens. **Der ursprüngliche Eigentümer soll durch das Aufkaufverfahren nicht schlechter gestellt werden wie wenn ein Umlegungsverfahren durchgeführt würde.** In diesem Fall fiel die bebauungsplanbedingte Bodenwertsteigerung ausschließlich ihm zu.

Ebenso im Ergebnis *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 193 f., 212 ff., der beim Aufkaufverfahren die gleichen Maßstäbe anlegt wie bei einer sog. Mehrflächenabtretung im Rahmen einer freiwilligen Umlegung.

Für die mögliche Abschöpfung des Umlegungsvorteils bilden die gesetzlichen Maßstäbe des Umlegungsverfahrens einen Orientierungsrahmen: Bei der Flächenumlegung darf ein Flächenbeitrag von bis zu 30 % erhoben werden, bei der Wertumlegung der Umlegungsvorteil in Geld. Dies gilt aber nur für die *durch die Umlegung bewirkten* Vorteile, nicht jedoch für die durch die Bebauungsplanung herbeigeführte Wertsteigerung.

Vgl. hierzu BGH, U. v. 22.06.1978 - III ZR 92/75 -, NJW 1978, S. 1980; BGH, U. v. 19.01.1984 - III 125/82 -, BGHZ 89, S. 353; BGH, B. v. 25.10.1990 - III ZR 52/90 - GuG 1991, S. 102; *Dieterich*; *Baulandumlegung*, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 192.

Dieser Rahmen bildet für die Gemeinde zwar keine Obergrenze. Die nach dem Aufkaufmodell einbehaltenen Leistungen müssen aber angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit dem Baugebiet verwendet werden.

So ausdrücklich *Bunzel* (Hrsg.), *Städtebauliche Verträge – ein Handbuch*, 2. Aufl. 1999, S. 51 unter Verweis auf BVerwG, U. v. 6.7.1984 - 4 C 24.80 -, NJW 1985, S. 989; vgl. auch *Birk*, *Städtebauliche Verträge*, 4. Aufl. 2002, S. 193 f., 212 ff.

Praxistip:

Die Gemeinde sollte nachweisen können, daß der bei An- und Verkauf der Grundstücke erzielte Einnahmeüberschuß vollständig zur Finanzierung der öffentlichen Infrastruktur im Baugebiet verwendet worden ist.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), *Städtebauliche Verträge – ein Handbuch*, 2. Aufl. 1999, S. 51.

Das Aufkaufmodell ermöglicht es der Gemeinde, die Grundstücke des zukünftigen Baugebietes rasch und einfach neu zu ordnen und zu erschließen, da sie sich hierbei nicht mit den rückkaufsberechtigten ursprünglichen Eigentümern abstimmen muß. Außerdem können die Bodenpreise im Gemeindegebiet durch niedrige Ankaufspreise und maßvolle Wiederverkaufspreise häufig – ähnlich wie bei den sog. Einheimischenmodellen – spürbar gedämpft werden.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), *Städtebauliche Verträge – ein Handbuch*, 2. Aufl. 1999, S. 51.

Auf der anderen Seite hat das Aufkaufmodell den Nachteil, daß die Gemeinde den gesamten Grunderwerb vorfinanzieren muß und eine Refinanzierung erst im Zeitpunkt des Wiederverkaufs der neu geordneten Grundstücke erfolgt. Für die Vorfinanzierung werden in der Praxis regelmäßig Lösungen außerhalb des Kommunalhaushalts gewählt.

Vgl. zu den einzelnen Vorfinanzierungsmodellen
Walker, Handbuch Städtebauliche Verträge, Bd. 1,
1999, S. 324 ff.

Praxistip:

Zur Minimierung des Vorfinanzierungsaufwands ist es in vielen Fällen sinnvoll, abschnittsweise vorzugehen. Kriterien für die Abgrenzung der einzelnen Abschnitte sind u. a.

- *technische Erfordernisse vor allem der leitungsgebundenen Erschließungsanlagen,*
- *Verkaufsbereitschaft der einzelnen Grundstückseigentümer,*
- *prognostizierter Flächenbedarf,*
- *Finanzkraft der Gemeinde.*

Um eine Vorfinanzierung der Gemeinde zu vermeiden, sind in der Praxis sog. Investorenmodelle entwickelt worden. Hierbei verpflichtet sich eine Trägergesellschaft u. a., die Grundstücke für ein Baugebiet im eigenen Namen und auf eigene Rechnung aufzukaufen und anschließend (nach erfolgter Überplanung, Neuordnung und Erschließung) zu vermarkten. Allerdings muß sich die Gemeinde verpflichten, die innerhalb einer bestimmten Frist nicht vermarkteten Grundstücke und den bis dahin nicht gedeckten Aufwand der Trägergesellschaft zu übernehmen.

b) Modelle der freiwilligen Umlegung

Der zweite mögliche Gegenstand der vertraglichen Grundstücksneuordnung sind die einzelnen Modelle der freiwilligen Umlegung. Ebenso wie die amtliche Umlegung dient die freiwillige Umlegung dazu, den Zuschnitt der Grundstücke so neu zu ordnen, daß sie entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplans genutzt werden können.

Die freiwillige Umlegung erfolgt *durch einen einheitlichen Vertrag der Grundstückseigentümer in einem Baugebiet untereinander und mit der Gemeinde (sog. Umlegungsvertrag). Der Umlegungsvertrag ersetzt den Umlegungsplan einschließlich aller Nebenentscheidungen. Er umfaßt sämtliche von der Bodenordnung betroffene Grundstücke und bedarf nach § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB der notariellen Beurkundung.*

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 56 m.w.N.

Die **Gemeinde** nimmt in **zwei Funktionen** an dem Vertrag teil:

- * *als Grundstückseigentümerin* beteiligt sie sich mit allen ihren Grundstücken, die im Gebiet der freiwilligen Umlegung liegen;
- * *als Trägerin der Erschließungslast* werden ihr die öffentlichen Flächen übertragen.

Zum notwendigen Regelungsinhalt des Umlegungsvertrages gehören folgende Regelungsschritte:

Vgl. hierzu *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 200 ff.

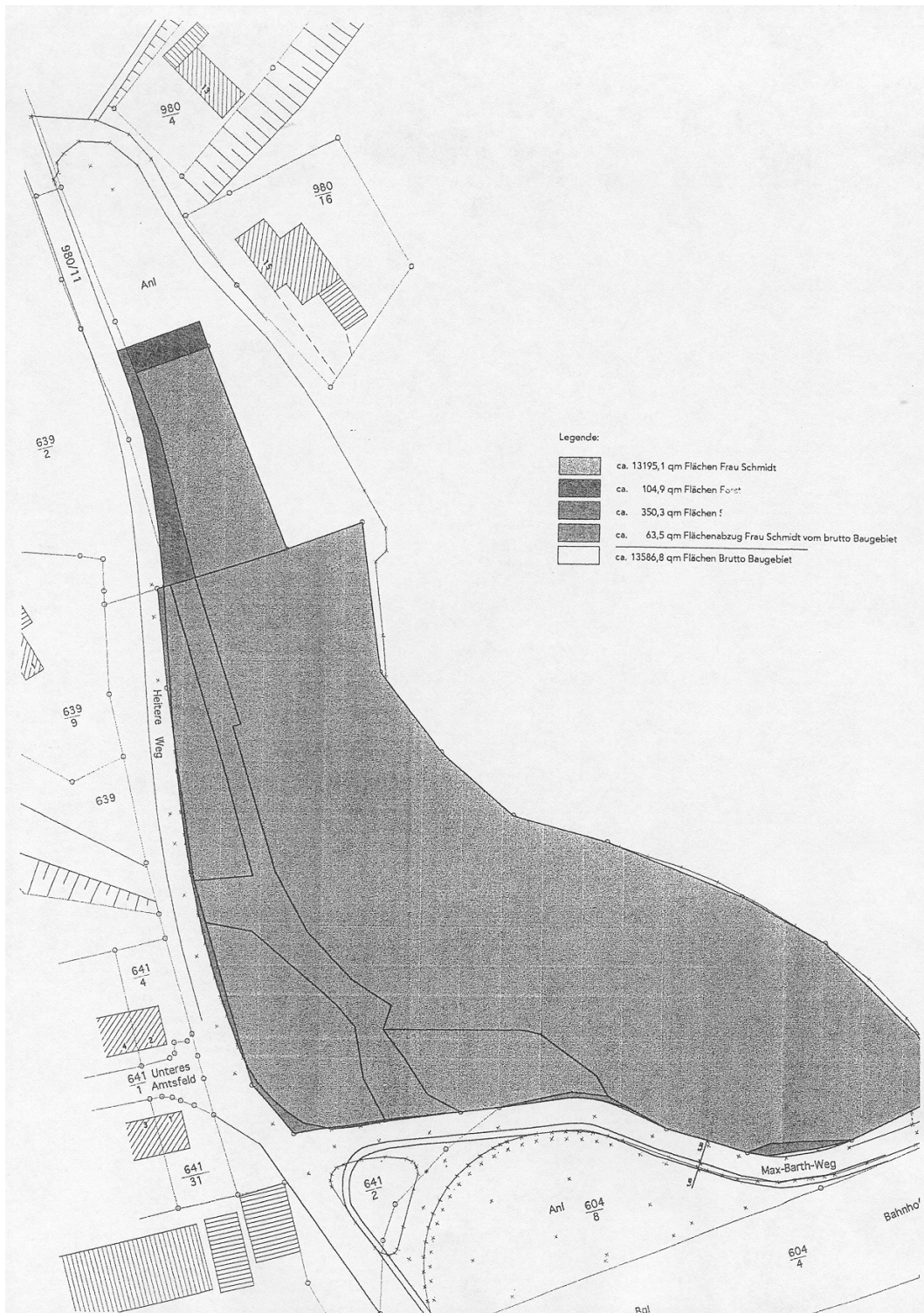
- Erforderlichkeit der Umlegung

Zunächst ist zu prüfen, ob das Gebiet überhaupt umlegungsbedürftig ist (erster Schritt). Auch in der freiwilligen Umlegung muß eine Neuordnung der Grundstücke tatsächlich erforderlich sein. Die „freiwillige“ Umlegung darf also nicht nur der kostenlosen oder kostengünstigen (Gewinn-) Abschöpfung von Flächen zugunsten der Gemeinde dienen.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 56; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 200.

Ein trotz fehlender Umlegungsbedürftigkeit abgeschlossener Umlegungsvertrag verstößt wegen fehlenden Sachzusammenhangs gegen das Kopplungsverbot des § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG und ist deshalb nach § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG nichtig.

Abb.: Umlegungsbedürftigkeit nur einer kleinen Teilfläche



- Bestimmung des Umlegungsgebiets

Ist eine Umlegung erforderlich, bestimmen die Grundstückseigentümer und die Gemeinde als Vertragspartner mit ihren „Einwurfsflächen“ das Gebiet der freiwilligen Umlegung (zweiter Schritt).

Die freiwillige Umlegung dient in der Regel – wie auch die gesetzliche Umlegung nach den §§ 45 ff BauGB – der Neuordnung der Grundstücksverhältnisse im Geltungsbereich eines in Kraft getretenen oder geplanten Bebauungsplans. Die Abgrenzung des Gebiets der freiwilligen Umlegung orientiert sich deshalb häufig am Zuschnitt des Bebauungsplans. Entsprechend § 52 Abs. 1 BauGB kann das Umlegungsgebiet allerdings begrenzt werden. Alleiniger Maßstab für die Festlegung des Umlegungsgebiets ist die Zweckmäßigkeit für die Durchführung der Umlegung. Hierdurch wird der Umlegungsstelle Ermessen eingeräumt.

Vgl. BGH, B.v. 26.06.1997 - III ZR 152/96 -, NVwZ-RR 1998, S. 8 m.w.N.

Von dem Ermessen ist entsprechend dem Zweck der Ermächtigung Gebrauch zu machen. Dieser Zweck ergibt sich aus § 45 Abs. 1 BauGB. Danach ist das Umlegungsgebiet auf einen Teil eines Bebauungsplangebiets zu beschränken, wenn nicht in allen Teilen des Bebauungsplangebiets eine Umlegung erforderlich erscheint.

Vgl. *Dieterich*, Baulandumlegung, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 95.

In dem abgebildeten Fallbeispiel sollte ein möglichst versteckter „Aufhänger“ für eine teilweise Abschöpfung der planungsbedingten Wertsteigerung gefunden werden. Hierzu heißt es in dem begleitenden städtebaulichen Vertrag, daß eine Neuordnung der Grundstücksverhältnisse im Vertragsgebiet erforderlich ist. Bezogen auf das gesamte Gebiet wurde anstelle der Durchführung eines Umlegungsverfahrens die Zahlung eines Geldbetrages in Höhe von über 1.000.000,00 € als Abschöpfung des „Umlegungsvorteils“ vereinbart. Dabei handelt es sich um eine unzulässige verdeckte Gewinnabschöpfungsklausel. Eine Umlegung ist allenfalls in dem zurückgesetzten nordwestlichen Teil des Plangebiets erforderlich, da die übrige Fläche ausschließlich in der Hand eines einzigen Eigentümers steht.

Die freiwillige Umlegung verstößt gegen § 11 BauGB i.V.m. §§ 54 ff. BauGB, wenn durch sie eine Bebauung entsprechend den Festsetzungen des in Kraft getretenen oder geplanten Bebauungsplans oder eine Bereitstellung der festgesetzten öffentlichen Flächen nicht erreichbar ist. Ein solcher Verstoß kann u. U. auch gegeben sein, wenn die außerhalb des Umlegungsgebiets liegenden Restflächen des räumlichen Geltungsbereichs des Bebauungs-

plans durch ein weiteres freiwilliges oder gesetzliches Umlegungsverfahren nicht bebaubar gemacht und erschlossen werden können.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 211 f.

- Vereinigung aller Grundstücke des Gebiets zu einem „Massegrundstück“

Dritter Regelungsschritt des Umlegungsvertrages ist es, alle im Gebiet der freiwilligen Umlegung liegenden (Einwurfs-) Grundstücke zu einem sog. „Massegrundstück“ zu vereinigen. Hierzu gibt es folgende Möglichkeiten:

- * Die Grundstückseigentümer gründen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts und übertragen ihre Grundstücke auf diese BGB-Gesellschaft.
- * Die Eigentümer übertragen ihre bisherigen Grundstücke auf einen gemeinsam benannten Treuhänder. Als Treuhänder kommen in Betracht:
 - die Gemeinde oder
 - ein von den Grundstückseigentümern und der Gemeinde beauftragter Verfahrensträger (Umlegungsträger).

Die Frage, welche Verfahrensweise sich empfiehlt, wird unterschiedlich beantwortet. Obwohl für die Übertragung der Grundstücke auf eine BGB-Gesellschaft steuerliche Gründe angeführt werden, wird in der Regel die Einschaltung eines Treuhänders befürwortet. Allerdings herrscht Uneinigkeit darüber, ob hierfür die Gemeinde oder aber ein unabhängiger Umlegungsträger vorzuziehen ist.

Vgl. einerseits *Schriever*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 45 Rdnr. 44: für die Gemeinde als Verfahrensträgerin und andererseits *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 200 f.: für Umlegungsträger, wenn dieser im Umlegungsgebiet keine eigenwirtschaftlichen Grundstücksinteressen verfolgt.

Aus unserer Sicht gibt es hierfür kein Patentrezept. Vielmehr hängt die Beurteilung von der konkreten Situation im Einzelfall ab. Sind an der Umlegung nur wenige Eigentümer beteiligt und hält sich das zu erwartende Konfliktpotential in Grenzen, bietet sich die Gründung einer BGB-Gesellschaft durch die Grundstückseigentümer an. Die Gemeinde sollte die Koordinierung der Neuordnung nur dann übernehmen, wenn sie hierfür eine ausreichende Größe und Personalausstattung besitzt. Soll eine Trägergesellschaft eingeschaltet werden, so ist besonders auf die Qualität des vorgesehenen Projektleiters sowie auf die zeitliche Verfügbarkeit und Ortsnähe der Trägergesellschaft zu achten.

Praxistip:

Die Betreuung von Grundstückseigentümern ist häufig zeitintensiv und erfordert viel Geduld. Um Entscheidungen „vom grünen Tisch“ zu vermeiden, sollten möglichst keine ortsfernen Trägergesellschaften beauftragt werden.

- Zuordnung öffentlicher Flächen

Als vierter Regelungsschritt des Umlegungsvertrages werden die im Bebauungsplan festgesetzten öffentlichen Flächen (Straßen, Grünflächen, Ausgleichsflächen), die sich aufgrund der Neuvermessung ergeben, bei der Aufteilung des „Massegrundstücks“ vorweg ausgeschieden und der Gemeinde zugeordnet.

- Zuordnung privater Flächen

In dem fünften Schritt werden den einzelnen Grundstückseigentümern die Flächen zugeordnet, die sie anstelle der von ihnen eingebrachten Grundstücke erhalten. Die Größe dieser Zuteilungsfläche orientiert sich an dem Soll-Anspruch des jeweiligen Eigentümers. Dieser ergibt sich aus den vereinbarten Umlegungsbedingungen, in denen u.a. der zur Verfügung zu stellende Flächenbeitrag geregelt ist. Der Zuteilungsanspruch reduziert sich entsprechend, wenn in den Umlegungsbedingungen sog. „Mehrflächenabtretungen“, besondere Flächenbeiträge oder zusätzliche Landabgaben vereinbart worden sind.

Außerdem sind die Belastungen der alten eingeworfenen Flächen auf die neuen Grundstücke zu übertragen, soweit sie nicht gelöscht werden können.

- Zuordnung sonstiger Flächen

Haben die Vertragspartner die Übertragung sonstiger Flächen auf die Gemeinde oder Dritte (z.B. Gemeinbedarfsflächen an entsprechende Träger) vereinbart, so werden diese Flächen in dem sechsten Schritt der Gemeinde bzw. dem Träger zugeordnet.

- Auflassung

Schließlich vereinbaren die Vertragspartner die Auflassung der neu gebildeten Grundstücke an die jeweiligen Zuteilungsempfänger, soweit dafür die einzelnen technischen und rechtlichen Voraussetzungen vorliegen (z.B. Vermessung, Veränderungsnachweis etc.). In der Regel wird der Verfahrensträger bevollmächtigt, die Auflassungserklärungen abzugeben.

Voraussetzung für den Abschluß des Umlegungsvertrages ist die Mitwirkungsbereitschaft folgender Beteiligter:

- * der Eigentümer der im Umlegungsgebiet gelegenen Grundstücke

- * der Gemeinde
- * der Grundpfandgläubiger und anderer dinglich Berechtigter.

Jeder einzelne Beteiligte hat danach **eine starke Stellung**. Ist auch nur ein Eigentümer nicht bereit, sich an dem Umlegungsverfahren zu beteiligen oder die vorgesehenen Umlegungsbedingungen zu akzeptieren, kann die freiwillige Umlegung bereits scheitern.

Vgl. *Dieterich*, Baulandumlegung, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 476; vgl. auch OLG Stuttgart, U. v. 15.10.1985 - 10 U (Baul) 244/84 -, NVwZ 1986, S. 335, 336.

Maßgebender Zeitpunkt für die Mitwirkungsbereitschaft der Beteiligten ist der Abschluß des Umlegungsvertrages. Die Gefahr, daß bis dahin trotz anfänglicher Zustimmung aller Beteiligten mindestens ein Eigentümer „umfällt“, ist erfahrungsgemäß sehr groß. Zur Vermeidung fehlgeschlagener Aufwendungen setzt die Durchführung der freiwilligen Umlegung in der Praxis deshalb in der Regel den Abschluß eines notariell beurkundeten Vorvertrages voraus, in dem sich alle Beteiligten unwiderruflich mit der Durchführung der in ihren Grundzügen bereits konkretisierten freiwilligen Umlegung zu den vereinbarten Umlegungsbedingungen für sich und ihre etwaigen Rechtsnachfolger einverstanden erklären.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 202; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 55; *Dieterich*, Baulandumlegung, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 476 a; vgl. auch BVerwG, B. v. 13.12.1994 - 4 B 216/94 -, *Buchholz* 316 § 59 VwVfG Nr. 11 (ST); VGH Baden-Württemberg, U. v. 10.06.1994 - 8 S 2376/93 -, BRS 56 Nr. 243.

Ist absehbar, daß unter den Eigentümern keine Einigung erzielbar ist, bietet sich dann ohne Zeitverlust der Weg des amtlichen Umlegungsverfahrens an.

Weitere ausdrückliche oder stillschweigende Wirksamkeitsvoraussetzung des Umlegungsvertrages ist, daß der zugrundeliegende Bebauungsplan bereits rechtsgültig ist oder jedenfalls in angemessener Zeit in Kraft tritt.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 211 f.

In den Umlegungsvertrag sind sämtliche Absprachen zwischen den Grundstückseigentümern untereinander und zwischen den Grundstückseigentümern und der Gemeinde aufzunehmen. Hierzu gehören *auch Regelungen über die Kostentragung und die Honorare des Umlegungsträgers*. Das Bundesverwaltungsgericht hat ausdrücklich anerkannt, daß in dem Umlegungsvertrag auch die

Übernahme der Planungs- und Umlegungskosten durch die Eigentümer vereinbart werden darf.

Vgl. BVerwG, U. v. 06.07.1984 - 4 C 24.80 -, NJW 1985, S. 989.

Über die Bodenordnung hinaus können in dem Umlegungsvertrag auch *weitere städtebauliche Vereinbarungen* getroffen werden (z.B. über die Übernahme von Folgekosten oder von entstandenen Kosten für Ausgleichsmaßnahmen). Zulässig ist auch die Vereinbarung eines Baugebots, das nur von ortsansässigen Personen im Rahmen eines sogenannten Einheimischenmodells erfüllt werden darf.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 20.07.2000 - 8 S 177/00 -, ZfBR 2001, S. 284.

Der Umlegungsvertrag enthält zwar oft keine Detailregelungen über die Erschließung. Die Eigentümer verpflichten sich darin jedoch in der Regel zumindest, mit der Gemeinde einen gesonderten Erschließungsvertrag über die Herstellung der Erschließungsanlagen in dem Baugebiet (Straße, Wasser, Abwasser) abzuschließen und hierfür 100 % der tatsächlich entstehenden Kosten zu übernehmen.

Zum Verhältnis zwischen Umlegung und Erschließung vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 196 f.

Die freiwillige Umlegung hat zwar im Verhältnis zur amtlichen Umlegung einige *Vorteile*:

- * „Rechtsmittelfreiheit“,
- * Beschleunigungseffekte,
- * Möglichkeit, die Kosten des Umlegungsverfahrens abweichend von § 78 BauGB auf die Eigentümer abzuwälzen,
- * Möglichkeit der Gemeinde, über eine Mehrflächenabtretung mehr geldwerte Vorteile zu erlangen als bei der gesetzlichen Umlegung,
- * Personelle Entlastung der Gemeinde bei Beauftragung einer Trägergesellschaft.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 52 f. m.w.N.

Gegenüber der amtlichen Umlegung hat die freiwillige Umlegung jedoch zwei wichtige *Nachteile*:

- * Die Grunderwerbsvorgänge in der freiwilligen Umlegung sind nicht von der Grunderwerbsteuer befreit. Dies ist umso gravierender, als auch Tauschvorgänge grunderwerbssteuerpflichtig sind und nicht nur die Wertdifferenz, sondern die gesamte Tauschleistung Bemessungsgrundlage für die Steuer ist.

Vgl. *Grziwotz*, Städtebauliche Verträge und ihre steuerrechtlichen Implikationen, Forum Wohnungseigentum 2000, Heft 10; *Dieterich*, Baulandumlegung, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 505; BT-Drucks. 10/6166, S. 149: Ablehnung des Antrages im Gesetzgebungsverfahren zum BauGB, in § 45 BauGB vertragliche Regelungen für eine freiwillige Umlegung mit dem Ziel der Grunderwerbsteuerbefreiung zuzulassen.

- * Bei der freiwilligen Umlegung fallen Notargebühren an.

Vgl. *Dieterich*, Baulandumlegung, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 504 m.w.N.

c) Vereinbarungen unter dem „Mantel“ des amtlichen Umlegungsverfahrens

Um sowohl die Nachteile des gesetzlichen Umlegungsverfahrens als auch die Nachteile der freiwilligen Umlegung (insbesondere die Grunderwerbsteuerpflicht) zu vermeiden, werden in der Praxis zunehmend *vertragliche Vereinbarungen im Rahmen eines amtlichen Umlegungsverfahrens* geschlossen.

Vgl. *Dieterich*, Baulandumlegung, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 491.

Der **Vollzug der Verträge** im Rahmen eines amtlichen Umlegungsverfahrens **erfolgt außerhalb des Grundbuchs durch den Umlegungsplan**. Gleichzeitig wirkt sich diese Ausgestaltung als **Steuersparmodell** aus, da auch hier wieder der Tatbestand der Grunderwerbsteuerbefreiung gegeben ist. Der hoheitliche Charakter des Umlegungsplans und damit die Anwendbarkeit der Befreiungsvorschrift des § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 S. 2 lit b Gr EstG wird durch die vorbereitenden einvernehmlichen Regelungen nicht in Frage gestellt.

So Karl-Heinz *von der Heide*, Städtebaulicher Vertrag und Umlegung – Weiterentwicklung des „Stuttgarter Modells“, BWGZ 1996, S. 187, 191; aA *Grziwotz*, Städtebauliche Verträge und ihre steuerrechtlichen Implikationen, Forum Wohnungseigentum 2000, Heft 10.

Die steuerrechtliche Attraktivität des Modells hat sich durch eine Rechtsprechungsänderung des BFH noch verstärkt. Danach besteht die Grunderwerbsteuerfreiheit im Umlegungsverfahren nicht nur wie bisher, wenn die Einwurfs-

und die Zuteilungsgrundstücke im Umlegungsverfahren flächen- und deckungsgleich sind,

vgl. BFH, U. v. 29.10.1997 - II R 36/95 -, NVwZ 1998, S. 439

sondern auch dann, wenn diese Identität nicht gegeben ist. Die Steuerbefreiung erstreckt sich in diesem Fall auch auf eine sog. Mehrzuteilung, für die der Eigentümer eine Geldleistung zu erbringen hat.

Vgl. BFH, U. v. 28.07.1999 - II R 25/98 -, NVwZ 2000, S. 839; vgl. auch Finanzministerium Baden-Württemberg, Erl. v. 15.03.2000, DB 2000, S. 595; anders noch BFH, U. v. 01.08.1990 - II R 6/88 -, BStBl. II 1990, S. 1034.

Die Zulässigkeit von vertraglichen Absprachen im Rahmen eines gesetzlichen Umlegungsverfahrens wird in den §§ 45 ff BauGB vorausgesetzt, die an verschiedenen Stellen vertragliche Modifikationen der gesetzlichen Regelung zulassen. Wichtigste Rechtsgrundlage für Vereinbarungen unter dem „Mantel“ des amtlichen Umlegungsverfahrens ist § 11 i.V.m. § 56 Abs. 2 BauGB. Die Vorschrift des § 56 Abs. 2 BauGB bildet die Basis für eine vertragliche Modifizierung der gesetzlichen Verteilungsmaßstäbe. Danach kann die Verteilungsmasse auch nach einem anderen Maßstab aufgeteilt werden, wenn alle Beteiligten einverstanden sind. Die vertraglich vereinbarten Verteilungsmaßstäbe können eigentümerfreundlich unterhalb der zulässigen Abschöpfungsschwelle liegen. Umgekehrt können aber in gewissem Rahmen auch größere Abzüge gemacht werden.

Vgl. *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Aufl. 1992; S. 39; *Dieterich*, Baulandumlegung, 4. Aufl. 2000, Rdnrn. 496 ff.

Mit Einverständnis der betroffenen Eigentümer kann nach § 59 Abs. 4 BauGB ferner eine von materiellen Gesetzesvorgaben abweichende Abfindung vereinbart werden. Auf dem Kooperationsgedanken beruht auch die Vorwegregelung nach § 76 BauGB.

Vgl. hierzu *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Aufl. 1992, S. 40.

Wie bei der freiwilligen Umlegung ist der **Konsens aller Grundstückseigentümer Voraussetzung** für vertragliche Vereinbarungen im Rahmen eines amtlichen Umlegungsverfahrens. Kein Grundstückseigentümer kann zu vertraglichen Vereinbarungen gezwungen werden, die von den Verteilungsregelungen der amtlichen Umlegung (Wertumlegung bzw. Flächenumlegung) abweichen.

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen der Umlegungsausschuß an die Vereinbarungen der

Grundstückseigentümer mit der Gemeinde gebunden ist, vgl. *Dieterich*, Baulandumlegung, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 498 d m.w.N.

Vertragliche Vereinbarungen im Rahmen einer amtlichen Umlegung kommen u.a. bei dem durch die Stadt Stuttgart weiterentwickelten „**Stuttgarter Modell**“ zur Anwendung. *Von der Heide* hat die auf die Umlegung bezogenen vertraglichen Konditionen wie folgt beschrieben:

Flächenbeitrag

Die Eigentümer leisten, wie bei einer amtlichen Umlegung, einen kostenlosen Flächenbeitrag von 30 %.

Sozialbeitrag

Die Eigentümer leisten zusätzlich einen entgeltlichen „Sozialbeitrag“ in Höhe von 20 % ihrer Einwurfsflächen zu einem Preis, der noch sozialen Mietwohnungsbau ermöglicht. Dieser „Sozialbeitrag“ ist vorrangig für sozialen Mietwohnungsbau zu verwenden, darf aber auch für das Sonderprogramm „preiswertes Wohneigentum“ und für Flächen des Gemeinbedarfs verwendet werden.

Verfahrenskosten

Die Eigentümer übernehmen die Verfahrenskosten (Planungskosten, Vermessungs-/Umlegungskosten, Kosten des Maßnahmeträgers, Notar- und Grundbuchkosten).

Vgl. *von der Heide*, Städtebaulicher Vertrag und Umlegung - Weiterentwicklung des „Stuttgarter Modells“, BWGZ 1996, S. 187, 189; vgl. auch *Dieterich*, Baulandumlegung, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 494 m.w.N.

In den „Umlegungsbedingungen“ verpflichtet sich der einzelne Eigentümer gegenüber der Stadt Stuttgart u.a. außerdem,

- * einen bestimmten Folgekostenbetrag zu zahlen, der auch den anteiligen Aufwand für Ausgleichsmaßnahmen enthält,
- * eine Baupflicht für die ihm zugeteilten Baugrundstücke zu übernehmen,

- * zur Durchführung der Erschließung einer gem. § 124 BauGB zu bildenden Erschließungsgemeinschaft beizutreten und mit der Durchführung der Erschließung ein von der Stadt bestimmtes Unternehmen zu beauftragen.

Vgl. *Bunzel*, Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 60 ff.

Neben dem „Stuttgarter Modell“ gibt es in der Praxis zahlreiche weitere Beispiele für vertragliche Vereinbarungen im Gewand der amtlichen Umlegung, z.B. das sog. „Forchheimer Modell“.

Vgl. *Bunzel*, Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 64 ff.

Vertragliche Vereinbarungen im Rahmen einer amtlichen Umlegung unterliegen ebenso wie freiwillige Umlegungen außerhalb des amtlichen Umlegungsverfahrens insbesondere folgenden **rechtlichen Grenzen**:

- Die Gemeinde darf eine Beteiligung am Umlegungsverfahren und ihr Einverständnis zum Abschluß des Umlegungsvertrages nicht von einer Grundstücksbewertung abhängig machen, die von den geltenden Verkehrswerten abweicht. Ausnahmen sind allenfalls denkbar, sofern die Bewertung offen gelegt und von den Grundstückseigentümern ausdrücklich gebilligt wird.
- Die Einwurfs- und Zuteilungswerte dürfen nicht so gestaltet werden, daß tatsächlich eine unzulässige Abschöpfung der planungsbedingten Wertsteigerung stattfindet. Nur für konkret nachgewiesene gebietsbezogene Folgekosten oder sozialpolitische Aufgaben und Ziele nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB können die benötigten Beträge über eine Gestaltung der Bodenwerte abgeschöpft werden.

So auch *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 211.

Das Kernproblem des „Stuttgarter Modells“ und ähnlicher Modelle ist die Frage der **Zulässigkeit von Mehrflächenabtretungen und/oder besonderen Flächenbeiträgen**. In beiden Fällen hat der Eigentümer auf die Gemeinde mehr Grundstücksflächen zu übertragen als in der gesetzlichen Flächenumlegung, bei der der maximal zulässige Flächenbeitrag nach § 58 Abs. 1 i.V.m. § 55 Abs. 2 BauGB auf 30 % begrenzt ist. Dabei erfolgt die zusätzliche Landabgabe bei der Mehrflächenabtretung kostenlos, bei besonderen Flächenbeiträgen zu einem deutlich verminderten Verkehrswert.

Vgl. nur *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 212 f.; *Bunzel* (Hrsg.) Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 57.

Klassisches Anwendungsbeispiel eines besonderen Flächenbeitrages ist der Sozialflächenbeitrag zu einem „Sozialpreis“, wie er im Rahmen des „Stuttgarter Modells“ erhoben wird.

Die Vereinbarung eines zusätzlichen Flächenbeitrages ist nicht schlechthin unzulässig. So hat es der BGH für zulässig gehalten, daß einer Gemeinde 37,5 % der Fläche zu einem limitierten Preis mit dem Ziel des sozialen Wohnungsbaus übertragen werden.

Vgl. BGH, B. v. 26.04.1990 - III ZR 9/90 -, BGHR
BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Dritter 25 (T).

Rechtliche Grenzen einer Mehrflächenabtretung oder eines besonderen Flächenbeitrages ziehen stets das Gebot der Angemessenheit und das Gebot des sachlichen Zusammenhangs.

Vgl. BVerwG, U. v. 06.07.1984 - 4 C 24.80 -, NJW
1985, S. 989; nach BVerwG, B. v. 17.07.2001 - 4 B
24.01 -, BauR 2002, S. 57, 61 kann § 58 Abs. 1
BauGB als Richtschnur bei Beurteilung der Ange-
messenhaft zu berücksichtigen sein.

Ob eine Mehrflächenabtretung oder ein besonderer Flächenbeitrag zulässig ist, hängt danach insbesondere von dem vorgesehenen Nutzungszweck der zusätzlich zu übertragenden Flächen ab. Folgende Nutzungszwecke sind zu unterscheiden:

- Mehrflächen für örtliche Erschließungs-, Ausgleichs- und Immissionsschutzflächen i.S.v. § 55 Abs. 2 BauGB

Darunter fallen u.a.

- * örtliche Verkehrsflächen
- * Grünflächen und Flächen für gebietsbezogene Spiel- und Sportplätze
- * Ausgleichsflächen
- * Flächen für Immissionsschutzflächen (z.B. Lärmschutzwälle).

Gegen eine (kostenlose) Mehrflächenabtretung bestehen keine Bedenken, wenn der nach dem Bebauungsplan gem. § 55 Abs. 2 BauGB notwendige Flächenabzug für die örtlichen Erschließungs-, Ausgleichs- und Immissionsschutzflächen größer ist als der nach § 58 Abs. 1 S. 2 BauGB maximal zulässige Flächenbeitrag von 30 %. Der sachliche Zusammenhang im Sinne einer Kausalität zwischen der Mehrflächenabtretung und der Bebaubarkeit des Gebiets sowie die Angemessenheit sind hier ohne weiteres gegeben.

Vgl. nur *Birk*, Städtebauliche Verträge,
4. Aufl. 2002, S. 213 f.

- Mehrflächen für Folgeeinrichtungen und sonstige Flächen öffentlicher Nutzung i.S.v. § 55 Abs. 5 BauGB

Hierzu gehören vor allem Flächen für Gemeinbedarfs- und Infrastruktureinrichtungen, die zum Teil in erster Linie dem Umlegungsgebiet dienen (z.B. für Kindergärten oder Schulen), zum Teil aber auch über das Umlegungsgebiet hinaus von Bedeutung sind (z.B. Flächen für Krankenhäuser oder große Sportanlagen). Im amtlichen Umlegungsverfahren können solche Flächen nicht vorweg ausgeschieden und der Gemeinde oder einem anderen Bedarfsträger zugeteilt werden, da sie in § 55 Abs. 2 BauGB nicht erwähnt sind.

Vgl. BGH, U. v. 19.01.1984 - III ZR 185/82 -,
BGHZ 89, S. 363.

Vertragliche Mehrflächenabtretungen für sonstige Flächen öffentlicher Nutzung sind hingegen als „Bereitstellung von Grundstücken“ i.S.v. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 HS 2 BauGB grundsätzlich möglich. Die Anwendbarkeit dieser Regelung setzt allerdings voraus, daß auch die sonstigen Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB für die Übernahme von Folgekosten erfüllt sind und insbesondere der erforderliche Kausalitätszusammenhang insgesamt gegeben ist.

Flächen für nicht folgekostenfähige Gemeinbedarfseinrichtungen können demnach nicht Gegenstand einer Mehrflächenabtretung oder eines besonderen Flächenbeitrages sein. Dem Spielraum des § 56 Abs. 2 BauGB sind insoweit durch die Anforderungen des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB Schranken gesetzt.

Dies ist allerdings nicht völlig unumstritten. Zum Meinungsstand vgl. *Bunzel*, Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 58.

Birk illustriert die Möglichkeiten und Grenzen anschaulich an dem Beispiel einer Bereitstellung von Flächen für einen Kindergarten:

„Dient der Kindergarten allein dem hier interessierenden Baugebiet, kann die Fläche insgesamt ... unentgeltlich aufgebracht werden, da der Kausalitätszusammenhang vorhanden ist. Wird mit dieser Fläche gleichzeitig ein Kindergartenbedarf außerhalb des hier interessierenden ... Umlegungsgebietes befriedigt, besteht der Kausalitätszusammenhang nur zu Teilen. Dies ist im Rahmen der Zurverfügungstellung der Grundstücke dadurch zu berück-

sichtigen, daß nur ein Teil unentgeltlich übertragen, der Rest aber gekauft, also von der Gemeinde bezahlt wird. Vorstellbar ist auch, daß die benötigte Gesamtfläche zu einem geringeren Verkehrswert erworben wird, der in seiner Höhe den Bedarf außerhalb des Umlageungsgebiets berücksichtigt. Damit ist gleichzeitig die weitere Voraussetzung der Angemessenheit nach § 11 Abs. 2 S. 1 (BauGB) erfüllt.“

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 214.

- Mehrflächen für besonderen Wohnbedarf oder für besondere Bevölkerungsgruppen

Vertragliche Vereinbarungen über besonderen Wohnbedarf etwa für Einheimische, kinderreiche Familien, Alleinerziehende oder behinderte Menschen sind nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB grundsätzlich zulässig. Zwar zielt die Vorschrift in erster Linie darauf ab, daß sich der Vorhabenträger verpflichtet, die vereinbarten Bindungen selbst zu realisieren. Es spricht aber vieles dafür, daß nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB vereinbarungsfähige Verpflichtungen auch durch die Abtretung von Flächen „abgelöst“ werden können.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 58; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 214 ff., der zu Recht darauf hinweist, daß die Grenze der Angemessenheit überschritten sein kann, wenn der Grundstückseigentümer trotz eines eingebrachten großen Grundstücks nicht mehr selbst bauen kann.

Fraglich ist allerdings, ob dem Eigentümer nicht stets auch die Möglichkeit eingeräumt werden muß, die Bindung selbst zu erfüllen. Ein Wahlrecht des Eigentümers dürfte nach dem Grundsatz der Angemessenheit jedenfalls dann geboten sein, wenn die „Mehrflächen“ dazu dienen sollen, den Wohnbedarf der ortsansässigen Bevölkerung zu decken. Die Einheimischenmodelle zeigen, daß sich dieses Ziel gegenüber der Mehrflächenabtretung durch mildere, gleich wirksame Mittel erreichen läßt. So hat der Eigentümer nach dem Weilheimer Modell immerhin die Möglichkeit, sein Grundstück ohne Preisbindung an Einheimische zu verkaufen.

Außerdem stellt sich die Frage, ob sich die Gemeinde „Mehrflächen“ für besonderen Wohnbedarf oder für besondere Bevölkerungsgruppen *unentgeltlich* zuteilen lassen kann. Dies dürfte in der Regel zu verneinen sein. Kann der beabsichtigte Zweck (z.B. sozialer Mietwohnungsbau) auch bei Zahlung

eines limitierten Kaufpreises (d.h. eines „Sozialpreises“) noch erfüllt werden, wäre eine unentgeltliche Mehrflächenabtretung unangemessen.

A.A. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 58 m.w.N.

- Mehrflächen für zusätzliche Bauplätze, die die Gemeinde möglichst gewinnbringend veräußern will

Eine Mehrflächenabtretung oder ein besonderer Flächenbeitrag für zusätzliche Bauplätze, die die Gemeinde möglichst gewinnbringend an bauwillige Dritte veräußern will, ist unzulässig. Die Reichweite des Spielraums des § 56 Abs. 2 BauGB wird durch die Regelung des § 11 BauGB begrenzt. Dient eine Mehrflächenabtretung nicht den in § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB bestimmten Zwecken oder der Deckung folgekostenfähiger Aufwendungen nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB, handelt es sich um eine unzulässige Abschöpfung der planungsbedingten Bodenwertsteigerung, die gegen das Gebot der Angemessenheit und das Gebot des sachlichen Zusammenhangs verstößt.

4. Unzulässige Flächenbeiträge außerhalb einer Umlegung

Ein bei manchen Gemeinden besonders beliebtes Instrument zur teilweisen Abschöpfung der planungsbedingten Bodenwertsteigerung bilden vertragliche Vereinbarungen über die Erhebung eines Flächenbeitrages *wie bei einer Umlegung*.

Sachverhalt und Lageplan einer typischen Fallkonstellation ist im Kap. „Unzulässige Flächenbeiträge außerhalb einer Umlegung“ dargestellt. In diesem Beispielfall soll *nach* Schaffung des Baurechts 30 % der überplanten Fläche wie bei einer amtlichen Flächenumlegung kostenlos an die Gemeinde abgetreten werden. Neben der Aufbesserung des Haushalts hat die vertragliche Erhebung von Flächenbeiträgen außerhalb einer Umlegung meistens auch folgenden kommunalpolitischen Hintergrund: Der Gemeinderat will dadurch eine Gleichbehandlung der „reichen“ Eigentümer von großen Grundstücken, bei denen eine Umlegung nicht erforderlich ist, mit „armen“ Eigentümern von umlegungsbedürftigen kleinen Handtuchgrundstücken erreichen, von denen die Gemeinde in der Umlegung den Umlegungsvorteil abschöpft.

Die gewählte Vertragsgestaltung ist jedoch so nicht zulässig. Zwar ist die Übertragung der öffentlichen Zwecken dienenden Flächen A (Grünfläche) und B (Weg- und Straßenfläche) unbedenklich, soweit dadurch Genehmigungshindernisse für das geplante Vorhaben ausgeräumt werden. Ein darüber hinausgehender, kostenlos zu entrichtender Flächenbeitrag für die Teilflächen A, B und C einerseits und die Teilfläche D andererseits bis zur Höhe von 30 % ist dagegen rechtswidrig. Da die gesamte Fläche im Eigentum eines einzigen Eigentümers steht, ist eine Umlegung nach § 45 BauGB nicht erforderlich. Durch die Erhebung eines Flächenbeitrages in Höhe von 30 % „wie bei einer Umlegung“ will die Gemeinde ein „dickes Stück Kuchen“ der planungsbedingten Bodenwertsteigerung

für sich erhalten. Das Ziel der teilweisen Abschöpfung der planungsbedingten Bodenwertsteigerung kommt hier auch dadurch zum Ausdruck, daß der Eigentümer nach dem Vertrag verpflichtet ist, den verbleibenden Flächenbeitrag „durch eine finanzielle Ausgleichsleistung in Höhe von x €/m²“ zu erfüllen. Hierfür besteht keine Rechtsgrundlage. § 11 BauGB erlaubt nur die Weitergabe tatsächlich anfallender Kosten. Dagegen stellt die Erhebung eines kostenlosen Flächenbeitrages „wie bei einer Umlegung“ eine unzulässige (teilweise) Abschöpfung planbedingter Bodenwertsteigerungen dar. Im übrigen darf auch die „freiwillige“ Umlegung nicht nur der kostenlosen Gewinnabschöpfung von Flächen zugunsten der Gemeinde dienen. Bei der unentgeltlichen Flächenabtretung handelt es sich auch nicht um eine privatrechtliche Schenkung.

Vgl. *Grziwotz*, NVwZ 1996, S. 637, 638; zum Schenkungsverbot *Langenfeld*, BWNotZ 1997, S. 73, 74.

Auch der vereinbarte Sozialflächenbeitrag in Höhe von 10 % dürfte in der vorliegenden Ausgestaltung rechtswidrig sein. Zwar ist die Förderung des sozialen Wohnungsbaus nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB ein grundsätzlich zulässiges Ziel. Es fehlt jedoch eine hinreichende Sicherung, daß der vereinbarte „Ausgleichsbetrag“ tatsächlich zweckentsprechend verwendet wird und nicht lediglich der Aufbesserung des gemeindlichen Haushalts dient. Außerdem ist dem Eigentümer hier nicht die Möglichkeit eingeräumt worden, die Forderung zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus selbst zu erfüllen.

II. Verträge zur Förderung und Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele

Regelungsgegenstand städtebaulicher Verträge kann nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB auch die Förderung und Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele sein. Derartige Verträge sind besonders heikel, da es um die Schaffung von Baurecht durch Planung vermittelt Absprachen, in Verknüpfung mit Gegenleistungen des Privaten, geht.

Vgl. *Battis*, ZfBR 1999, S. 240, 241; *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 11 Rdnr. 10.

Solche Förderungs- und Sicherungsverträge müssen sich auf die Ziele der jeweiligen Bauleitplanung im Plangebiet beschränken. Zu Leistungen, die Planungszielen in anderen Bebauungsplangebietes dienen, darf der Vorhabenträger nicht verpflichtet werden.

Vgl. *Schmidt-Eichstaedt*, BauR 1996, S. 1, 8; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 16.

Zur Förderung und Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele kann die Gemeinde durch vertragliche Vereinbarungen Handlungspflichten des Vorhabenträgers begründen, die sie ihm hoheitlich, insbesondere mit dem abschließenden Katalog der Festsetzungsmöglichkeiten des § 9 BauGB, nicht auferlegen könnte.

Vgl. BVerwG, U. v. 11.02.1993 - 4 C 18.91 -,
BVerwGE 92, S. 56 zur Einheimischenförderung
des Weilheimer Modells.

1. Bindungen zur Sicherung der Grundstücksnutzung

a) Baupflicht

Nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB kann die Gemeinde mit dem Eigentümer oder Investor Verträge über die Grundstücksnutzung abschließen. Hierzu gehört insbesondere die Übernahme von Baupflichten. Dadurch kann in rechtlich zulässiger Weise gesichert werden, daß die Eigentümer der im Plangebiet befindlichen Grundstücke von den künftigen Baurechten entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplans auch tatsächlich Gebrauch machen. Baupflichten dienen nicht nur dazu, den dringenden Wohnbedarf der Bevölkerung zu decken. Außerdem soll hierdurch der Flächenverbrauch für neue Wohngebiete und der Erschließungsaufwand möglichst gering gehalten werden.

Häufig will die Gemeinde durch die Vereinbarung von Baupflichten aber auch sicherstellen, daß sie in der nächsten Fortschreibung des Flächennutzungsplans weitere Wohngebiete ausweisen kann. In vielen Baugebieten, die sich auf eine reine Angebotsplanung beschränken, finden sich in der Bebauung zahlreiche große Lücken. Gerade in ländlich strukturierten Gemeinden werden oft Bauplätze für die eigenen Kinder oder gar Enkel in Reserve gehalten. Will die Gemeinde in der nächsten Fortschreibung des Flächennutzungsplans weitere Wohngebiete ausweisen, wird ihr dann in der Regel unter Hinweis auf die bestehenden Lücken in den vorhandenen Baugebieten entgegengehalten, ein Bedarf für zusätzliche Baugebiete sei nicht gegeben.

Zur Herstellung des Bauvorhabens muß dem Eigentümer oder Investor eine **angemessene Realisierungsfrist** eingeräumt werden. Angemessen ist die Frist nur dann, wenn der Zeitbedarf des Bauherrn für die Vorbereitung, die Planung, das Bauantragsverfahren, die Finanzierung und die Baudurchführung hinreichend berücksichtigt wird. Bei kleineren Vorhaben dürfte in der Regel eine Frist von zwei Jahren mit Verlängerungsklausel oder drei Jahren ohne Verlängerungsmöglichkeit zumutbar sein.

Vgl. OLG Karlsruhe, U. v. 14.03.1991 - 9 U 260/89
-, NJW-RR 1992, S. 18, 19: Eine Dreijahresfrist ab
Erklärung der Auflassung ist angemessen; LG Ra-
vensburg, B. v. 25.10.1996 - 1 T 330/96 -, DNotI-

Report 1997, S. 92: Eine zweijährige Baupflicht ohne Verlängerungsklausel ist unangemessen kurz und verstößt gegen § 9 AGBG; vgl. auch *Grziwotz*, JuS 1998, S. 1018; *Bunzel* (Hrsg.) Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 85.

In dem städtebaulichen Vertrag ist genau zu definieren, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit die Baupflicht erfüllt ist. Je nach Zweck kann etwa auf den Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit oder den Zeitpunkt der vollständigen Erstellung des Rohbaus abgestellt werden.

Außerdem muß geregelt werden, ab wann die Realisierungsfrist zu laufen beginnt. Dies sollte nicht vor Eintritt der Planreife nach § 33 Abs. 1 BauGB der Fall sein. In der Regel erscheint es ratsam, als Fristbeginn den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bebauungsplans zu wählen. Wird der städtebauliche Vertrag erst zu diesem Zeitpunkt wirksam, kann der Fristbeginn auch an das Wirksamwerden des Vertrages geknüpft werden.

Vgl. das Regelungsbeispiel von *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 86.

Häufig ist es zur Vermeidung unbilliger Härten sinnvoll, in den städtebaulichen Vertrag eine Klausel aufzunehmen, wonach die Frist mit Zustimmung des Gemeinderats verlängert werden kann.

Viele Verträge enthalten neben der Frist zur Fertigstellung des Bauvorhabens auch eine Frist zur Stellung des Bauantrages sowie eine Frist für den Beginn der Bauarbeiten. Dadurch soll der Vertragspartner angehalten werden, bereits frühzeitig mit der Realisierung der Bauverpflichtung zu beginnen. Die Verletzung dieser Fristen zieht aber in der Regel keine Rechtsfolgen nach sich. Daher sollten derartige Regelungen auch nur in besonderen Fällen in den Vertrag aufgenommen werden.

A.A. *Walker*, Handbuch städtebauliche Verträge Band 1, 1. Aufl. 1999, S. 251.

Welche Sicherungen für den Fall der Nicht- oder Schlechterfüllung der Baupflicht vereinbart werden können, wird an anderer Stelle dargestellt.

Eine Bauverpflichtung bildet meist nur einen „**Vertragsbaustein**“, der durch weitere vertragliche Bindungen ergänzt wird, z.B. durch die Verpflichtung, einen bestimmten Anteil der Wohnungen mit Mitteln des sozialen Wohnungsbaus oder in Niedrigenergiebauweise zu errichten.

Weitere im Zusammenhang mit der Grundstücksnutzung verfolgte Ziele, die vertraglich gefordert und gesichert werden können, sind z.B. eine inhaltlich **be-**

grenzte Modernisierung einer baulichen Anlage zur Vermeidung von sogenannten „Luxusmodernisierungen“, die besondere Berücksichtigung des **Stadtbilds** bei Bauvorhaben in städtebaulich exponierten Lagen, eine bestimmte Art der **Bepflanzung** sowie eine **Rückbau- und Entsiegelungsverpflichtung** bei innerstädtischen Brachflächen.

Vgl. *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 11 Rdnr. 11; *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnr. 138.

b) Betriebspflicht

Neben einer Baupflicht kann die Gemeinde mit dem Vorhabenträger auch eine **Betriebspflicht** vereinbaren, z.B. zum Betrieb eines Lebensmittelladens zur Sicherung der Nahversorgung oder zum Betrieb eines Kinos.

Vgl. *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 11 Rdnr. 11; *Muster-Einführungserlaß der ARGEBAU*, Ziff. 6.3.5.

Solche Betriebs- bzw. Nutzungspflichten sind bei rentablen Vorhaben in der Regel überflüssig, da der Vorhabenträger hier bereits ein eigenwirtschaftliches Interesse an einem reibungslosen Betrieb seiner Anlage hat. Stellt die Gemeinde dem Vorhabenträger dagegen „bezahlbare“ Flächen etwa im Rahmen eines Einheimischenmodells zur Verfügung, kann eine vertraglich vereinbarte Nutzungspflicht für einen bestimmten Zeitraum zur Sicherung des „Subventionszwecks“ sogar rechtlich geboten sein.

c) Rückbaupflicht nach Nutzungsaufgabe

Als Element eines sogenannten „Baurechts auf Zeit“ kann die Gemeinde den Vorhabenträger vertraglich auch zum **Rückbau** einer baulichen Anlage **nach Nutzungsaufgabe** sowie zur Rekultivierung verpflichten.

Vgl. *Pietzcker*, Baurecht auf Zeit, Rechtsgutachten, S. 35 ff.; *ders.*, NVwZ 2001, S. 968, 972 f.

Eine solche Rückbauverpflichtung kommt insbesondere bei Spezialimmobilien in Betracht, bei denen aufgrund eines kurzen Nutzungszyklus und einer fehlenden Drittverwendungsfähigkeit absehbar ist, daß die Nutzung nach einer bestimmten Dauer aufgegeben wird (z.B. Musical Halls, Multiplex-Kinos). Ähnliches gilt für Zweckbauten mit kurzen Abschreibungs- und Amortisationszeiten (z.B. großflächige Einzelhandelseinrichtungen).

Vgl. Bericht der Unabhängigen Expertenkommission, Novellierung des Baugesetzbuchs, 2002, Rdnr. 184.

Die unabhängige Expertenkommission weist allerdings zu Recht darauf hin, daß eine solche Rückbauverpflichtung im Fall der Insolvenz oder der Rechtsnachfolge häufig keine hinreichende Sicherheit bietet, da die Gewährung einer Bankbürgschaft vielfach aus wirtschaftlichen Gründen nicht durchsetzbar sein wird.

Vgl. Bericht der Unabhängigen Expertenkommission, Novellierung des Baugesetzbuchs, 2002, Rdnr. 190.

Der Vorhabenträger kann sich zur Leerstandsvorsorge daneben vertraglich verpflichten, nach Aufgabe der vereinbarten Nutzung **auf Entschädigungsansprüche nach §§ 39 ff. BauGB zu verzichten**, um der Gemeinde eine entschädigungslose spätere Umplanung der betreffenden Flächen zu ermöglichen.

Vgl. *Pietzcker*, Baurecht auf Zeit, Rechtsgutachten, S. 35 ff.; *ders.*, NVwZ 2001, S. 968, 972 f.

Im Falle der Insolvenz oder der Veräußerung ist der Rechtsnachfolger allerdings an eine solche Verzichtserklärung nicht gebunden und kann deshalb etwaige Entschädigungsansprüche nach § 42 BauGB geltend machen.

Vgl. *Pietzcker*, Baurecht auf Zeit, Rechtsgutachten, S. 35 ff.; *ders.*, NVwZ 2001, S. 968, 973.

Dies kann durch Übernahme einer entsprechenden beschränkt persönlichen Dienstbarkeit vermieden werden.

Vgl. *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnr. 138.

d) Geh-, Fahr- und Leitungsrechte

Zur Sicherung der Grundstücksnutzung dienen auch vertragliche Vereinbarungen über Geh-, Fahr- oder Leitungsrechte zugunsten der Allgemeinheit, zugunsten eines Ver- oder Entsorgungsträgers oder eines beschränkten Personenkreises. Festsetzungen im Bebauungsplan nach § 9 Abs. 1 Nr. 21 BauGB reichen hierfür nicht aus, da der Bebauungsplan nicht selbst vollziehend ist.

Vgl. BVerwG, B. v. 02.11.1998 - 4 BN 49.98 -, BauR 1999, S. 151.

Mit anderen Worten: Durch die Festsetzung im Bebauungsplan wird das Geh-, Fahr- oder Leitungsrecht nicht begründet. Die Festsetzung bietet vielmehr lediglich die Rechtsgrundlage einer etwa erforderlichen Enteignung.

Ob in einem Plangebiet Geh-, Fahr- oder Leitungsrechte begründet werden müssen, sollte bereits möglichst frühzeitig ermittelt und mit den Trägern der Ver- und Entsorgung abgestimmt werden.

Sind in einem Bebauungsplan Geh-, Fahr- und Leitungsrechte festgesetzt, können dadurch Übernahme- und Entschädigungsansprüche des Eigentümers nach §§ 41 bis 44 BauGB entstehen. Solche Übernahme- und Entschädigungsansprüche können in dem städtebaulichen Vertrag ausgeschlossen werden.

Vgl. das Regelungsbeispiel bei *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 129 ff.

2. Durchführung von Ausgleichsmaßnahmen

Anstelle von Zuordnungsfestsetzungen i.S. des § 1 a Abs. 3 i.V.m. § 9 Abs. 1 a BauGB können gemäß § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und Nr. 3 BauGB auch vertragliche Vereinbarungen über die Durchführung von Ausgleichsmaßnahmen getroffen und der Abwägung zugrundegelegt werden. Der städtebauliche Vertrag setzt insoweit keine bauplanungsrechtlichen Festsetzungen voraus, sondern macht sie entbehrlich.

Vgl. *Krautzberger*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 1 a Rdnr. 46; *Louis/Wolf*, NuR 2002, S. 455, 464; *Mitschang*, BauR 2003, S. 183, 185 f.

Nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB kann zur Förderung und Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele u.a. „die Durchführung des Ausgleichs i.S.d. § 1 a Abs. 3“ BauGB vereinbart werden. Diese Regelung erfaßt **Verträge zwischen der Gemeinde und einem Vorhabenträger**, in denen sich dieser verpflichtet, die erforderlichen Ausgleichsmaßnahmen (u.U. auch außerhalb des Plangebiets) **selbst und auf eigene Kosten durchzuführen**.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, NK-B.v.18.07.1997 - 8 S 2891/96 -, NuR 1998, S. 148, 149.

Auch ein öffentlich-rechtlicher **Vertrag zwischen der planenden Gemeinde und der staatlichen Naturschutzbehörde** ist ein taugliches Mittel zur Sicherung und zur Durchführung der Ausgleichsmaßnahmen sein kann, und zwar auch für Ausgleichsmaßnahmen außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des Bebauungsplans

Vgl. BVerwG, U. v. 09.05.1997 - 4 N 1/96 -, NVwZ 1997, S. 216, 217.

Die Gemeinde darf einen solchen Vertrag ihrer Abwägung nach § 1 Abs. 6 i.V.m. § 1 a Abs. 3 BauGB zugrundelegen. Dazu ist zu beachten, daß

- ein 100 %iger Ausgleich nicht stets gefordert ist;

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 17.05.2001 - 8 S 2603/00 -, NVwZ-RR 2002, S. 8, 10; *Krautz-*

berger, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 1 a Rdnr. 30.

- die Gemeinde an durch Verwaltungsvorschrift eines Landes eingeführte standardisierte Bewertungsverfahren nicht gebunden ist;

vgl. BVerwG, B. v. 23.04.1997 - 4 NB 13/97 -, NVwZ 1997, S. 1215; *Kuschnerus*, BauR 1998, S. 1, 12 f.; vgl. auch *Krautzberger*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, 8. Aufl. 2002, § 1 a Rdnr. 30: naturschutzfachlich begründete Pauschalierungen sind möglich.

- im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses über den Bebauungsplan die Umsetzung der Ausgleichsmaßnahmen auch in eigentumsrechtlicher Sicht gesichert erscheinen muß.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, NK-U. v. 08.07.2002 - 3 S 2016/01 -, BWGZ 2003, S. 49.

Für Ausgleichsmaßnahmen kommen **nur** solche **Flächen** in Betracht, die **ökologisch aufwertungsbedürftig und -fähig** sind. Diese Voraussetzungen erfüllen sie, wenn sie in einen Zustand versetzt werden können, der sich im Vergleich mit dem früheren als ökologisch höherwertig einstufen läßt.

BVerwG, U. v. 28.01.1999 - 4 A 18/98 -, NVwZ-RR 1999, S. S. 629; BVerwG, Gerichtsbescheid v. 10.09.1998 - 4 A 35/97 -, NVwZ 1999, S. 532; VGH Baden-Württemberg, U. v. 17.05.2001 - 8 S 2603/00 -, NVwZ-RR 2002, S. 8, 10; vgl. auch die Hinweise in der Anlage „Grundsätze zur Ausgestaltung von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen“ zur Mustersatzung der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände zur Erhebung von Kostenerstattungsbeträgen nach §§ 135 a bis 135 c BauGB, abgedruckt in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 135 c BauGB Rdnr. 2.

Die Ausgleichsflächen können auch in einem Landschaftsschutzgebiet liegen.

Vgl. VGH Baden-Württemberg Vorlagebeschl. v. 26.07.1996 - 5 S 2054/96 -, NuR 1997, S. 143, 146.

Der Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, in dem sich der Vorhabenträger verpflichtet, auf bestimmten Flurstücken eine extensiv genutzte Streuobstwiese mit hochstämmigen Obstbäumen auf Dauer zu pflegen, kann deshalb nicht als Ausgleichsmaßnahme anerkannt werden, da sich die Maßnahme in der

Pflege einer bereits vorhandenen und schon jetzt extensiv genutzten Streuobstwiese erschöpft. Eine andere Beurteilung ist nach der derzeitigen Gesetzeslage auch dann nicht gerechtfertigt, wenn die betreffende Streuobstwiese ohne eine solche Pflege sonst in kurzer Zeit verwildern würde.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 17.05.2001 - 8 S 2603/00 -, NVwZ-RR 2002, S. 8, 10.

Die Gemeinde muß durch die vertragliche Vereinbarung **sicherstellen, daß** die angestrebte **Kompensationswirkung** ebenso wie bei einer bauplanerischen Festsetzung auch **tatsächlich auf Dauer erreicht wird**. Dies setzt in der Regel voraus, daß eine dauerhafte Grundstückssicherung der Ausgleichsflächen gewährleistet ist.

Vgl. *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnr. 143; *Stich*, UPR 2001, S. 177 zum „Vorhalten von Ausgleichsflächen durch private Immobilienentwickler“.

Grundstücke, auf denen Ausgleichsmaßnahmen durchgeführt werden sollen, müssen deshalb in der Regel im Eigentum der Gemeinde stehen. Ausreichend ist auch die Sicherung durch eine entsprechende beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinde. Dagegen reicht eine lediglich zeitlich befristete rechtliche Sicherung durch angepachtete Flächen in der Regel nicht aus.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 17.05.2001 - 8 S 2603/00 -, NVwZ-RR 2002, S. 8, 11 für einen auf 12 Jahre abgeschlossenen Pachtvertrag; vgl. auch OVG Münster, U. v. 11.01.2001 - 7 a D 148/98.NE -; vgl. auch *Stich*, ZfBR 2001, S. 80, 81.

Sollen die Ausgleichsmaßnahmen außerhalb des Plangebiets auf Flächen durchgeführt werden, die nicht dem Vorhabenträger gehören, dürfte es in der Regel zweckmäßig sein, daß die Gemeinde die Ausgleichsmaßnahmen selbst durchführt und sich die dabei entstehenden Kosten von dem Vorhabenträger erstatten läßt. Je weiter die Ausgleichsmaßnahmen von dem Plangebiet entfernt sind, desto geringer ist im Zweifel das Interesse des Vorhabenträgers, die Maßnahmen sorgfältig und fachgerecht durchzuführen.

Verpflichtet sich der Vorhabenträger, die Ausgleichsmaßnahmen selbst durchzuführen, ist eine fachlich kompetente **Vollzugskontrolle** sicherzustellen.

Vgl. Schäfer/Lau/Specovius, in: Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, Leitfaden zur Handhabung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung in der Bauleitplanung, 2001, S. 102.

Führt die Gemeinde den Ausgleich durch und soll der Vorhabenträger die Kosten erstatten, gilt dagegen § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB.

3. Bindungen zur Deckung des Wohnbedarfs einkommensschwacher Bevölkerungsgruppen

Nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB kann die Gemeinde auch Verträge zur Deckung des Wohnbedarfs von Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumproblemen abschließen. Zu den **Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumproblemen** zählen u.a. kinderreiche und junge Familien, Alleinerziehende mit einem oder mehreren Kindern, Schwerbehinderte, alte Menschen, Aus- und Übersiedler sowie Asylbewerber.

Vgl. *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnr. 145.

a) Vertragliche Bindungen als Instrument der sozialen „Feinsteuerung“

Vertragliche Bindungen mit dem Ziel einer Deckung des Wohnbedarfs von Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumproblemen sollen sicherstellen, daß Eigentümer bzw. Investoren Grundstücke oder Wohnungen für solche Bevölkerungsgruppen bereitstellen. Mit Hilfe derartiger Verträge soll eine soziale „Feinsteuerung“ erreicht werden, die durch Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 7 und § 9 Abs. 1 Nr. 8 BauGB allein nicht möglich ist.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 20; *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnr. 147; siehe auch *Spannowsky*, DÖV 2000, S. 569 zur Frage der Sicherung einer nachhaltigen städtebaulichen Entwicklung.

Nach § 9 Abs. 1 Nr. 8 BauGB kann die Gemeinde zwar einzelne Flächen festsetzen, auf denen ganz oder teilweise nur Wohngebäude errichtet werden dürfen, die für Personengruppen mit besonderem Wohnbedarf bestimmt sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat aber entschieden, daß einkommensschwache Wohnungssuchende keine Personengruppen mit besonderem Wohnbedarf i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 8 BauGB sind, da der besondere Wohnbedarf von Personengruppen in baulichen Besonderheiten der Wohngebäude zum Ausdruck kommen muß (z.B. rollstuhlgerechte Türen, Fahrstühle etc. bei Alten und Behinderten).

Vgl. BVerwG, B.v.17.12.1992 - 4 N 2.91 -, BVerwGE 91, S. 318.

Auch die Möglichkeit, Flächen für den sozialen Wohnungsbau nach § 9 Abs. 1 Nr. 7 BauGB festzusetzen, trägt dem Anliegen der Sicherung von Wohnbauflächen für Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumversorgungsproblemen nicht ausreichend Rechnung. Eine solche Festsetzung begründet weder

eine Verpflichtung zur Bereitstellung von Wohnungsbauförderungsmitteln, noch verbietet sie es dem Eigentümer, ohne Inanspruchnahme von Mitteln des öffentlich geförderten Wohnungsbaus ein Wohngebäude zu errichten. Ebensovienig kann die Rechtsform der Nutzung (Miet- oder Eigentumswohnungen) planerisch festgesetzt werden.

Vgl. *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnr. 146.

Allerdings ist auch bei vertraglichen Vereinbarungen das Verbot einer „Ghetto-Bildung“ i.S.v. § 1 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 BauGB zu beachten.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 20; *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnr. 147; vgl. auch BVerwG, U. v. 17.12.1992 - 4 N 2.91 -, BVerwGE 91, S. 318.

b) Die einzelnen Bindungen

Folgende Bindungen kommen in Betracht:

- Verpflichtung, einen bestimmten Anteil der Wohnungen oder der Geschoßfläche als Eigentums- oder Mietwohnungen im Standard und mit Mitteln des sozialen Wohnungsbaus zu errichten,
- Einräumung von Belegungs- und Besetzungsrechten zugunsten der Gemeinde mit bestimmten Bindungsfristen,
- Vereinbarung von Mietpreisbindungen mit bestimmten Bindungsfristen,
- Vereinbarung von Veräußerungsbeschränkungen, befristeten Zweckentfremdungsverboten und Umwandlungsverboten bei Errichtung geförderter Miet- oder Eigentumswohnungen.

Vgl. hierzu im einzelnen die Regelungsbeispiele bei *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 93 ff.

Durch die vertragliche Begründung eines **Belegungsrechts** kann erreicht werden, daß ein bestimmter Anteil preisgünstiger Wohnungen nur an Wohnungssuchende mit einer Wohnberechtigungsbescheinigung vergeben wird. Das sind vor allem solche Wohnungssuchende, deren Einkommen die Grenze des § 25 II. WoBauG nicht überschreiten. Das **Besetzungsrecht** ist eine weitergehende Form der Belegungsbindung. Dabei verpflichtet sich der Vorhabenträger, mit dem von der Gemeinde genannten Wohnungssuchenden einen Mietvertrag abzuschließen. Möglich ist auch die Vereinbarung eines *Benennungsrechts* entsprechend § 4 Abs. 4 WoBindG. Dabei hat die Gemeinde dem Vorhabenträger min-

destens drei Wohnungssuchende vorzuschlagen. Dieser hat die Wohnung dann an einen der vorgeschlagenen Wohnungssuchenden zu vergeben und mit diesem einen Mietvertrag abzuschließen.

Ist ein Benennungs- oder Besetzungsrecht zugunsten der Gemeinde vereinbart worden, hat der Vorhabenträger der Gemeinde unverzüglich anzuzeigen, wenn eine Wohnung frei oder bezugsfertig wird.

Bei vertraglicher Aufnahme einer **Mietpreisbindung** verpflichtet sich der Vorhabenträger, keine höhere als die nach dem Vertrag bestimmte Miete zu vereinbaren. Sind die Wohnungen mit öffentlichen Mitteln gefördert worden, darf der Mietpreis die Kosten nicht überschreiten (vgl. § 72 II. WoBauG i.V.m. §§ 8 bis 8 b WoBindG). Noch stärker einschneidende vertragliche Mietpreisbindungen sind allerdings in der Regel unangemessen.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 97.

Im Einzelfall können ergänzend zu den wohnungsbindungsrechtlichen Bestimmungen des § 52 Abs. 1 und Abs. 2 II. WoBauGB **vertragliche Veräußerungs- oder Umwandlungsbeschränkungen** vereinbart werden, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums mit einer Obergrenze von 20 bis 25 Jahren Veräußerungs- oder Umwandlungsvorgänge einer gemeindlichen Genehmigung unterstellen.

Vgl. zu den wohnraumbindungsrechtlichen Vorschriften vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 102 f.

Solche Vereinbarungen in städtebaulichen Verträgen sind aber stets nur dann angemessen, wenn der spezifische Zweck der Bindung über die mit der Vergabe öffentlicher Mittel verfolgten Zwecke hinaus geht.

Vgl. BGH, U. v. 10.03.1972 – V ZR 40/70 –, NJW 1972, S. 867.

Beispiel für Vertragsformulierung eines Belegungsrechtes sowie einer Mietpreisbindung im Rahmen des öffentlich geförderten Wohnungsbaus:

„Der Erwerber räumt der Stadt ein Wohnungsbelegungsrecht nach § 4 Abs. 4 des WoBindG ein. Das Wohnungsbelegungsrecht ist im Grundbuch einzutragen. Der Erwerber bewilligt und die Stadt beantragt die Eintragung dieser beschränkt persönlichen Dienstbarkeit in Abt. II des Grundbuchs mit folgendem Wortlaut bzw. unter Bezugnahme auf folgende Bewilligung an rangbereiter Stelle:

„Der Stadt wird bis zum ... das Wohnungsbelegungsrecht (gem. § 4 Abs. 4 WoBindG) für die auf dem in Abs. 1 genannten Vertragsgrundstück erstellten Wohnungen eingeräumt. Dieses Recht wird vom Amt für Liegenschaften und Wohnungswesen der Stadt ausgeübt. Die Fertigstellung der Wohnungen ist dem Amt für Wohnungswesen 6 Monate zuvor, die Möglichkeit einer Wiederbelegung jeweils unverzüglich nach Kenntnis vom Freiwerden einer Wohnung anzuzeigen. Der Erwerber verpflichtet sich, dem Amt für Wohnungswesen zum frühestmöglichen Zeitpunkt eine mögliche Wohnungsbesichtigung anzuzeigen. Das Wohnungsbelegungsrecht kann erstmals nur innerhalb von 3 Monaten nach der Anzeige der Wohnungsbesichtigung ausgeübt werden. Die auf diesem Vertragsgrundstück befindlichen Wohnungen des Sozialen Wohnungsbaus dürfen innerhalb dieser Frist an keiner anderen als die von der Stadt (Amt für Wohnungswesen) benannten Mieter zur Nutzung überlassen werden. Auf die Benennung zusätzlicher Bewerber besteht kein Anspruch“.

Die Beteiligten vereinbaren schuldrechtlich, daß das Belegungsrecht für 15 Jahre ab Bezugsfertigkeit der einzelnen Wohnungen eingeräumt wird. Ferner vereinbaren die Beteiligten, daß die Stadt nach Ablauf des im Landeswohnungsbauprogramm oder ergänzenden Programm des Landes oder Bundes festgelegten Förderzeitraums auf ihr Wohnungsbelegungsrecht in den Fällen verzichten wird, in denen der Wohnungseigentümer oder ein Verwandter in gerader Linie ersten Grades (Kind, Eltern) das frei werdende Wohnungseigentum selbst bezieht.

Der Erwerber verpflichtet sich auch gegenüber der Stadt zur Einhaltung der Regelungen über die Miethöhe entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen (Miethöhegesetz, WoBindG) sowie die im Bewilligungsbescheid der Landeskreditbank getroffenen Bestimmungen.“

Vereinbarungen über Belegungs- und Besetzungsrechte sowie über Mietpreisbindungen sind zwar auch **bei frei finanzierten Vorhaben** grundsätzlich zulässig.

Die Vereinbarung von *Belegungs- und Besetzungsrechten* ist aber nur dann angemessen, wenn aus dem berechtigten Personenkreis eine ausreichende Nachfrage nach Wohnungen zu der vom Vorhabenträger verlangten marktüblichen Miete besteht. Fehlt diese Nachfrage, wäre es unangemessen, wenn der Vorhabenträger gezwungen wäre, die Wohnung bis zur Nachfrage durch berechnigte Personen leer stehen zu lassen. In diesen Fällen darf der Vorhabenträger nicht gehindert sein, die Wohnungen an nicht berechnigte Bewerber zu vermieten.

Problematisch beim frei finanzierten Wohnungsbau sind aber vor allem vertraglich begründete *Mietpreisbindungen*. Derartige Beschränkungen führen oft zur dauerhaften Unwirtschaftlichkeit des Vorhabens. Aus diesem Grund wird sich ein „vernünftiger“ Investor in der Regel nicht auf solche Mietpreisbindungen einlassen, die es ihm von vornherein unmöglich machen, die von ihm angestrebte Soll-Rendite zu erzielen. Denkbar sind aber Fallkonstellationen, in denen der Vorhabenträger für einen bestimmten Anteil der zu errichtenden Wohnungen eine Mietpreisbindung akzeptiert, wenn eine **Mischkalkulation** ergibt, daß er durch den restlichen (größeren) Teil des Gesamtvorhabens die von ihm angestrebte Soll-Rendite erwirtschaften kann (sog. Linkage-Strategie).

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.) Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 98.

Die Mischkalkulation des Vorhabenträgers kann auch darauf beruhen, daß ihm die Gemeinde beim Verkauf ihrer Grundstücke spürbare Preiszugeständnisse einräumt.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1999, § 11, Rdnr. 21.

Für die Beurteilung der Angemessenheit ist die Wirtschaftlichkeit des Vorhabens *insgesamt* maßgeblich. Die Beurteilung obliegt primär dem Investor. Dieser trägt somit die „Beweislast“ für eine nach Vertragsschluß behauptete Unwirtschaftlichkeit des Gesamtvorhabens.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 98.

Dabei sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden. Ein Vorhaben kann sich auch ohne nachträgliche Änderung der Kalkulationsgrundlagen als unwirtschaftlich erweisen, etwa wenn dem Vorhabenträger Fehler in seiner Wirtschaftlichkeitsberechnung unterlaufen sind. Häufiger wird jedoch der Fall eintreten, daß die Wirtschaftlichkeit des Gesamtprojekts dadurch entfällt, daß sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen negativ geändert haben oder Nachfrageeinbrüche eingetreten sind. Im ersteren Fall dürfte ein Kalkulationsirrtum eher dem

Vorhabenträger zuzurechnen sein und in dessen Risikosphäre fallen als beim zweiten Fall, in dem sich Umstände geändert haben, die nicht in seinem Einflußbereich stehen. Bei ursprünglichem Kalkulationsirrtum ist die vertraglich eingegangene Mietpreisbindung deshalb in der Regel erst dann unangemessen, wenn auch langfristig keine Rendite zu erwarten ist.

So auch *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge - ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 98, allerdings mit anderer Begründung.

Ist die ursprüngliche Kalkulation des Vorhabenträgers methodisch einwandfrei, ändern sich aber nach Vertragsabschluß die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, so dürfte der Investor im Hinblick auf die Mietpreisbindung u.U. bereits dann einen Anspruch auf Vertragsanpassung haben, wenn anderenfalls die Wirtschaftlichkeit des Gesamtobjekts aktuell nicht gewährleistet wäre. Zwar sind die Voraussetzungen für eine Vertragsanpassung nach § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG in der Regel sehr streng. Hier ist jedoch bei der erforderlichen Interessenabwägung zu berücksichtigen, daß es bei der Frage der Zumutbarkeit des Fortbestandes vertraglicher Mietpreisbindungen nicht um die Erstattung gemeindlicher Aufwendungen geht. Daher ist in solchen Fällen in der Regel ein Anpassungsanspruch des Vorhabenträgers bereits dann sorgfältig zu prüfen, wenn die Änderungen aufgrund von Umständen eingetreten sind, die außerhalb seines Einflußbereichs liegen.

Praxistip:

Für den Fall, daß sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen in bestimmter Weise ändern, sollte in dem städtebaulichen Vertrag eine ausdrückliche Anpassungsklausel aufgenommen werden.

c) Abtretung von Flächen zum Zwecke des sozialen Wohnungsbaus

In Betracht kommt auch die *Abtretung von Flächen* an die Gemeinde, wenn der Vorhabenträger die vorgesehenen Sozialwohnungen nicht selbst errichten will und die sozialen Zwecke unter der Regie der Gemeinde oder eines gemeindlichen Wohnungsbauunternehmens erreicht werden sollen. Fraglich ist, ob eine Gemeinde die Überplanung eines Gebiets davon abhängig machen kann, daß ihm der Vorhabenträger einen bestimmten Anteil seiner Flächen zu Zwecken des sozialen Wohnungsbaus abtritt.

Dies scheitert jedenfalls nicht daran, daß durch die Landabgabe des privaten Eigentümers anders als bei Folgekostenverträgen kein rechtliches Hindernis beseitigt wird, das Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens ist. Ebenso wenig von Bedeutung ist, daß das Bauvorhaben eines Privateigentümers für den Wohnungsmangel sozial schwacher oder einheimischer Bürger nicht unmittelbar kausal ist.

Vgl. Grziwotz, NVwZ 1996, S. 637, 638.

Denn ob die Gemeinde die Überplanung eines Gebiets von einer Landabgabe eines bestimmten Teils der Fläche abhängig machen darf, richtet sich allein nach der gesetzgeberischen Wertentscheidung des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB.

Vgl. BGH, U. v. 02.10.1998 - 5 ZR 45/98 -, NJW 1999, S. 208, 209.

Die von der Gemeinde mit der Bauleitplanung verfolgten städtebaulichen Ziele, die durch Vertrag gefördert oder gesichert werden sollen, brauchen deshalb nicht Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens des Vorhabenträgers zu sein.

Eine andere Frage ist es, ob die Gemeinde die Überplanung der Flächen von einer *kostenlosen* Landabgabe zu Zwecken des sozialen Wohnungsbaus abhängig machen darf. Eine solche Förderung wäre jedenfalls dann unangemessen i.S.v. § 11 Abs. 2 BauGB, wenn dem Vorhabenträger kein Wahlrecht eingeräumt wird, die Sozialwohnungen selbst zu errichten.

d) Ablösung von Sozialbindungen

Sehr umstritten ist die Frage, ob die Verpflichtung zur Errichtung von Sozialwohnungen auch durch Zahlung eines einmaligen Geldbetrages „abgelöst“ werden kann. Die damit verbundene Problematik zeigt folgender Beispielfall:

E ist Eigentümer eines in einem privilegierten Ortsteil von S gelegenen Grundstücks, auf dem nach dem Entwurf des Bebauungsplans sechs Doppelhäuser errichtet werden sollen. Es handelt sich um die einzigen in diesem Ortsteil noch verfügbaren Südhanggrundstücke. Die Bauplätze werden von zahlreichen finanzkräftigen Interessenten nachgefragt. Die Stadt sieht ein, daß in dieses Gebiet keine Sozialwohnungen „hineinpassen“, macht aber die Fortführung des Bebauungsplanverfahrens davon abhängig, daß E die Verpflichtung zur Errichtung von Sozialwohnungen durch die Zahlung eines einmaligen Betrages „ablöst“. Der Ablösebetrag soll zur Errichtung von Sozialwohnungen durch die städtische Wohnungsbaugesellschaft in einem anderen Ortsteil verwendet werden.

Es liegt auf der Hand, daß eine Verpflichtung zur Errichtung von Sozialwohnungen im vorliegenden Fall nur schlecht in ein Gebiet mit einer „gehobenen Wohn-

situation“ passen würde. Eine solche Verpflichtung wäre zudem mit dem exklusiven Image des Gesamtvorhabens nicht vereinbar und würde auch den Marktwert der nicht gebundenen Gebäude ganz erheblich senken. Da der Eigentümer zur Schaffung des Baurechts auf die Kooperationsbereitschaft der Stadt angewiesen ist und diese die Überplanung des Gebiets von der Verpflichtung abhängig macht, einen bestimmten Wohnungsanteil als Sozialwohnungen zu errichten, hat der Eigentümer hier ein erhebliches wirtschaftliches Interesse daran, diese Bindung entweder ganz „abstreifen“ oder durch die Zahlung eines einmaligen Geldbetrages „ablösen“ zu können.

Ob die Stadt oder ein städtisches Wohnungsbauunternehmen den Ablösebetrag dazu verwenden darf, **in einem anderen Ortsteil Sozialwohnungen zu errichten**, ist streitig. Teilweise wird hierzu die Auffassung vertreten, bei der Ablösung handele es sich um eine allgemeine Wohnungsbauabgabe, für die § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB keine Rechtsgrundlage enthalte. Der Gebietsbezug der zu sichernden Ziele stehe einer Ablösung durch eine offene oder verdeckte Sonderabgabe entgegen. Sofern im Bebauungsplangebiet von vornherein kein sozialer Wohnungsbau angestrebt werde, fehle es am konkreten Gebietsbezug.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 22; *Schmidt-Eichstaedt*, BauR 1996, S. 1, 8; *Dolde/Menke*, NJW 1999, S. 1070, 1082; *Grziwotz*, NVwZ 1996, S. 637, 639; noch weitergehend *Gaßner*, BayVBl. 1998, S. 577, 583: aus dem Instrument der städtebaulichen Entwicklungsmaßnahme als „schärfstem Schwert“ des Städtebaurechts folge, daß die Quersubventionierung Dritter durch städtebaulichen Vertrag unzulässig sei; zulässig sei nur die Bereitstellung von Bauflächen zum Wert nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 Abs. 2 II BV.

Nach anderer Auffassung ist die Ablösung von einer Verpflichtung zur Errichtung von Sozialwohnungen zulässig, wenn die Verwirklichung der Ziele des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB konkret und im Zusammenhang mit dem Vorhaben sichergestellt ist.

Vgl. *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnr. 149.

Die auch nach dieser Auffassung einzuhaltende Grenze zur Sonderabgabe zugunsten von Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumversorgungsproblemen läßt sich allerdings häufig nur schwer bestimmen.

Gegen die Ablösung vereinbarungsfähiger Verpflichtungen nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB spricht aber weder der Wortlaut noch der Gesamtzusammenhang der Regelung. Zwar fordert § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB die Förderung oder Sicherung der mit dem konkreten Bebauungsplanverfahren verfolgten Ziele. Der

erforderliche konkrete Gebietsbezug eines Bebauungsplans führt jedoch grundsätzlich nicht dazu, daß bei der Umsetzung der planerischen Erfordernisse Maßnahmen, die außerhalb des Plangebiets durchgeführt werden sollen, unberücksichtigt bleiben müssen. So werden z.B. Ausgleichsmaßnahmen und Folgeeinrichtungen häufig auf Flächen außerhalb des Plangebiets realisiert.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 100 f.

In gleicher Weise sollte die Gemeinde die Möglichkeit haben, in einem Baugebiet von der Errichtung von Sozialwohnungen abzusehen und diese im Rahmen eines Gesamtkonzepts an bestimmten Stellen des Gemeindegebiets zu konzentrieren. Dies gilt jedenfalls insoweit, als die Gemeinde dem Gebot des § 1 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 BauGB Rechnung trägt, daß einseitige Bevölkerungsstrukturen, d.h. eine „Ghetto-Bildung“ vermieden werden soll. Anderenfalls wäre die Folge, daß in besonders hochwertigen Baugebieten für „Reiche“ im Unterschied zu anderen „normalen“ Wohngebieten der Vorhabenträger weder verpflichtet werden könnte, Sozialwohnungen zu errichten, noch dazu verpflichtet werden könnte, eine solche Pflicht durch Zahlung eines einmaligen Geldbetrages „abzulösen“. Ein solches Ergebnis dürfte kommunalpolitisch kaum vermittelbar sein.

Vgl. Badische Zeitung vom 21.10.2000: „Luxusbaugebiet profitiert“.

Es entspricht auch nicht dem Sinn und Zweck der Förderungsklausel des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB.

So im Ergebnis auch *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 187 f.

4. Bindungen zur Deckung des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung

Nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB kann die Gemeinde Verträge zur Deckung des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung abschließen. Hierzu kommen in der Praxis häufig die sogenannten **Einheimischenmodelle** zur Anwendung. Als Einheimischenmodelle werden solche Verträge zwischen Gemeinde und Dritten verstanden, die schon im Vorfeld der Bauleitplanung sicherstellen sollen, daß bei der Bebauung neuer, in der Regel bisher im Außenbereich gelegener Grundstücke Ortsansässige bevorzugt zum Zuge kommen.

Vgl. BayVGH, U. v. 22.12.1998 - 1 B 94.3288 -, NVwZ 1999, S. 1008, 1009.

Grund für die Schaffung von Einheimischenmodellen ist die Tatsache, daß sich einheimische Bauplatzbewerber gerade in der Nähe von Ballungszentren oder in landschaftlich reizvollen Erholungsgebieten vielfach nicht gegen kapitalkräftige „Zugezogene“ durchsetzen können. Um die kontinuierliche Entwicklung der Gemeinde unter Anknüpfung an die Ortsverbundenheit der Einwohner zu fördern,

verfolgen solche Gemeinden oft das Ziel, Einheimischen „bezahlbare“ Bauplätze zur Verfügung zu stellen und den Anstieg der Bodenpreise zu dämpfen. Grundsätzlich kommen folgende Einheimischenmodelle in Betracht:

- Sog. Einheimischenmodelle ohne gemeindlichen Zwischenerwerb;
- Zwischenerwerbsmodell, bei dem die Gemeinde das Grundstückseigentum zunächst erwirbt und dann selbst weiterveräußert;
- Veräußerung gemeindeeigener Grundstücke aus dem Bestand.

a) Einheimischenmodelle ohne gemeindlichen Zwischenerwerb

Einheimischenmodelle ohne gemeindlichen Zwischenerwerb arbeiten mit einem bloßen Recht der Gemeinde zum Erwerb des Grundstücks, und zwar entweder in Form eines Verkaufsangebots durch den Eigentümer („Weilheimer Modell“) oder als dinglich abgesichertes An- oder Vorkaufsrecht der Gemeinde („Traunsteiner Modell“).

aa) Das Weilheimer Modell

Nach dem Weilheimer Modell macht die Gemeinde die Aufstellung eines Bebauungsplans davon abhängig, daß der oder die Grundstückseigentümer der Gemeinde **ein auf 10 Jahre befristetes, notariell beurkundetes Verkaufsangebot** für ihre Grundstücke zu einem vom Gutachterausschuß festgesetzten Kaufpreis machen und eine entsprechende Auflassungsvormerkung zur Eintragung in das Grundbuch bewilligen. Die **Gemeinde verpflichtet sich, das Angebot nicht anzunehmen, solange der Grundstückseigentümer das Grundstück selbst nutzt oder es an einen Einheimischen veräußert**. Um zu verhindern, daß der einheimische Erwerber seinerseits das Grundstück an einen Ortsfremden mit Gewinn weiterveräußert, macht die Gemeinde die Zustimmung zu dem Verkauf allerdings davon abhängig, daß der Erwerber bereit ist, die Einheimischenbindung des Grundstücks zu übernehmen.

Häufig wird zusätzlich eine Baupflicht vereinbart, damit der Eigentümer die Grundstücke nach Überplanung nicht als Vorratsfläche in Reserve halten kann.

Das BVerwG hat in seinem Urteil vom 11.02.1993 die Rechtmäßigkeit des Weilheimer Modells geprüft und bestätigt, wobei es den Vertrag als zivilrechtlichen Vertrag qualifiziert hat.

Vgl. BVerwG, U. v.11.02.1993 - 4 C 18.91 -, BVerwGE 92, S. 56, 63; vgl. hierzu die Anmerkungen von *Grziwotz*, DNotZ 1994, S. 69 und *Jachmann*, MittBayNot 1994, S. 93.

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist der Vertrag nicht nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig. Als Verbots-

gesetz käme ohnehin nur das BauGB in Frage. Das BauGB verhalte sich zu der mit dem Weilheimer Modell intendierten Eigentümerstruktur neutral und begründe auch in seiner Gesamtkonzeption kein Verbot i.S.d. § 134 BGB, außerhalb des BauGB auf die Entwicklung der Eigentümerverhältnisse in einem Baugebiet vertraglich Einfluß zu nehmen.

Das Weilheimer Modell sei auch mit Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG vereinbar. Die Vorschrift erlaube es, die kontinuierliche Entwicklung der Gemeinde mit der Anknüpfung an die Ortsverbundenheit der Einwohner zu fördern. Ein Einheimischenmodell verstoße nur dann gegen Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, wenn es darauf angelegt sei, „Nichteinheimische“ von einer Integration auszuschließen oder gar von dem Gemeindegebiet fernzuhalten. Maßgebliches Kriterium hierfür sei, ob innerhalb des Gemeindegebiets ausreichend Bauplätze „ohne Einheimischenbindung“ zur Verfügung stünden.

Der Vertrag verstoße auch nicht gegen Art. 3, 11 und 14 GG. Ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz sei nicht gegeben, da die Gemeinde allen Eigentümern von Grundstücken im Plangebiet die Bindung an das „Weilheimer Modell“ abverlangt habe. Die Inanspruchnahme der grundrechtlich durch Art. 11 Abs. 1 GG geschützten Freizügigkeit sei nicht von der Frage abhängig, ob und wie Eigentum an Grund und Boden erworben werden könne, auch wenn sie die Entscheidung von Personen, sich in einem bestimmten Ort anzusiedeln, beeinflussen könne. Ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG scheide deshalb aus, da dem Eigentümer durch die vertragliche Beschränkung des erwerbsberechtigten Käuferkreises bei Veräußerung seines Grundstücks lediglich die verfassungsrechtlich nicht geschützte Chance genommen werde, den höchstmöglichen Grundstückspreis zu erzielen.

Auch ein nach § 138 BGB unzulässiges Koppelungsgeschäft sei nicht gegeben. Zwischen der wirtschaftlichen Gegenleistung des Bürgers und dem Verwaltungshandeln der Gemeinde liege im Falle des „Weilheimer Modells“ ein bestimmter innerer Zusammenhang vor. Die Gemeinde habe zwar die Durchführung des Bebauungsplans davon abhängig gemacht, daß ihr alle Grundstückseigentümer in dem betroffenen Bereich ein Grundstückskaufangebot nach Maßgabe des „Weilheimer Modells“ unterbreiten. Dieses Vorgehen diene jedoch der Erfüllung einer gemeindlichen Aufgabe und sei den gesamten Umständen nach auch nicht unangemessen. Durch die Ausweisung des fraglichen Bereichs als Wohngebiet habe das vor Inkrafttreten des Bebauungsplans im Außenbereich gelegene Grundstück immerhin eine nicht unerhebliche Wertsteigerung erfahren. Die Grundstückspreise für baureife Grundstücke seien in aller Regel höher als für andere. Auch die vereinbarte Bindungsfrist von 10 Jahren schränke den Eigentümer nicht unverhältnismäßig ein und sei zur mittelfristigen Zielsicherung der Interessen der Gemeinde erforderlich.

Vgl. BVerwG, U. v. 11.02.1993 - 4 C 18.91 -,
BVerwGE 92, S. 56.

Gegen dieses Urteil erhobene Bedenken, die Anwendung eines Einheimischenmodells behindere die Ausübung verfassungs- und gemeinschaftsrechtlicher Freizügigkeitsrechte, haben sich im Gesetzgebungsverfahren zur Novellierung des BauGB nicht durchsetzen können.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 23 m.w.N.

In der Folge haben sich viele Gemeinden an das Weilheimer Modell angelehnt. Eine entsprechende Vertragsgestaltung sieht in den entscheidenden Passagen z.B. wie folgt aus:

„Herr/Frau – im folgenden auch Verkäufer genannt – bietet der Gemeinde ... – im folgenden auch Käuferin genannt – oder von ihr zu benennenden Dritten den Abschluß des nachstehenden Kaufvertrages an. An dieses Angebot hält sich der Anbietende gebunden bis zum ...

Die Gemeinde darf nur Dritte benennen, welche in den Richtlinien der Gemeinde für die Vergabe von Bauplätzen vom ... aufgeführt sind. ...

Der Verkäufer verpflichtet sich, solange er an das Angebot gebunden ist, ohne Zustimmung der Gemeinde keine Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäfte über dieses Grundstück oder Grundstücksteile abzuschließen. Ihm ist bekannt, daß eine Verfügung über das Grundstück insoweit unwirksam wäre, als sie den Anspruch der Gemeinde vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Die Gemeinde nimmt von dem Angebot Kenntnis. Sie verpflichtet sich, davon keinen Gebrauch zu machen, wenn der Verkäufer das Grundstück binnen einer Frist von 10 Jahren ab heute weiter selbst nutzt oder an jemand veräußert, der die Richtlinien der Gemeinde für die Vergabe von Bauplätzen vom ... erfüllt.

Die Gemeinde wird der Veräußerung an die in den Richtlinien vom ... genannten Personen jedoch nur zustimmen, wenn diese der Ge-

meinde gegenüber über ihre Grundstücke ebenfalls ein Kaufangebot wie der Verkäufer gemacht haben. Dies gilt insbesondere auch bei Übertragung des Grundstücks an Angehörige ...“

Die **Richtlinien für die Vergabe von Bauplätzen der Gemeinde**, auf die in dem dargestellten notariellen Kaufangebot verwiesen wird, knüpfen den Status als Einheimischer an die Voraussetzung, daß

- der Bewerber seit mindestens 5 Jahren in der Gemeinde mit Hauptwohnsitz gemeldet ist und dort tatsächlich wohnt oder
- der Bewerber in der Gemeinde geboren oder aufgewachsen ist und sein Wegzug durch Heirat, Beruf oder mangelnde Wohnung in der Gemeinde bedingt war oder
- der Bewerber seinen Arbeitsplatz seit mindestens 5 Jahren in der Gemeinde hat.

Ferner darf der Bewerber in den letzten 20 Jahren keinen baureifen Grundbesitz (bebaute oder bebaubare Grundstücke oder Haus) gehabt haben, wobei eine Eigentumswohnung nicht als baureifer Grundbesitz zählt.

Die Ausgestaltung der Richtlinien zur Vergabe von Bauplätzen ist allerdings von Gemeinde zu Gemeinde unterschiedlich. So gelten z.B. in manchen Gemeinden Bewerber bereits dann als Einheimische, wenn sie seit mindestens 2 Jahren in der Gemeinde mit Hauptwohnsitz gemeldet sind und dort tatsächlich wohnen.

Bei dem Erlaß der Richtlinien handelt es sich kommunalrechtlich nicht um ein Geschäft der laufenden Verwaltung. Die Richtlinien stellen grundsätzlich nur dann eine hinreichende Grundlage für die Vergabe von Bauplätzen dar, wenn sie vom Gemeinderat (u.U. auch von einem beschließenden Ausschuß) beschlossen worden sind.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 09.12.1999 - 5 S 2051/98 -, NVwZ-RR 2000, S. 837; vgl. auch VGH Baden-Württemberg, U. v. 01.08.1996 - 5 S 3300/95 -, NVwZ-RR 1997, S. 677, jeweils zur „straßenrechtlichen Gestaltungsfreiheit“ der Gemeinde.

bb) Das Traunsteiner Modell

Bei dem sogenannten Traunsteiner Modell macht die Gemeinde die Ausweisung von Bauland davon abhängig, daß sich die im Plangebiet befindlichen Grundstückseigentümer durch notariellen Vertrag verpflichten, Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte über jedes einzelne Baugrundstück nur mit Zustimmung der

Gemeinde zu schließen. Bestandteil dieses Vertrages sind ferner die Richtlinien der Gemeinde über die Vergabe von Bauplätzen sowie ein Höchstpreis, für den ein Grundstück verkauft werden kann. Danach wird die Zustimmung der Gemeinde in der Regel nur erteilt, wenn die Veräußerung an einen Einheimischen erfolgt und der Kaufpreis zudem den vereinbarten Höchstpreis nicht überschreitet. Die Gemeinde kann die Zustimmung zu einer Veräußerung dagegen versagen, wenn die Grundstücke vertragswidrig nicht an Ortsansässige veräußert werden oder der Eigentümer sich nicht an den vereinbarten Kaufpreis hält. Zur Sicherung der Vertragserfüllung wird ein preislimitiertes dinglich abgesichertes An- oder Vorkaufsrecht zugunsten der Gemeinde vereinbart.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 114 f.; *Schmucker*, in: *Glück*, Mehr Bauland ist möglich, 1981, S. 77 ff.

Die Vertragskonstruktion beruht also auf einem **Ankaufsrecht, bei dem jedoch der Kaufpreis limitiert wird**. Die Begrenzung des Kaufpreises erfolgt häufig auf 70 % des im Grundstücksverkehr mit Nichteinheimischen üblichen Kaufpreises.

Vgl. *Grziwotz*, JuS 1999, S. 36.

Höchstpreisklauseln auch bei Verkäufen an Einheimische verfolgen den Zweck, der ortsansässigen Bevölkerung den Erwerb preisgünstiger bezahlbarer Grundstücke zu ermöglichen. Die Festlegung des Höchstpreises kann sich an dem Sondermarktniveau des Grundstücksverkehrs unter Einheimischen orientieren.

Vgl. *Grziwotz*, JuS 1999, S. 37.

Im übrigen können Höchstpreisklauseln auch zur Förderung anderer legitimer öffentlicher Ziele vereinbart werden, die die Gemeinde mit der Bauleitplanung verfolgt. Dies gilt z.B. für eine beabsichtigte Förderung junger Familien unabhängig von ihrem Einheimischenstatus.

cc) Modelle, die auf der Grundlage des Weilheimer Modells weiterentwickelt worden sind

Das Weilheimer Modell ist inzwischen von einzelnen Gemeinden weiterentwickelt worden. Dabei sind die **Bindungen der Eigentümer teilweise beträchtlich verstärkt** worden. Verschärft worden sind insbesondere folgende Regelungen:

- Verlängerung der Bindungsfrist von 10 Jahren auf 15 Jahre, 20 Jahre und mehr.
- Festlegung eines Kaufpreises in dem Verkaufsangebot des Grundstückseigentümers, der deutlich unter dem Preis liegt, zu dem die Gemeinde selbst eigene Bauplätze im Rahmen ihrer sozialen Bodenpolitik an wohnberechtigte Einheimische verkauft.

- Einführung eines Wahlrechts der Gemeinde, im Fall der Nichterfüllung von Verpflichtungen durch den Grundstückseigentümer anstelle der Angebotsannahme alternativ auch die planungsbedingte Bodenwertsteigerung (ohne Gebäude sowie Erschließungs- und Anliegerbeiträge) durch Zahlung eines Geldbetrages abzuschöpfen.

Ob und inwieweit die dargestellten Verschärfungen rechtlich zulässig sind, ist bislang nicht höchstrichterlich geklärt worden. Es spricht aber vieles dafür, daß eine **bis zu 20 Jahre dauernde Angebotsbindung** sich noch im Rahmen der Angemessenheit hält.

So BayVGH, U. v. 22.12.1998 - 1 B 94.3288 -, NVwZ 1999, S. 1008, 1012: Die Bindung müsse von einer gewissen Dauer sein, um ihren Zweck überhaupt erfüllen zu können; weitergehend OLG München, U. v. 02.11.2000 - 1 U 2072/00 -, MittBayNot 2001, S. 98, wonach ein Ankaufsrecht für die Dauer von 25 Jahren bei Verstoß gegen eine Fremdenverkehrsdienstbarkeit zulässig ist; vgl. auch LG Traunstein, U. v. 28.07.1998 - 6 O 2744/97 -, DNotI-Report 1998, S. 218; *Deutrich*, MittBayNot 1996, S. 201, 202; *Grziwotz*, Baulanderschließung, 1993, S. 215; *Jachmann*, MittBayNot 1994, S. 93, 108.

Ob der Kaufpreis im Verkaufsangebot des Grundstückseigentümers **deutlich niedriger festgelegt werden kann als der Preis, zu dem die Gemeinde selbst eigene Bauplätze** im Rahmen ihrer sozialen Bodenpolitik an wohnberechtigte Einheimische **verkauft, ist umstritten**. Gleiches gilt für **alternative Gewinnabschöpfungsklauseln im Falle eines Vertragsverstoßes**.

Die Rechtsprechung kommt bei der Prüfung der Zulässigkeit derartiger Klauseln und deren dogmatischer Einordnung zu unterschiedlichen Ergebnissen.

Ablehnend OLG Koblenz, U. v. 05.11.1997 - 7 U 370/97 -, DNotI-Report 1998, S. 25: Die zinslose Zahlung von lediglich 90 % des gezahlten Kaufpreises im Falle der Ausübung eines Wiederkaufsrechts durch die Gemeinde sei unangemessen; LG Karlsruhe, U. v. 13.02.1997 - 8 O 516/96 -, DNotZ 1998, S. 483 mit Anmerkung *Busse*: Ein gewisser Abschlag vom Verkehrswert oder eine Vertragsstrafe sei zwar zulässig, nicht jedoch die Vereinbarung eines Wiederkaufspreises in Höhe des halben Verkehrswerts (des errichteten Gebäudes); zustimmend LG Traunstein, U. v. 28.07.1998 - 6 O 2744/97 -, DNotI-Report 1998, S. 218: Die Abschöpfung der Wertsteigerung des Grundstücks ohne Gebäude bei einem Verstoß gegen die Ein-

heimischenbindung sei nicht unangemessen; ähnlich LG Traunstein, U. v. 29.10.1998 - 7 O 3458/98 -, NVwZ 1999, S. 1026, OLG Celle, U. v. 13.02.1998 - 4 U 87/97 -, DNotl-Report 1999, S. 70: Eine formularmäßige Vertragsstrafenregelung sei zulässig; vgl. auch OLG München, U. v. 09.12.1998 - 3 U 2031/98 -, NVwZ 1999, S. 1025: Könne die Gemeinde anstelle eines Wiederkaufsrechts einen Zahlungsanspruch geltend machen, werde dieser der Höhe nach auf den wirtschaftlichen Wert begrenzt, der ihr bei Ausübung des Wiederkaufsrechts zugute käme; nach OLG München, U. v. 02.11.2000 - 1 U 2072/00 -, MittBayNot 2001, S. 98 f., ist ein Ankaufsrecht zu 70 % des Verkehrswertes bei Verstoß gegen eine Fremdenverkehrsdiensbarkeit zulässig.

Im Ergebnis spricht einiges dafür, daß solche Sicherungsklauseln jedenfalls dann zulässig sind, soweit sie lediglich zu einem begrenzten Abschlag zum Verkehrswert führen. Denn immerhin möchte die Gemeinde die Grundstücke grundsätzlich gar nicht erwerben, sondern erwartet von dem Eigentümer, daß er die Bindungen des Einheimischenmodells einhält. Das Angebot und der darin festgelegte niedrige Kaufpreis dient der Verwirklichung der gemeindlichen Ziele und ist nur als „Mittel zum Zweck“ gedacht. Jeder Eigentümer hat es selbst in der Hand, den Verkauf seines Grundstücks an die Gemeinde zu dem festgesetzten niedrigen Preis zu vermeiden.

Der vertragsuntreue Eigentümer verdient in der Regel jedenfalls dann keinen Schutz, wenn er das Grundstück gleich nach Errichtung des Gebäudes vertragswidrig und mit Gewinn an einen Dritten veräußert. Möchte ein Eigentümer sein Haus allerdings aufgrund eines arbeitsplatzbezogenen Ortswechsels verkaufen oder vermieten, obwohl die Bindungsfrist zur Selbstnutzung noch nicht abgelaufen ist, erscheint eine Abschöpfung der planungsbedingten Bodenwertsteigerung dagegen unangemessen.

Ähnlich auch *Grziwotz*, JuS 1999, S. 37.

In solchen Fällen kommt allenfalls eine teilweise Abschöpfung des Mehrerlöses für den Grundstücksanteil des Kaufpreises in Betracht.

dd) Einheimischenmodelle im Rahmen einer freiwilligen Umlegung

Einheimischenmodelle ohne gemeindlichen Zwischenerwerb kommen auch im Rahmen einer freiwilligen Umlegung in Betracht. In dem Umlegungsvertrag können Baugebote, die nur von ortsansässigen Personen erfüllt werden können, vereinbart werden, sofern der Mangel an Bauland in der Gemeinde erheblich und in anderer Weise nicht zu beheben ist sowie Einheimische besonders betroffen sind.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 20.07.2000 - 8 S 177/00 -, ZfBR 2001, S. 284: Der Personenkreis, der das Baugebot erfüllen dürfe, könne auch auf den Erwerber des Zuteilungsgrundstücks sowie nahe Verwandte beschränkt werden.

Die Erfüllung der Baupflicht kann wie beim Traunsteiner Modell durch ein dinglich abgesichertes Ankaufsrecht zugunsten der Gemeinde gesichert werden. Während die Einheimischenbindungen bei den bisher dargestellten Modellen bereits im Vorfeld der Bauleitplanung vertraglich begründet werden, geschieht dies bei einem Einheimischenmodell im Rahmen einer freiwilligen Umlegung erst zu einem späteren Zeitpunkt, der unter Umständen auch nach dem Eintritt der Planreife des zugrundeliegenden Bebauungsplans nach § 33 Abs. 1 BauGB liegen kann.

b) Gemeindlicher Zwischenerwerb

Ein Einheimischenmodell kann auch durch einen gemeindlichen Zwischenerwerb realisiert werden. Bei diesem Modell macht die Gemeinde die Ausweisung eines neuen Baugebiets davon abhängig, daß vor dem Aufstellungsbeschluß über den Bebauungsplan die gesamten Grundstücke im Plangebiet oder ein bestimmter Prozentsatz dieser Grundstücke an sie verkauft werden. Nach Überplanung und Baureifmachung werden die Grundstücke dann mit den Bindungen, die im Zusammenhang mit der Vergabe gemeindeeigener Bauplätze üblich sind, an Einheimische weiterverkauft.

aa) Rechtliche Anforderungen an den Grundstückserwerb durch die Gemeinde im Rahmen eines Zwischenerwerbsmodells

Die **Verknüpfung zwischen Grundstückserwerb und Baulandausweisung** ist grundsätzlich zulässig, wenn der gemeindliche Grundstückserwerb zur Realisierung eines Bebauungsplans im Rahmen eines Einheimischenmodells dient. Eine Gemeinde darf die Erfüllung dieser rechtmäßigen öffentlichen Aufgabe mit den Mitteln des Privatrechts verfolgen und sich die benötigten Grundstücke im Wege eines Ankaufsmodells verschaffen. Dies gilt im Fall einer erstmaligen Überplanung der Flächen jedenfalls dann, wenn der Verkauf allein in der freien Entscheidung des Eigentümers steht und nicht durch „erpresserische“ Drohungen herbeigeführt wird.

Vgl. BGH, U. v. 02.10.1998 - V ZR 45/98 -, NJW 1999, S. 208, 209; vgl. auch *Grziwotz*, Zur Strafbarkeit von Amtsträgern beim Abschluß städtebaulicher Verträge, BauR 2000, S. 1437.

Ist ein Grundstück allerdings bereits in einer eine Bebauung ermöglichenden Weise überplant, darf die Gemeinde eine Änderung des Bebauungsplans nicht von der Abtretung von einem bestimmten Teil der bislang unbebauten Flächen

abhängig machen. Das gilt auch dann, wenn die Gemeinde diese Flächen zu einem (noch) marktgerechten Preis erwerben und nach Abschluß des Bebauungsplanänderungsverfahrens an einheimische Bauplatzbewerber weitergeben will.

Vgl. Niedersächsisches OVG, U. v. 21.07.1999 - 1
K 4974/97 -, NVwZ-RR 2000, S. 201.

Verfolgt die Gemeinde dagegen rein fiskalische Interessen mit dem Ziel einer vollständigen oder teilweisen Abschöpfung der planungsbedingten Bodenwertsteigerung, ist der gemeindliche Zwischenerwerb auch im Fall einer erstmaligen Überplanung eines Gebiets nicht gerechtfertigt. Daher ist auch ein Grundsatzbeschluß rechtswidrig, wonach eine Gemeinde die Ausweisung eines neuen Baugebiets unabhängig von der beabsichtigten Realisierung eines Einheimischenmodells oder einer anderen nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB zulässigen öffentlichen Aufgabe generell von der Abtretung eines bestimmten Prozentsatzes der im Plangebiet gelegenen Grundstücksflächen abhängig macht.

Vgl. *Grziwotz*, NVwZ 1996, S. 637, 640; *Jäde*, BayVBl. 1992, S. 549, 556.

Kauft die Gemeinde Grundstücke aus rein fiskalischen Zwecken einer Planungsgewinnabschöpfung zur Sanierung eines notleidenden Haushalts, kann dies für sie auch negative steuerrechtliche Folgen haben: Die Annahme eines steuerpflichtigen gewerblichen Grundstückshandels liegt trotz der hoheitlichen Tätigkeit der Bauleitplanung durchaus nahe. Immerhin verhält sich die Gemeinde in diesem Fall nicht anders als ein Privater, der durch An- und Verkauf von Grundstücken Gewinn erzielen will.

Vgl. *Grziwotz*, Städtebauliche Verträge und ihre steuerrechtlichen Implikationen, Forum Wohnungseigentum 2000, Heft 10 m.w.N.

Veräußert ein Eigentümer im Rahmen eines Einheimischenmodells Grundstücke an die Gemeinde, so ist dieser Vertrag, anders als Vereinbarungen im Rahmen eines Aufkaufverfahrens zur Vermeidung einer Umlegung, als privatrechtlich einzuordnen. Auch bei privatrechtlichen Vereinbarungen zwischen Gemeinde und Grundstückseigentümer gilt allerdings das Verbot eines unzulässigen Kopplungsgeschäfts.

Vgl. BGH, U. v. 02.10.1998 - V ZR 45/98 -, NJW 1999, S. 208, 209; BVerwG, U. v. 11.02.1993 - 4 C 18.91 -, BVerwGE 92, S. 56, 65; *Grziwotz*, NVwZ 1996, S. 637, 640; *Busse*, BayVBl 1993, S. 231, 232.

Leistung und Gegenleistung müssen deshalb auch bei Grundstücksveräußerungen im Rahmen eines Einheimischenmodells mit gemeindlichem Zwischener-

werb in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Hierfür ist nur entscheidend, ob die Leistungen der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ausgeglichen sind.

Vgl. BGH, U. v. 02.10.1998 - V ZR 45/98 -, NJW 1999, S. 208, 209.

Abzustellen wäre danach grundsätzlich auf den **Verkehrswert des Grundstücks bei Vertragsschluß**, in der Regel also auf den Preis als Bauerwartungsland. Allerdings wird in Literatur und Rechtsprechung teilweise die Auffassung vertreten, die Gemeinde dürfe die Grundstücke auch zu einem niedrigeren Preis als dem Verkehrswert erwerben. Eine Unterschreitung des Verkehrswertes beim Ankauf der Flächen sei bis zu einem bestimmten Prozentsatz (ca. 30 %) zulässig

Vgl. *Beck*, Einheimischenmodelle, 1993, S. 34; *Bleutge*, MittBayNotZ 1996, S. 149, 151; *Jachmann*, MittBayNotZ 1994, S. 193, 197

und lasse sich aus den legitimen Zielen des Einheimischenmodells herleiten.

Vgl. BayVGH, U. v. 11.04.1990 - 1 B 85A 14.80 -, NVwZ 1990, S. 979, 982.

Diese Ansicht ist jedoch zweifelhaft, da den Zielen des Einheimischenmodells bereits dann hinreichend Rechnung getragen wird, wenn die Gemeinde die Grundstücke zum Preis von Bauerwartungsland erwirbt. Daher spricht vieles dafür, daß ein Erwerb grundsätzlich nur zum Verkehrswert zulässig ist.

Vgl. *Grziwotz*, NVwZ 1996, S. 637, 240; *Busse*, BayVBl. 1993, S. 231, 232; *Wolters*, Der Bauplanungsvertrag, 1998, S. 260 ff.

Bunzel weist allerdings zu Recht darauf hin, daß es sich in der Praxis dabei regelmäßig um eine eher theoretische Frage handelt, da die Gemeinde sinnvollerweise mit zumindest geringfügigen Aufschlägen auf den Verkehrswert arbeiten wird, um die Akzeptanz und Mitwirkungsbereitschaft der Eigentümer zu erhöhen.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 105.

Vielfach kann der Eigentümer dadurch zur Mitwirkung motiviert werden, daß ihm die Gemeinde eine Restfläche beläßt und ihm in Aussicht stellt, diese Fläche in das Plangebiet einzubeziehen. Insoweit fällt die planungsbedingte Bodenwertsteigerung dem Eigentümer zu. Als vertrauensbildende Maßnahme ist es oft ratsam, dem Eigentümer ein vertragliches Rücktrittsrecht vom Kaufvertrag für den Fall einzuräumen, daß seine Restfläche nicht in der vertraglich vorausgesetzten Weise überplant wird.

Praxistip:

Zur Minimierung des gemeindlichen Vorfinanzierungsaufwandes sollte die Gemeinde vereinbaren, daß der Kaufpreis erst mit Planreife oder zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bebauungsplans fällig wird.

bb) Rechtliche Anforderungen an die Rück- oder Weiterveräußerung von Grundstücken durch die Gemeinde

Nach Baureifmachung veräußert die Gemeinde die von ihr angekauften Grundstücke wieder. Entweder verkauft sie die Grundstücke an die ursprünglichen Eigentümer zurück oder die Bauplätze werden an einheimische Bewerber vergeben. Die Rechtsprechung hat **bislang nicht entschieden, ob der Gemeinde bei der Festlegung der Höhe des Kaufpreises für die Rück- oder Weiterveräußerung der baureifen Grundstücke** im Rahmen eines Zwischenerwerbsmodells **rechtliche Grenzen gesetzt sind**. In der Literatur ist umstritten, ob die bei der Gemeinde als Zwischeneigentümerin von Flächen im Rahmen eines Einheimischenmodells eintretenden planungsbedingten Bodenwertsteigerungen auf die Deckung entstehender Kosten beschränkt sind oder ob die Gemeinde die Ankaufmodelle auch dazu nutzen kann, Gewinne zu erwirtschaften.

Für die Zulässigkeit einer Gewinnabschöpfung vgl.
z.B. *Grziwotz*, NVwZ 1996, S. 637, 640; dagegen
z.B. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein
Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 105.

Die „Einheimischenbindungen“ in dem Kaufvertrag über die Rück- oder Weiterveräußerung der Grundstücke durch die Gemeinde sind die gleichen wie in den Fällen, in denen die Gemeinde Grundstücke im Rahmen eines Einheimischenmodells aus ihrem Eigenbestand verkauft. Entsprechendes gilt für die vertragliche Absicherung der den Erwerbem auferlegten Bindungen. Als **Sicherungsmittel** kommen in Betracht ein **Wiederkaufsrecht der Gemeinde**, eine **Aufzahlungsklausel** oder eine **Kombination beider Sicherungsmittel**.

c) Grundstücksveräußerungen durch die Gemeinde und Einheimischenbindungen

Den Bindungen der Einheimischenmodelle unterliegen auch Kaufverträge, die die Gemeinde mit einheimischen Bauplatzbewerbern über Grundstücke aus ihrem Eigenbestand abschließt. Eine interessante Alternative hierzu ist häufig die Vergabe von Erbbaurechtsgrundstücken durch die Gemeinde.

Vgl. *Büchner/Freckmann*, Wohnbaulandbereitstellung und Erbbaurecht, Sachsenlandkurier 1999, S. 180.

Im Unterschied etwa zu dem „Weilheimer Modell“ wird der Vertrag dabei in der Regel nicht schon im Vorfeld der Bauleitplanung abgeschlossen, sondern erst, nachdem die Gemeinde die Grundstücke baureif gemacht hat. Nach Auffassung des Bayerischen VGH führt dies zu keiner anderen rechtlichen Behandlung als etwa beim „Weilheimer Modell“, da ein solcher Vertrag durch den späteren Abschlußzeitpunkt nicht den Charakter eines flankierenden Instruments der gemeindlichen Bauleitplanung und Bodenpolitik verliert.

Vgl. BayVGH, U. v. 22.12.1998 - 1 B 94.3288 -, NVwZ 1999, S. 1008, 1011.

Mit der Schaffung von Einheimischenmodellen **subventioniert** die Gemeinde eine bestimmte Zielgruppe (meist einheimische Bauplatzbewerber) aus legitimen Gründen im öffentlichen Interesse, indem sie Grundstücke zu einem Preis verkauft, der unter dem objektiven Verkehrswert liegt. Aus kommunalrechtlichen Gründen dürfen Gemeinden Grundstücke grundsätzlich nur zum vollen Verkehrswert verkaufen. Veräußern sie – wie im Rahmen von Einheimischenmodellen – Grundstücke unter dem Verkehrswert, sind sie schon aus kommunalrechtlichen Gründen verpflichtet, die entsprechende Zweckverwendung sicherzustellen.

Vgl. BayVGH, U. v. 22.12.1998 - 1 B 94.3288 -, NVwZ 1999, S. 1008, 1011; BGH, U. v. 29.11.2002 - V ZR 105/02 -, ZIP 2003, S. 535, 539.

Die Notwendigkeit einer Bindung ergibt sich auch aus subventionsrechtlichen Gesichtspunkten. Eine mit der Durchführung eines Einheimischenmodells verbundene Subvention ist nur dann zulässig, wenn der „Subventionszweck“ durch entsprechende Bindungen zumindest für einen bestimmten Zeitraum durchgesetzt wird.

Vgl. BayVGH, U. v. 22.12.1998 - 1 B 94.3288 -, NVwZ 1999, S. 1008, 1011; *Jäde*, BayVBl. 1995, S. 283; *Wagner*, BayVBl. 1997, S. 539.

Die mit der Zweckbestimmung korrespondierenden **Bindungen** sind **notwendig, um einen späteren spekulativen Weiterverkauf des Grundstücks auf dem allgemeinen Grundstücksmarkt zu verhindern**. Letztlich soll dem Erwerber die Möglichkeit genommen werden, den durch die Baulandausweisung ausgelösten, in der Regel nicht unbeträchtlichen Planungsgewinn vorzeitig, d.h. vor Ablauf der vertraglich vereinbarten Fristen, zu realisieren. „Wirtschaftliche Gewinner“ solcher Einheimischenmodelle bleiben aber letztlich doch die Käufer bzw. Erwerber, weil sie den wesentlichen Teil des Planungsgewinns – wenn auch erst nach Ablauf der Bindungsfristen – realisieren können.

Vgl. BayVGH, U. v. 22.12.1998 - 1 B 94.3288 -, NVwZ 1999, S. 1008, 1011; BGH, U. v. 29.11.2002 - V ZR 105/02 -, ZIP 2003, S. 535.

Zur Durchsetzung des mit dem Einheimischenmodell verfolgten Zwecks sind deshalb vertragliche Bindungen gerechtfertigt, die den Erwerber in einem angemessenem Zeitraum (15 – 20 Jahre) an der vorzeitigen Realisierung des Planungsgewinns hindern und dadurch die Durchführung des Einheimischenmodells sichern. Bei der Ausübung des Ermessens hat die Gemeinde zur Einhaltung des Übermaßverbots aber auch die besonderen Umstände des Einzelfalls und damit auch die persönlichen Verhältnisse des betroffenen Erwerbers zu berücksichtigen.

Vgl. BGH, U. v. 29.11.2002 - V ZR 105/02 -, ZIP 2003, S. 535, 540.

Die Zulässigkeit von vertraglichen Bindungen und Sicherungen im Rahmen von Einheimischenmodellen ist nach dem BGH jedenfalls für die Verträge, die vor dem 31.12.1994 abgeschlossen worden sind, sind nach § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB zu beurteilen. Ob die §§ 305 ff. BGB auf Verträge Anwendung finden, die nach diesem Zeitpunkt abgeschlossen worden sind, hat der BGH noch nicht entschieden.

Der Begriff der „Angemessenheit“ nach § 9 AGB-Gesetz ist allerdings im Zusammenhang mit Verträgen im Rahmen eines Einheimischenmodells ähnlich auszulegen ist wie der Begriff der „Angemessenheit“ in § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB.

Vgl. BayVGH, U. v. 22.12.198 - 1 B 94.3288 -, NVwZ 1999, S. 1008, 1011; zu möglichen Auslegungsunterschieden vgl. BGH, U. v. 29.11.2002 - V ZR 105/02 -, ZIP 2003, S. 535, 538 f.

Im einzelnen sind **in dem Grundstückskaufvertrag im Rahmen eines Einheimischenmodells in der Regel folgende Bindungen enthalten:**

- **Baupflicht** zur Errichtung eines Gebäudes innerhalb einer bestimmten Frist; die Vereinbarung einer Baupflicht führt allerdings möglicherweise zu einer Erhöhung der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer.

Vgl. *Grziwotz*, Städtebauliche Verträge und ihre steuerrechtlichen Implikationen, Forum Wohnungseigentum 2000, Heft 10.

- **Selbstnutzungspflicht** innerhalb einer Bindungsfrist, die in der Regel zwischen 10 und 20 Jahren liegt
- **Zustimmungserfordernis** des Gemeinderats im Falle einer Veräußerung oder Vermietung an Dritte innerhalb einer bestimmten Bindungsfrist; dabei wird die Zustimmung nur bei Veräußerung oder Vermietung des Gebäudes an Einheimische i.S.d. Richtlinien zur Vergabe gemeindeeigener Bauplätze in Aussicht gestellt.

Es ist anerkannt, daß ein vertraglich vereinbartes Zustimmungserfordernis ein geeignetes und zulässiges Mittel zur Kontrolle durch die Gemeinde ist, ob der mit dem Vertrag verfolgte Subventionszweck eingehalten wird. Mit zunehmender Vertragsdauer verliert der notwendige Schutz eines Einheimischenmodells allerdings an sachlicher Berechtigung. Zugleich verfestigt sich die Anwartschaft des Erwerbers auf uneingeschränkte Verfügungsbefugnis im Laufe der Jahre immer mehr. Diesen Gesichtspunkten kann aber dadurch ausreichend Rechnung getragen werden, daß **die Voraussetzungen, unter denen die Gemeinde eine Zustimmung verweigern kann, je nach der Länge der abgelaufenen Bindungsfrist unterschiedlich** beurteilt werden. Aus diesem Grund spricht vieles dafür, daß eine Gemeinde in den letzten Jahren der Vertragsdauer gerade in besonders gelagerten Fällen flexibler reagieren muß als unmittelbar nach Vertragschluß.

Vgl. BayVGH, U. v. 22.12.1998 - 1 B 94.3288 -, NVwZ 1999, S. 1008, 1011 f; *Wagner*, BayVBl. 1997, S. 539, 540.

Für die Selbstnutzungsverpflichtung und das gemeindliche Zustimmungserfordernis im Falle einer Veräußerung oder Vermietung stellen 10 bis 15 Jahre ohne weiteres angemessene Bindungszeiträume dar. Der Höchstbindungszeitraum, der noch als angemessen angesehen werden kann, dürfte etwa 20 Jahre betragen.

Vgl. *Grziwotz*, JuS 1999, S. 37; vgl. auch BayVGH, U. v. 22.12.1998 - 1 B 94.3288 -, NVwZ 1999, S. 1008, 1012, der offenbar eine Bindungsdauer von 20 Jahren noch nicht als die obere Grenze des Zulässigen ansieht.

Die Einhaltung der vertraglichen Bindungen wird teilweise durch ein Wiederkaufsrecht der Gemeinde abgesichert, teilweise durch eine Aufzahlungsklausel oder durch eine Kombination beider Sicherungsmittel.

5. Bindungen im Zusammenhang mit der An- und Umsiedlung sowie der Erweiterung von Gewerbebetrieben

Neben den in § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB beispielhaft aufgezählten Zielen sind noch weitere Bindungen zulässig, wenn sie der Förderung und Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele dienen. Hierzu gehören insbesondere Bindungen im Zusammenhang mit der An- und Umsiedlung sowie der Erweiterung von Gewerbebetrieben.

a) Einheimischenmodelle für Gewerbebetriebe

Einheimischenmodelle sind nicht auf die Schaffung von *Wohnraum* begrenzt, sondern können auch für Gewerbebetriebe eingesetzt werden.

Vgl. BayVGH, U. v. 22.12.1998 - 1 B 94.3288 -,
NVwZ 1999, S. 1008, 1009.

Da § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB keine abschließende Regelung darstellt, können auch Verträge im Zusammenhang mit der Sicherung des örtlichen Gewerbes abgeschlossen werden, wenn hiermit eine legitime kommunale Aufgabe verbunden ist. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Notwendigkeit besteht, die Abwanderung einheimischer Gewerbebetriebe und den damit verbundenen Wegfall an Arbeitsplätzen durch die Bereitstellung von Gewerbeflächen zu günstigen Konditionen zu verhindern. Diese Notwendigkeit ist gegeben, **wenn für die Weiterentwicklung der Gewerbebetriebe im Gemeindegebiet keine „bezahlbaren“ Flächen zur Verfügung stehen.**

Vgl. BayVGH, U. v. 22.12.1998 - 1 B 94.3288 -,
NVwZ 1999, S. 1008, 1010.

Ein Verkauf von Gewerbegrundstücken unter dem Verkehrswert kommt insbesondere an solche Gewerbebetriebe in Betracht, die auf ihren alten Betriebsgrundstücken keine ausreichenden Erweiterungsmöglichkeiten mehr haben oder die aus städtebaulichen Gründen „ausgesiedelt“ werden sollen, z.B. weil sie in bestehenden Gemengelage Nutzungskonflikte mit der benachbarten Wohnbebauung auslösen. Möglich ist auch eine Bereitstellung verbilligter Gewerbegrundstücke an Existenzgründerbetriebe.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 117.

Die städtebauliche Zuordnung dieser Ziele ergibt sich auch durch § 1 Abs. 5 S. 2 Nr. 8 BauGB, wonach bei der Bauleitplanung insbesondere die Belange der Wirtschaft und die Erhaltung, Sicherung und Schaffung von Arbeitsplätzen zu berücksichtigen sind.

Vgl. BayVGH, U. v. 22.12.1998 - 1 B 94.3288 -,
NVwZ 1999, S. 1008.

Ebensowenig wie bei Einheimischenmodellen zur Schaffung von Wohnraum dürfen Einheimischenmodelle für Gewerbebetriebe darauf angelegt sein, ortsfremde Gewerbebetriebe von dem Gemeindegebiet fernzuhalten. Das setzt voraus, daß innerhalb des Gemeindegebiets ausreichend Betriebsgrundstücke „ohne Einheimischenbindung“ zur Verfügung stehen.

Erforderlich ist ferner, daß die Vergabe verbilligter Betriebsgrundstücke an ortsansässige Gewerbebetriebe **nach einheitlichen Kriterien** erfolgt. Zur Vermeidung eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG empfiehlt es sich, daß der Gemeinderat bzw. der zuständige beschließende Ausschuß Richtlinien zur Vergabe gemeindeeigener Gewerbegrundstücke an einheimische Gewerbebetriebe erläßt. Dabei muß u.a. genau festgelegt werden, unter welchen Voraussetzungen ein Gewerbebetrieb als „einheimisch“ angese-

hen werden kann. Dabei stellt sich u.a. die Frage, ob der Gewerbebetrieb seinen Sitz in der Gemeinde haben muß oder ob auch auswärtige Betriebe unter die Vergünstigung fallen können, die in der Gemeinde lediglich eine Filiale haben.

Verkauft die Gemeinde Gewerbegrundstücke zu einem Preis, der unter dem objektiven Verkehrswert liegt, muß sie den hiermit verbundenen „Subventionszweck“ durch entsprechende Bindungen zumindest für einen bestimmten Zeitraum durchsetzen, um einen spekulativen Weiterverkauf der Grundstücke auf dem allgemeinen Grundstücksmarkt zu verhindern. Für die hierzu erforderlichen Bindungen und Sicherungen gelten die gleichen Maßstäbe wie für Einheimischenmodelle zur Schaffung von Wohnraum.

b) Bindungen zum Zweck des Immissionsschutzes

Vertragliche Regelungen zum Zweck des Immissionsschutzes kommen vor allem im Zuge von beabsichtigten Betriebserweiterungen in Gemengelagesituationen in Betracht. Gemengelagen von Gewerbebetrieben und Wohnbebauung in enger Nachbarschaft zueinander sind meist ohnehin schon konfliktträchtig. Beabsichtigt ein solcher Gewerbebetrieb eine Betriebserweiterung, so verschärft sich oft das bereits vorhandene Konfliktpotential. Ist für die Betriebserweiterung die Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans erforderlich, verfolgt die Gemeinde in der Regel das Ziel, durch einen **vorbeugenden Immissionsschutz** zu erreichen, daß sich die Immissionsbelastung der benachbarten Wohnbebauung nicht oder allenfalls geringfügig erhöht, möglichst sogar verbessert. Sie darf zwar einen vorbeugenden Immissionsschutz mit strengeren als den vom Bundesimmissionsschutz gesetzten Maßstäben bereits im Bebauungsplanverfahren anstreben.

Vgl. BVerwG, U. v. 14.04.1989 - 4 C 52/87 -,
NVwZ 1990, S. 257.

Nicht alle geeigneten **Maßnahmen** des vorbeugenden Immissionsschutzes sind jedoch ohne weiteres auch nach dem abschließenden Katalog des § 9 BauGB im Bebauungsplan **festsetzungsfähig**. Dies betrifft etwa Regelungen des Betriebsablaufs (z.B. bestimmte Fahrwege der Gabelstapler), **zeitliche Beschränkungen** des Betriebs (z.B. Verbot einer Andienung in der Nachtzeit von 22.00 Uhr bis 06.00 Uhr) oder besonders störender Betriebsteile oder Anforderungen an die Schalldämmung der im Betrieb eingesetzten Maschinen.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 115; VGH Baden-Württemberg, NK- U. v. 14.11.1996 - 5 S 5/95 -, VBIBW 1997, S. 178.

Zu solchen Maßnahmen des vorbeugenden Immissionsschutzes kann die Gemeinde den Betreiber durch Abschluß eines städtebaulichen Vertrages verpflichten. Derartige Vereinbarungen sind rechtlich zulässig. Das Bundesverwaltungsgericht hat entschieden, daß die Gemeinde vorbeugenden Immissionsschutz

nicht nur mit dem Mittel der Bauleitplanung verfolgen darf, sondern auch durch Vertrag.

Vgl. BVerwG, U. v. 15.12.1989 - 7 C 6/88 -, NVwZ 1990, S. 665, 666; *Stüer/König*, ZfBR 2000, S. 528, 535, zur Konfliktbewältigung durch Vertrag.

Vertraglicher vorbeugender Immissionsschutz kann auch für künftige, noch nicht konkretisierte Betriebserweiterungen vereinbart werden. Zu diesem Zweck kann sich die Gemeinde einen Einvernehmensvorbehalt für Baumaßnahmen einräumen lassen. Dabei ist es zulässig, wenn die Gemeinde die Erteilung des Einvernehmens nur für den Fall in Aussicht stellt, daß sich die Immissionssituation durch das Vorhaben nicht zu Lasten der benachbarten Wohnbebauung verschlechtert, selbst wenn eine solche Verschlechterung unterhalb der Schwelle einer erheblichen Belastung im Sinne des Bundesimmissionsschutzgesetzes bleibt.

Vgl. BVerwG, U. v. 15.12.1989 - 7 C 6/88 -, NVwZ 1990, S. 665, 666: Zulässigkeit eines Einvernehmensvorbehalts für Baumaßnahmen zum Zweck der Vermeidung einer Erhöhung der bestehenden Immissionsbelastung für die benachbarte Wohnbebauung als Gegenleistung der kommunalen Förderung einer Betriebserweiterung.

Daneben kann sich der Vorhabenträger auch verpflichten, die im Bebauungsplan festgesetzten Schutzvorkehrungen innerhalb einer bestimmten Frist auf seine Kosten herzustellen. Solche nach § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB festgesetzten Vorkehrungen (z.B. Errichtung einer Lärmschutzwand mit einer bestimmten Höhe und Länge) können zwar auch als Auflage in der Baugenehmigung verfügt werden. Die Vertragslösung hat aber nicht nur den Vorzug, daß im Vertrag geeignete Sicherungsmittel vereinbart werden können (z.B. die Beibringung einer Vertragserfüllungsbürgschaft), sondern ermöglicht es der Gemeinde auch, die Durchführung der vereinbarten Maßnahmen bereits im zeitlichen Vorgriff auf die geplante Betriebserweiterung zu verlangen.

Umgekehrt versuchen die Gemeinden manchmal, immissionsschutzrechtliche Konflikte durch einen vertraglichen **Verzicht auf die Geltendmachung immissionsschutzrechtlicher Abwehrrechte** zu lösen **und** den Verzicht durch die **Eintragung einer entsprechenden beschränkt-persönlichen Dienstbarkeit** dinglich zu sichern. Auf eine solche Idee könnte eine Gemeinde etwa dann kommen, wenn sie neben einem Schießstand ein Wohngebiet ausweisen und die jeweiligen Eigentümer dazu verpflichten will, eine Überschreitung der jeweils zulässigen Immissionswerte durch den Schießstand hinzunehmen. Ein derartiger Verzicht ist aber **in der Regel kein taugliches Mittel**, die auftretenden Nutzungskonflikte in einer dem Abwägungsgebot des § 1 Abs. 6 BauGB genügenden Weise zu bewältigen.

Vgl. OVG Lüneburg, U. v. 04.01.1983 - 1 C 2/81 -, ZfBR 1983, S. 281; *Boeker*, Zur Lösung von Umweltkonflikten durch Grunddienstbarkeiten und Baulasten, BauR. 1985, S. 149.

c) Verpflichtung zur Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen

Nicht nur Gemeinden mit einer hohen Arbeitslosenquote verfolgen im Rahmen ihrer Gewerbeansiedlungspolitik häufig das Ziel, vorrangig solche Gewerbebetriebe anzusiedeln, die möglichst viele Arbeitsplätze anbieten. Stellt eine Gemeinde im Rahmen ihrer allgemeinen Wirtschaftsförderung zur Verbesserung der örtlichen Wirtschaftsstruktur und zur Schaffung oder Erhaltung von Arbeitsplätzen oder im Rahmen eines Einheimischenmodells für Gewerbebetriebe Gewerbeflächen zu günstigen Konditionen bereit, müssen sich die Vorhabenträger unter Umständen verpflichten, innerhalb eines bestimmten Zeitraums eine bestimmte Anzahl von Arbeitsplätzen zu schaffen und die eingestellten Arbeitnehmer für einen bestimmten längeren Zeitraum dauerhaft zu beschäftigen.

Vgl. *Grziwotz*, Baulanderschließung, S. 211.

Die Einhaltung der vereinbarten Arbeitsplatzgarantie kann durch eine Aufzahlungsklausel gesichert werden, mit der sich der Vorhabenträger verpflichtet, im Falle eines Verstoßes die Differenz zwischen dem subventionierten Kaufpreis und dem objektiven Verkehrswert des Grundstücks nachzuzahlen.

Vgl. BayVGH, U. v. 22.12.1998 - 1 B 94.3288 -, NVwZ 1999, S. 1008, 1011 m.w.N.

Möglich ist auch, die vereinbarte Arbeitsplatzgarantie durch eine Vertragsstrafklausel zu sichern. Die Sicherungen drohen allerdings leerzulaufen, wenn der Betrieb aufgrund schlechter Auftragslage gezwungen ist, Arbeitsplätze abzubauen. Kaum eine Gemeinde wird es sich kommunalpolitisch leisten können, wirtschaftlich angeschlagene Betriebe durch eine Aufzahlung oder eine Vertragsstrafe noch zusätzlich zu belasten.

So auch *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 117.

Die vereinbarten Sicherungen dienen deshalb in erster Linie dem Zweck, einer Verlagerung von Betriebsstätten oder von Arbeitsplätzen an einen anderen Standort entgegenzuwirken.

d) Verpflichtung zur Vergabe von Aufträgen an lokale Bauunternehmer und Handwerker

Bürgermeister und Gemeinderat sehen es häufig sehr gerne, wenn ein Vorhabenträger von sich aus freiwillig ortsansässige Bauunternehmer und Handwerker für die Errichtung seines Vorhabens beauftragt. Fraglich ist aber, ob eine Ge-

meinde befugt ist, den Vorhabenträger in einem städtebaulichen Vertrag zu verpflichten, sämtliche Aufträge oder ein bestimmtes Auftragsvolumen an lokale Firmen zu vergeben. Dies wäre nur möglich, wenn es sich bei der Bindung zur Vergabe von Aufträgen an lokale Firmen um die Förderung oder Sicherung der mit einem Bebauungsplan verfolgten Ziele i.S.v. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB handelt würde. Das dürfte jedoch nicht der Fall sein. Obwohl ortsansässige Gewerbetreibende bei der Vergabe von Gewerbegrundstücken im Rahmen eines Einheimischenmodells für Gewerbebetriebe bevorzugt werden dürfen, spricht vieles dafür, daß Bindungen über die Vergabe von Aufträgen an die einheimische Bauwirtschaft in einem städtebaulichen Vertrag unzulässig sind, da sie keinen hinreichenden städtebaulichen Bezug aufweisen, sondern ausschließlich wirtschaftspolitisch motiviert sind.

So auch *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 121 ff.

Derartige Bindungen dürften auch in rein privatrechtlichen Grundstückskaufverträgen unzulässig sein, die die Gemeinde außerhalb des Anwendungsbereichs des § 11 BauGB mit ortsansässigen Gewerbebetrieben abschließt.

Vgl. zu den wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten und den haushaltsrechtlichen Anforderungen *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 121 ff.

6. Gestalterische Bindungen

Praktisch bedeutsam sind ferner gestalterische Bindungen. Anforderungen an die Gestaltung baulicher Anlagen sind allerdings eine bauordnungsrechtliche Frage. Entsprechende vertragliche Vereinbarungen liegen deshalb außerhalb des Anwendungsbereichs des § 11 BauGB.

Gestaltungsanforderungen können gleichwohl – jedenfalls im Zuge der Veräußerung gemeindeeigener Grundstücke – im Wege des Verwaltungsprivatrechts wirksam vereinbart werden. Es ist anerkannt, daß die Gemeinde öffentliche Zwecke in einer Weise verfolgen kann, wie sie das Privatrecht zuläßt, wenn der Regelung keine zwingenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.

Vgl. BVerwG, U. v. 11.02.1993 - 4 C 18.91 -, BVerwGE 92, S. 56.

Vielen Gemeinden ist es wichtig, bei der Gestaltung der geplanten Gebäude und ihrer Außenanlagen mitbestimmen zu können. Zwar vermag die Gemeinde hierauf auch über die Vorschriften einer Ortsgestaltungssatzung Einfluß zu nehmen, die sie auf der Grundlage der jeweiligen Landesbauordnung erlassen kann. Möglich sind dabei u.a. Regelungen über die Zulässigkeit von Gaupen, die zulässigen Dachformen, die zulässigen Baumaterialien sowie die Anforderungen an die Gestaltung der Außen- und Nebenanlagen (z.B. Einfriedungen oder Stellplätze) so-

wie von Werbeanlagen. Die Vorschriften einer Gestaltungssatzung beschränken sich jedoch immer auf Anforderungen an die Gestaltung einzelner Teile. Die Gemeinde kann deshalb über eine Gestaltungssatzung immer nur auf Details Einfluß nehmen, nicht jedoch auf den gestalterischen Gesamteindruck des Vorhabens. In vielen Fällen wird es der Gemeinde aber in erster Linie darum gehen, daß der vorgesehene architektonische Entwurf insgesamt von der Gestaltung her in sich stimmig ist. Zur Erreichung dieses Ziels sind vertragliche Regelungen über die Gestaltung des Gebäudes und der Außenanlagen meist besser geeignet als die unflexiblen Festsetzungen einer Ortsgestaltungssatzung, die dem Architekten manchmal sogar unnötige Fesseln anlegen.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 126.

Der Vorhabenträger kann sich vertraglich verpflichten, **Gebäude und Außenanlagen in gestalterischer Hinsicht entsprechend einem** von ihm vorgelegten und mit der Gemeinde abgestimmten **architektonischen Entwurf zu errichten**. Der Entwurf wird dem Vertrag dabei entweder als Anlage beigelegt oder es wird auf ihn verwiesen. Ergänzend wird hierzu in der Regel vereinbart, daß der Vorhabenträger von dem Entwurf nur mit vorheriger Zustimmung der Gemeinde abweichen darf. Derartige Regelungen kommen nicht nur bei geplanten Wohnbauvorhaben in Betracht, sondern auch bei gewerblichen Vorhaben. Nicht selten präsentiert der Träger eines gewerblichen Vorhabens dem Gemeinderat zunächst einen auch gestalterisch ansprechenden architektonischen Entwurf, dessen Realisierung dann später unter Kostengesichtspunkten zugunsten einer standardisierten „Billigausführung“ zurückgestellt wird.

Liegt ein architektonischer Entwurf zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht vor, so wird meist über einen **Einvernehmensvorbehalt** festgelegt, daß die Gestaltung der Gebäude und der Außenanlagen vor Einreichung des Bauantrages mit dem Stadtplanungsamt abzustimmen und dessen Anregungen zu erfüllen sind. Ein solch globaler und inhaltsloser Einvernehmensvorbehalt begegnet aber unter dem Aspekt des Bestimmtheitserfordernisses des § 56 Abs. 1 S. 1 VwVfG Bedenken. Danach muß grundsätzlich bereits im Vertrag selbst vereinbart werden, unter welchen Voraussetzungen und zu welchem Zweck eine Gemeinde das Einvernehmen versagen darf.

Vgl. BVerwG, U. v. 15.12.1989 - 7 C 6/88 -, NVwZ 1990, S. 665, 667.

Aus diesem Grund sollte in dem Vertrag der anzustrebende Gestaltungsstandard möglichst genau festgelegt werden. Erfüllt der architektonische Entwurf den vereinbarten Standard nicht, ist das Stadtplanungsamt nicht gezwungen, sein Einvernehmen zu verweigern. Insoweit kann ihm in Anwendung des § 315 Abs. 1 BGB i.V.m. § 62 VwVfG ein Bestimmungsrecht eingeräumt werden, daß ihm die Möglichkeit zu flexiblem Handeln eröffnet. Ein solches Bestimmungsrecht gem. § 315 BGB wird durch das Bestimmtheitserfordernis des § 56 Abs. 1 S. 1 VwVfG

nicht ausgeschlossen. Dies ergibt sich daraus, daß es dem Stadtplanungsamt lediglich ermöglicht, zugunsten des Vorhabenträgers von dem an sich zu erbringenden Standard aus Gründen der Billigkeit je nach Lage angemessene Abstriche zu machen.

Vgl. BVerwG, U. v. 15.12.1989 - 7 C 6/88 -, NVwZ 1990, S. 665, 667.

Praxistip:

Um Probleme bei der nachträglichen Bestimmung gestalterischer Anforderungen zu vermeiden, sollte der architektonische Entwurf des Vorhabens möglichst bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegen und mit der Gemeinde abgestimmt sein.

7. Ökologische Bindungen

In zahlreichen Modellprojekten sind in den letzten Jahren bei der Entwicklung neuer Wohngebiete ökologische Zielsetzungen in den Vordergrund gerückt. Manche dieser Ziele sind inzwischen zum städtebaulichen Standard geworden. Dies gilt etwa für eine dezentrale Versickerung von Regenwasser, mit deren Hilfe die gemeindliche Kanalisation erheblich entlastet werden kann. Eine umweltfreundliche Versorgung von Neubaugebieten mit Wärme und Energie durch Blockheizkraftwerke oder Fernwärme ist inzwischen keine Seltenheit mehr. Gleiches gilt für eine Verpflichtung zur Verwendung ökologischer Baustoffe. In innenstadtnahen Wohnlagen in Großstädten ist es zum Teil gelungen, Wohngebiete autofrei zu halten. Modellprojekte über ein abwasserfreies Wohnen sind demnächst zu erwarten.

Zwar ist der Festsetzungskatalog des § 9 BauGB seit der BBauG-Novelle 1976 erweitert worden, um die Gemeinden in die Lage zu versetzen, dem Umweltschutz in Bebauungsplänen stärker als bisher Rechnung zu tragen.

Vgl. BVerwG, B. v. 16.12.1988 - 4 NB 1.88 -, NVwZ 1989, S. 664; VGH Baden-Württemberg, B. v. 02.12.1997 - 8 S 1477/97 -, NVwZ-RR 1998, S. 554, 555.

So ist inzwischen anerkannt, daß sich ein Teil dieser Ziele durch Festsetzungen im Bebauungsplan erreichen läßt (z.B. der Ausschluß einer Verwendung von fossilen und flüssigen Brennstoffen). Dennoch ist in vielen Fällen unsicher, ob die angestrebte Regelung einer Festsetzung im Bebauungsplan zugänglich ist. Da der Gemeinde kein Festsetzungsfindungsrecht zusteht,

vgl. BVerwG, U. v. 11.02.1993 - 4 C 18.91 -, BVerwGE 92, S. 56

bietet sich in solchen Fällen eine „Vertragslösung“ an. Soweit die angestrebten ökologischen Bindungen zumindest auch städtebauliche Ziele verfolgen, können sie im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB vereinbart werden.

Vgl. BGH, U. v. 09.07.2002 - KZR 30/00 -, BWGZ 2002, S. 960, 961, wonach eine Fernabnahmeverpflichtung zulässig ist, da sie gem. § 9 Abs. 1 Nr. 23 BauGB auch in der Bauleitplanung festsetzbar wäre; *Stüer/König*, ZfBR 2000, S. 528, 531, zur Möglichkeit der Vereinbarung über § 9 BauGB hinausgehender städtebaulicher Ziele.

In gleicher Weise können Vereinbarungen über ökologische Bindungen im Zuge der Veräußerung gemeindeeigener Grundstücke im Wege des Verwaltungsprivatrechts getroffen werden, und zwar auch dann, wenn die Regelung lediglich allgemeinen umweltpolitischen Zielen dient.

Vgl. BGH, U. v. 09.07.2002 - KZR 30/00 -, BWGZ 2002, S. 960.

Die dogmatische Abgrenzung zwischen dem Regelungsbereich des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB und der ohnehin sehr unpräzisen Lehre vom Verwaltungsprivatrecht ist allerdings bislang weitgehend ungeklärt.

Vgl. *Brohm*, JZ 2000, S. 321.

Für die Frage, ob ein Modellprojekt mit ökologischer Zielsetzung initiiert werden soll, bildet die Akzeptanz der Bauwilligen ein wichtiges Kriterium. Die Bereitschaft, ökologische Vorgaben zu akzeptieren, ist erfahrungsgemäß nicht in allen Gemeinden in gleicher Weise ausgeprägt. Je weiter die ökologischen Vorgaben von herkömmlichen Siedlungsmodellen abweichen, desto höher ist außerdem der Beratungs- und Betreuungsaufwand der Bauinteressenten zu veranschlagen.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 128.

Praktisch bedeutsam sind vor allem folgende ökologische Bindungen:

- a) Umweltfreundliche Versorgung mit Wärme und Energie sowie Senkung des Energiebedarfs

Vereinbarungen über eine umweltfreundliche Versorgung mit Wärme und Energie können sowohl aus allgemein umweltpolitischen Gründen (Schonung nicht erneuerbarer Energiequellen, Reduzierung des klimaschädlichen CO₂-Ausstoßes) als auch aus städtebaulichen Gründen getroffen werden. Letzteres setzt voraus, daß die Gemeinde über ein städtebauliches Konzept zur Reduzierung von Luftschadstoffen verfügt. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsge-

richts ist ein städteplanerisches Konzept einer Gemeinde, das mit der Festsetzung von Verbrennungs- bzw. Verwendungsverboten bezweckt, nach und nach im gesamten Stadtgebiet die Gebäudeheizungen auf Fernwärme, Strom oder Gas umzustellen, jedenfalls dann vernünftigerweise geboten und damit erforderlich im Sinne des § 1 Abs. 3 BauGB, wenn es von einer starken lufthygienischen Vorbelastung des Stadtgebiets ausgeht. Eine starke lufthygienische Vorbelastung ist immer dann anzunehmen, wenn es sich um städtische Verdichtungs-räume handelt, die vor allem durch Kraftfahrzeugverkehr und durch Heizgase im Winter erheblichen Luftverunreinigungen ausgesetzt sind.

Vgl. BVerwG, U. v. 22.01.1993 - 8 C 46.91 -, DVBl. 1993, S. 669, 670 f.

Ein weiteres Indiz hierfür ist, daß die jeweilige Stadt oder Gemeinde in die Liste der Smogwarnggebiete durch die Landesregierung aufgenommen ist.

Vgl. *Stühler*, VBIBW 1996, S. 328, 332 m.w.N.

Zur Erreichung der umweltpolitischen und/oder städtebaulichen Ziele können die Gemeinden versuchen,

- den Energiebedarf neuer Wohngebiete von vornherein niedrig zu halten und/oder
- eine umweltfreundliche Versorgung mit Wärme und Energie sicherzustellen.

Der Energiebedarf läßt sich u.a. senken durch eine vertragliche Verpflichtung

- zur Errichtung von Niedrigenergiehäusern mit einer strikten Beschränkung des rechnerischen Heizwertes KWh pro qm Wohnfläche oder
- zur Errichtung von Solarhäusern.

Vgl. hierzu im einzelnen *Denny/Spangenberg*, UPR 1999, S. 331, 334.

Solche Vereinbarungen sind jedenfalls dann nicht unangemessen, wenn sich die höheren Herstellungskosten durch einen niedrigeren Energieverbrauch innerhalb eines noch überschaubaren Zeitraums (in der Regel 20 Jahre) wieder amortisieren.

Eine umweltfreundliche Versorgung mit Wärme und Energie kann z.B. gewährleistet werden durch vertragliche Vereinbarung über

- eine Verpflichtung zum Bezug aus Wärme von einem Blockheizkraftwerk oder einem Fernwärmenetz,

so ausdrücklich BGH, U. v. 09.07.2002 - KZR 30/00 -, BWGZ 2002, S. 960: kein Wettbewerbs-

verstoß nach § 1 UWG; aA noch die Vorinstanzen Schleswig-Holsteinisches OLG, U. v. 11.07.2000 - 6 U Kart 78/99 -, MDR 2000, S. 1088 sowie LG Kiel, U. v. 10.11.1999 - 14 O Kart. 125/99 -; zu den Anforderungen der Begründung eines Anschluß- und Benutzungszwangs für die Fernwärmeversorgung durch Satzung vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 11.11.1981 - 3 S 1742/81 -, VBIBW 1982, S. 235; VGH Baden-Württemberg, U. v. 23.07.1981 - 2 S 1569/80 -, VBIBW 1982, S. 54; *Cronauge*, Anschluß- und Benutzungszwang für Fernwärme, Städte- und Gemeinderat 1984, S. 318.

- eine Verpflichtung zum Bezug von Erdgas,

vgl. hierzu Schreiben des Innenministeriums Baden-Württemberg vom 17.07.1996 - 2-2200.0./20 - im Einvernehmen mit dem Wirtschaftsministerium an den Südwestverband Brennstoff- und Mineralölhandel in Mannheim, BWGZ 1996, S. 600: Eine Verpflichtung zum Erdgasbezug im Rahmen des Verkaufs gemeindeeigener Bauplätze, die wie der Grundstückskaufvertrag privatrechtlich einzustufen sei, verstoße nicht gegen ein gesetzliches Verbot und könne zur Verfolgung der städtebaulichen und umweltpolitischen Zielsetzungen auch über das Maß hinaus vereinbart werden, das die Gemeinde bei einseitigem hoheitlichen Handeln zugrunde legen darf; dies gelte selbst dann, wenn im wirtschaftlichen Interesse der Gemeinde zugleich eine Bezugsverpflichtung von den städtischen Versorgungseinrichtungen vorgesehen sei; vgl. auch *Quecke*, Grundstücksverträge der Gemeinden mit der Verpflichtung zum Erdgasbezug, VBIBW 1998, S. 44; *Stühler*, Neue Entwicklungen beim Verwendungsverbot gem. § 9 Abs. 1 Nr. 23 BauGB, BWGZ 2000, S. 454, 455 f.

- **den Bezug von umweltfreundlichem Regio-Strom aus erneuerbaren Energiequellen wie Wasserkraft oder Windkraft mit einem bestimmten Anteil von Solarstrom,**
- **den Ausschluß der Verwendung von fossilen oder flüssigen Brennstoffen oder**

vgl. VGH Baden-Württemberg, B.v. 08.12.1997 - 8 S 1477/97 -, NVwZ-RR 1998, S. 554: Die Verwendung von fossilen oder flüssigen Brennstoffen

könne gem. § 9 Abs. 1 Nr. 23 BauGB aus besonderen städtebaulichen Gründen im Rahmen des vorbeugenden Emissionsschutzes auch in den Festsetzungen des Bebauungsplans ausgeschlossen werden; eine solche Festsetzung verstoße nicht gegen EG-Recht; allgemein zu § 9 Abs. 1 Nr. 23 BauGB vgl. *Stühler*, VBIBW 1996, S. 328 sowie ders., BWGZ 2000, S. 454.

- **eine Positivliste der zugelassenen Brennstoffe.**

Vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1999, S. 101: Zulässig sei auch die Festsetzung einer Positivliste der zugelassenen Brennstoffe im Bebauungsplan; *Dolde/Menke*, NJW 1999, S. 1070, 1079.

Ob derartige Vereinbarungen über eine umweltfreundliche Versorgung mit Wärme und Energie angemessen sind, hängt u.a. von der Höhe der hiermit verbundenen Mehrkosten im Vergleich zu einer herkömmlichen Wärme- oder Energieversorgung ab. Hierzu sollte die Gemeinde entsprechende Vergleichsberechnungen vornehmen.

b) Autofreies Wohnen

Ökologisch fortschrittliche Gemeinden unternehmen mittlerweile gar nicht mehr so selten den Versuch, neue Wohnbaugebiete ganz oder teilweise autofrei zu entwickeln. Die radikale Variante sieht so aus, daß sich die späteren Erwerber oder Mieter gegenüber der Gemeinde vertraglich verpflichten müssen, auf den Gebrauch eines privaten Autos ganz zu verzichten.

Vgl. hierzu *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 132; *Derleder*, Zur Zulässigkeit privatrechtlicher Bindungen der Mieter oder Erwerber von Häusern und Wohnungen zugunsten eines autofreien Wohnens in einer neu geplanten Wohnsiedlung, in: Senator für Umweltschutz und Stadtentwicklung (Hrsg.), Wohnen ohne (eigenes) Auto, *Bremer Beiträge zur Stadtentwicklung* 2, 1995.

Derart weitgehende Bindungen dürften in der Regel die Grenze der Angemessenheit sogar dann überschreiten, sofern die Gemeinde den Erwerbern die Grundstücke zu einem besonders günstigen Preis verkauft. Selbst in Bremen blieb das Modell allerdings mangels Nachfrage Theorie.

Autofrei wohnen muß nicht zwingend bedeuten, ohne Auto zu leben. Eine vertragliche Verpflichtung zum autofreien Wohnen kann sich auch darauf beschränken, Stellplätze aus dem Wohngebiet fernzuhalten.

Vgl. hierzu *Walker*, Handbuch städtebauliche Verträge Bd 1, S. 271 ff.

Dieses Modell wendet z.B. die Stadt Freiburg bei der Entwicklung des Wohngebiets „Vauban“ an. Hierzu hat die Stadt Freiburg durch eine Satzung nach § 74 Abs. 2 Nr. 4 LBO Baden-Württemberg ein Stellplatzbauverbot auf dem Baugrundstück erlassen und auf der Grundlage dieser Satzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 22 BauGB eine Parkierungsgemeinschaft im Bebauungsplan festgesetzt. Die Autos der Bewohner sollen dabei alle in einem Quartiersparkhaus am Eingang des Gebiets geparkt werden. Für den nötigen Stellplatznachweis müssen sich die Käufer der gemeindeeigenen Bauplätze vertraglich verpflichten, zugleich entsprechende Stellplätze in dem Quartiersparkhaus zu erwerben. Diese Verpflichtung gilt allerdings nur für Bewohner mit Auto. Solange der Nutzer einer Wohnung darauf verzichtet, ein eigenes Kraftfahrzeug zu halten, wird die Erfüllung der Stellplatznachweispflicht für den Wohnungseigentümer ausgesetzt.

Vgl. hierzu im einzelnen *Walker*, Handbuch städtebauliche Verträge Bd. 1, S. 272 f.

Um die Kosten für den Erwerb eines Stellplatzes im Quartiersparkhaus zu sparen, haben einige Bewohner allerdings vor Vertragsabschluß ihre Autos auf Verwandte umgemeldet und parken jetzt in dem benachbarten Wohngebiet.

Indessen verstößt diese Variante einer vertraglichen Verpflichtung zum autofreien Wohnen nicht gegen das Angemessenheitsgebot. Die Koppelung des Grundstückskaufs mit dem Erwerb eines Stellplatzes in dem Quartiersparkhaus dürfte auch nicht gegen das Koppelungsverbot verstoßen. Ein Wohngebiet autofrei zu halten stellt ein legitimes städtebauliches Ziel der Bauleitplanung i.S.v. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB dar. Zur Erreichung dieses Ziels ist es erforderlich, eine Gesamtlösung für die Unterbringung der Stellplätze sämtlicher Bewohner des Baugebiets zu finden. Die Verpflichtung zum Erwerb eines Stellplatzes in dem Quartiersparkhaus steht deshalb für Käufer mit Auto in sachlichem Zusammenhang mit dem Erwerb des Bauplatzes.

c) Abwasserfreies Wohnen

Demnächst sind auch Modellprojekte zu einem „abwasserfreien“ Wohnen zu erwarten. Dabei handelt es sich um eine ökonomische und ökologische Alternative zu dem herkömmlichen System der Schwemmkanalisation mit einer Kläranlage am Ende des Kanals. Das herkömmliche System der Abwasserbeseitigung verursacht hohe Kosten für den Bau und die Sanierung der Abwasserkanäle. Nicht selten tritt Abwasser aus undichten Kanälen aus und verunreinigt Boden und Grundwasser. Ferner wird ein erheblicher Anteil des teuer aufbereiteten Trinkwassers als Transportmedium für Fäkalien und andere Schmutzstoffe aus dem häuslichen, gewerblichen und industriellen Bereich verwendet. Außerdem führt die Transporttechnik innerhalb des Kanalnetzes, d.h. die durch Regenwasser und Fremdwasser unterstützte Ausschwemmung der Abwasserinhaltsstoffe zu

zentralen Abwasserreinigungsstationen zu einer starken Verdünnung der Abwasserinhaltsstoffe, durch die die Abwasserreinigung in zentralen Kläranlagen spürbar erschwert wird.

Zur Vermeidung dieser Nachteile sind in den letzten Jahren Konzepte zur dezentralen Behandlung kommunaler Abwässer ausgearbeitet worden. Hierzu ist u.a. vorgesehen die getrennte Erfassung von Schwarz- und Grauwässern (im Unterschied zu Schwarzwässern sind Grauwässer frei von Stoffen fäkalen Ursprungs), die möglichst frühzeitige Trennung der Feststoffe vom Abwasser und die Behandlung der abgetrennten Feststoffe in einer Biogasanlage. Für die Toiletten-spülung ist ein Vakuum-System entwickelt worden, bei dem statt Trinkwasser Luft als Transportmittel für häusliche Abwässer verwendet wird, indem die Abwässer wie bei Toiletten in Zügen durch Anlegen eines Vakuums abgesaugt werden.

Derartige Modelle eines abwasserfreien Wohnens können auch Gegenstand eines städtebaulichen Vertrages gem. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB sein. Die Eigentümer bzw. Erwerber oder Mieter in einem Baugebiet können sich danach gegenüber der Gemeinde vertraglich zum Anschluß und zur Benutzung eines dezentralen Abwasserbeseitigungssystems verpflichten.

III. Vereinbarungen zur Übernahme von Kosten und Aufwendungen der Gemeinde

1. Erstattung der Kosten für städtebauliche Planungen und Gutachten

Der Vorhabenträger kann sich nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB gegenüber der Gemeinde verpflichten, die ihr durch die Ausarbeitung städtebaulicher Planungen entstandenen und entstehenden Kosten zu erstatten, die Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens sind. Im Unterschied zur Regelungsmöglichkeit des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB ist die Gemeinde bei dieser Fallgestaltung Auftraggeber der Planungsbüros. Die Stellung als Auftraggeber erleichtert der Gemeinde erfahrungsgemäß die Steuerung des Planungsbüros und die Sicherstellung des angestrebten Qualitätsstandards. Aus Sicht der Gemeinde ist es deshalb häufig sinnvoller, mit dem Vorhabenträger eine Kostenerstattung zu vereinbaren als ihm die Ausarbeitung der Planung auf seine Kosten zu übertragen.

Gegenstand einer Kostenerstattungsvereinbarung können sämtliche Planungsunterlagen und Gutachten sein, die zur Schaffung der Genehmigungsfähigkeit des geplanten Vorhabens erforderlich sind. Die Kostenerstattung ist lediglich die Kehrseite der Übertragung. Erstattungsfähig sind deshalb die Kosten für genau die gleichen Planungen und Gutachten, deren Ausarbeitung dem Vorhabenträger alternativ auf seine Kosten übertragen werden kann.

Praxistip:

Die Planungen und Gutachten, die Gegenstand der Kostenvereinbarung sind, sollten in dem städtebaulichen Vertrag möglichst weit gefaßt werden. In den meisten Fällen ist im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht endgültig absehbar, welche Planungen und Gutachten im einzelnen erforderlich sind. Nicht selten werden z.B. Gutachten erst während des Verfahrens in Auftrag gegeben, um im Zuge der Trägerbeteiligung aufgetretene Bedenken einzelner Fachbehörden auszuräumen.

a) Beschränkung auf Kosten, die Voraussetzung oder Folge des Vorhabens sind

Nicht erstattungsfähig sind in der Regel die Kosten für die Ausarbeitung des Flächennutzungsplans. Die Aufstellung oder Fortschreibung eines Flächennutzungsplans enthält Aussagen, die weit über den Geltungsbereich des Bebauungsplans für das Vorhaben des Eigentümers/Investors hinausreichen. Aus diesem Grund ist insoweit allenfalls eine teilweise Kostenübernahme angemessen. Bei einer punktuellen Änderung des Flächennutzungsplans ist dagegen eine Kostenerstattungsvereinbarung in der Regel unbedenklich.

Manchmal sind der Gemeinde bereits aus einem früheren Bebauungsplanverfahren (fehlgeschlagene) Planungskosten entstanden. Das ist z.B. der Fall, wenn das Verfahren wieder eingestellt worden ist oder der Bebauungsplan in einem Normenkontrollverfahren für nichtig erklärt worden ist. Solche Planungskosten sind nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB nicht erstattungsfähig, da sie keine „Voraussetzung“ des Vorhabens sind.

Dagegen sind Planungskosten, die der Gemeinde in einem laufenden Bebauungsplanverfahren bereits vor dem „Einstieg“ des Vorhabenträgers entstanden sind, in der Regel erstattungsfähig, wenn die darauf bezogene Planung Voraussetzung des geplanten Vorhabens ist. Dies gilt auch dann, wenn die Gemeinde im Zeitpunkt der Beauftragung der Planungsleistungen eine solche Refinanzierung noch nicht beabsichtigt hat.

A.A. offenbar *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 156.

Voraussetzung ist allerdings, daß im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses der Verfahrensstand der Planreife nach § 33 Abs. 1 BauGB noch nicht erreicht ist, der Vorhabenträger also noch keinen Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung für das geplante Vorhaben erlangt hat. Nach Eintritt der Planreife i.S.v. § 33 Abs. 1 BauGB ist ein **nachträgliches „Umschalten“** auf eine Finanzierung über eine Kostenerstattungsvereinbarung **unzulässig**.

Vgl. *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnr. 165.

b) Verwaltungseigene Personal- und Sachkosten

Verwaltungsinterne Personal- und Sachkosten sind **grundsätzlich nicht ansatzfähig**. Diese Kosten sind in der Regel nicht ursächlich i.S.d. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB, da sie als durch den Gemeindehaushalt finanzierte „Sowieso-Kosten“ unabhängig von der Verwirklichung eines konkreten Vorhabens anfallen.

Vgl. *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnr. 159 mit ergänzendem Hinweis auf § 164 a Abs. 2 Nr. 2 BauGB; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 44; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 231; *Dolde/Menke*, NJW 1999, S. 1070, 1087; a.A. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 157 ff.

Planungspauschalen oder allgemeine Planungskosten dürfen deshalb grundsätzlich nicht vertraglich vereinbart werden. Ausnahmsweise erstattungsfähig sind nur die Kosten für Zeitpersonal, das ausschließlich aus Anlaß und zur Bearbeitung eines konkreten Projekts eingestellt worden ist.

So in Anlehnung an die entsprechende Rechtsprechung des BVerwG im Beitragsrecht auch *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 12 Rdnr. 159; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 231.

Eine solche eindeutige und ausschließliche Zuordnung dürfte dagegen kaum nachweisbar sein, wenn ein Planer bei der Gemeinde zwar in erster Linie für die Planung eines konkreten Projekts neu eingestellt wird, mit seiner Restkapazität aber auch bei anderen Planungen der Gemeinde mitarbeiten soll.

Im Zuge der Modernisierung der öffentlichen Verwaltung sind allerdings zur besseren betriebswirtschaftlichen Erfassung und Behandlung des Personalaufwandes vielfach interne Verrechnungssätze zwischen den einzelnen Verwaltungszweigen eingeführt worden. Dadurch kann der für ein bestimmtes Vorhaben entstehende interne Aufwand genau beziffert werden. Gleichwohl steht der Kausalitätsbegriff des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB auch in diesen Fällen einer weitergehenden Erstattungsfähigkeit verwaltungsinterner Personal- und Sachkosten entgegen. Zwar entsteht der interne Aufwand für ein konkretes Vorhaben nicht „sowieso“, da die Gemeinde ihr Personal auch für andere Projekte einsetzen kann. Das ändert aber nichts daran, daß die Personalkosten der Gemeinde projektunabhängig sowieso entstehen, sie also auch dann bezahlt werden müssen, wenn kein einziges Projekt durchgeführt wird.

A.A. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 160.

2. Erstattung der Kosten einer Bodensanierung und Freilegung

Nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB kann sich der Vorhabenträger gegenüber der Gemeinde verpflichten, die ihr entstandenen und entstehenden Kosten für Maßnahmen der Altlastensanierung und der Freilegung – gegebenenfalls bis zu einer bestimmten Obergrenze – zu erstatten. Wie bereits dargelegt, spielen solche Vereinbarungen vor allem in den Fällen einer Revitalisierung innerstädtischer Gewerbe-, Industrie- und Militärbrachen eine wichtige Rolle.

In vielen Fällen wird es zwar zweckmäßig sein, die Durchführung der Sanierung und der Freilegung auf den Vorhabenträger zu übertragen. Nicht selten scheut ein Vorhabenträger jedoch ein unkalkulierbares Altlastenrisiko und ist nur bereit, ein von Altlasten freies oder befreites Grundstück zu erwerben. Insbesondere bei altlastenbehafteten gemeindeeigenen Grundstücken bleibt der Gemeinde u.U. nichts anderes übrig als selbst in Vorleistung zu treten und sich die Kosten der Altlastensanierung erst von einem möglichen späteren Erwerber ganz oder teilweise erstatten zu lassen.

Über einen städtebaulichen Vertrag erstattungsfähig sind allerdings nur die Kosten für solche Maßnahmen der Altlastensanierung, die Voraussetzung oder Folge des Vorhabens sind. So kann die Gemeinde z.B. für ein Industrierorhaben nicht die Kosten einer „Luxussanierung“ erstattet verlangen.

3. Folgekosten

§ 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB ist die maßgebliche Rechtsgrundlage für den Abschluß von sog. Folgekostenverträgen. Als **Folgekostenverträge** werden herkömmlich solche Verträge bezeichnet, mit denen Aufwendungen vor- und refinanziert werden, die der Gemeinde jenseits der beitragsfähigen Erschließung als Folge neuer Ansiedlungen für Anlagen und Einrichtungen des Gemeinbedarfs entstehen.

Vgl. BVerwG, U. v. 06.07.1973 - IV C 22.72 - BVerwGE 42, S. 331, 336; BVerwG, U. v. 14.08.1992 - 8 C 19.90 - BVerwGE 90, S. 310, 311 ff.

Die Leistung des Vorhabenträgers kann auch in der Bereitstellung von Grundstücken bestehen.

Seit der Novellierung des § 124 BauGB und der Einführung des § 6 BauGB-MaßnG ist allerdings umstritten, ob ein Folgekostenvertrag immer noch voraussetzt, daß es sich um städtebauliche Maßnahmen „jenseits der beitragsfähigen Erschließung“ handelt oder ob Gegenstand eines Folgekostenvertrages nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB auch die vertragliche Übernahme der Kosten beitragsfähiger Erschließungsanlagen sein kann.

a) Aufwendungsersatz

Folgekostenverträge bilden in der Praxis nicht selten das „Einfallstor“ für eine allgemeine Infrastrukturabgabe oder für die teilweise Abschöpfung planungsbedingter Bodenwertsteigerungen losgelöst von konkreten Aufwendungen der Gemeinde. Eine derartige Vertragsgestaltung verstößt jedoch gegen § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB. Danach können nur Kosten und Aufwendungen übernommen werden, die der Gemeinde für städtebauliche Maßnahmen tatsächlich entstanden sind oder tatsächlich entstehen. Der Folgekostenvertrag ist somit von vornherein **auf reinen Aufwendungsersatz beschränkt**.

Vgl. nur *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 26; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 137.

Zuschüsse aus staatlichen Förderprogrammen an die Gemeinde können die abwälzbaren Aufwendungen verringern. Die Gemeinde kann für die Bereitstellung einer Leistung nicht staatliche Förderung in Anspruch nehmen und gleichzeitig den Vorhabenträger zur vollständigen Finanzierung heranziehen. Gegen eine solche „Doppelfinanzierung“ kann der Vorhabenträger einwenden, daß der Gemeinde überhaupt keine Kosten und Aufwendungen entstanden sind. Der Träger der staatlichen Förderung kann in diesem Fall verlangen, daß die Gemeinde die erhaltenen Fördermittel zurückerstattet. Werden die Fördermittel nur als Darlehen gewährt, reduzieren sie die abwälzbaren Aufwendungen dagegen nicht.

Vgl. hierzu im einzelnen *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 137 m.w.N.

§ 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB erfaßt nur Aufwendungen der Gemeinde. Entstehen Kosten oder sonstige Aufwendungen nicht bei der Gemeinde, sondern bei einem Dritten, ist der Vorhabenträger freilich grundsätzlich nicht gehindert, sich direkt gegenüber dem Dritten zur Übernahme der entstehenden Kosten zu verpflichten. Ein typisches Beispiel hierfür bildet ein Folgekostenvertrag, in dem sich der Vorhabenträger gegenüber dem Träger der Straßenbaulast verpflichtet, die Kosten für die Herstellung einer Linksabbiegespur zu übernehmen, die durch die beabsichtigte Ansiedlung eines SB-Marktes erforderlich wird. Eine solche Vereinbarung ist zulässig, wenn sie dazu dient, die Genehmigungsreife des Vorhabens herzustellen. So liegt es, wenn die Erschließung des SB-Marktes ohne die Linksabbiegespur nicht gesichert wäre.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 05.08.1986 - 8 S 380/96 -, UPR 1997, S. 78.

Die Aufwendungen müssen bei der Gemeinde entstanden sein oder noch entstehen. Durch die Formulierung „entstanden“ werden im Unterschied zur Vorgängerregelung des § 6 Abs. 3 S. 1 BauGBMaßnG auch Aufwendungen erfaßt,

die der Gemeinde schon vor Vertragsschluß entstanden sind. Allerdings fehlt bei schon entstandenen Kosten sehr häufig das weitere Erfordernis der unmittelbaren Kausalität. In jedem Fall besteht Anlaß, die Kausalität besonders sorgfältig zu prüfen.

Vgl. nur *Krautzberger*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 11 Rdnr. 159.

Die Beschränkung auf Aufwendungsersatz gilt auch bei erst künftig entstehenden Kosten. Entstehen die übernommenen Aufwendungen später nicht (z.B. weil der vorgesehene Kindergarten nicht gebaut wird) oder in geringem Umfang, muß der gemeindliche Überschuß wieder an den oder die Vertragspartner ausgekehrt werden.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 27.

In der Praxis wird deshalb manchmal in einer Auffangklausel vereinbart, daß der für eine bestimmte Gemeinbedarfseinrichtung vorgesehene Betrag alternativ auch für eine andere konkrete Einrichtung verwendet werden darf. Nicht selten wird die Folgekostenvereinbarung auch als Ablöseklausele formuliert.

b) Folgekostenfähige städtebauliche Maßnahmen

Folgekostenfähige städtebauliche Maßnahmen sind vor allem soziale Einrichtungen, die der Versorgung des Gebiets dienen. Hierzu gehören u.a. die Errichtung oder Erweiterung

- eines gemeindlichen Kindergartens oder einer Kindertagesstätte,
- einer Grundschule,
- eines öffentlichen Kinderspielplatzes,
- eines öffentlichen Bolzplatzes oder anderer kleinerer Sportanlagen,
- eines Schwimmbades,
- von Freizeit- und Erholungsflächen,
- eines Jugendfreizeittreffs,
- von Alten- und Senioreneinrichtungen.

Entwickelt der Vorhabenträger einen ganzen Stadtteil neu, kann der Kreis der städtebaulichen Maßnahmen u.U. noch weiter gefaßt werden:

- ÖPNV-Anschluß für neue Bus- oder Stadtbahnlinie

- Bürgerzentrum mit Mehrzweckhalle
- Kulturzentrum

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 26.

Bei zentralen Einrichtungen (z.B. Bauhof, Friedhof, Feuerwehr oder Rathaus) scheidet die Kostenübernahme dagegen regelmäßig am Kausalitätserfordernis.

Allerdings können aufgrund der Besonderheiten des konkreten Vorhabens im Einzelfall auch weitere Maßnahmen folgekostenfähig sein. Das ist z.B. der Fall, wenn als unmittelbare Folge eines gewerblichen Vorhabens spezielle Einrichtungen oder Anlagen für die örtliche Feuerwehr angeschafft werden müssen.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 162.

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen (insbesondere auch beitragsfähige) Erschließungsanlagen folgekostenfähige städtebauliche Maßnahmen sein können, wird gesondert behandelt.

- c) Welche Aufwendungen der Gemeinde sind Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens?

Nicht alle Aufwendungen der Gemeinde für städtebauliche Maßnahmen sind auch folgekostenfähig. Hinzu kommen muß, daß die vom Vorhabenträger zu finanzierenden städtebaulichen Maßnahmen „**Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens**“ sind. Das Erfordernis der Ursächlichkeit bildet die wichtigste Schranke der Folgekostenverträge. Bei der Vertragsgestaltung ist die Kausalität zwischen den Aufwendungen der Gemeinde und dem Vorhaben des Vertragspartners deshalb stets besonders sorgfältig zu behandeln.

aa) Geplantes Vorhaben

Die Vereinbarung von Folgekosten erfordert nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB zunächst ein „geplantes Vorhaben“. Diese Voraussetzung ist ohne weiteres in den Fällen erfüllt, in denen ein Eigentümer oder Investor ein konkretes Projekt an die Gemeinde heranträgt. Ist die Gemeinde Initiatorin einer vorsorgenden Baulandentwicklung, ist ein „geplantes Vorhaben“ stets gegeben, wenn mit den einzelnen Eigentümern im Plangebiet eine vertragliche Baupflicht begründet wird.

Fraglich ist aber, ob ein „geplantes Vorhaben“ auch dann angenommen werden kann, wenn durch die Überplanung eines Gebiets im Sinne einer herkömmlichen Angebotsplanung eine Bebauung lediglich ermöglicht wird. Dies wird zum Teil in Anlehnung an das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14.08.1992 verneint. Danach sei erforderlich, daß aus Anlaß der Ausführung eines konkreten Vorhabens etwas geschehe.

Vgl. BVerwG, U. v. 14.08.1992 - 8 C 19.90 -,
BVerwGE 90, S. 310, 313.

Wer gegenwärtig und in naher Zukunft kein Vorhaben plane, müsse und dürfe keine Folgekosten zahlen.

Vgl. Quaas, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998,
§ 11 Rdnr. 28.

Diese Auslegung ist jedoch zu eng. Auch bei einer Angebotsplanung kann die Gemeinde in der Regel davon ausgehen, daß die überplanten Flächen in naher Zukunft einer Bebauung zugeführt werden sollen. Bei der Ermittlung des durch ein neues Baugebiet konkret zu erwartenden Bedarfs an vorzuhaltenden Plätzen in Infrastruktureinrichtungen darf sie grundsätzlich die rechtlich zulässige Bebauung zugrundelegen, zumal sich häufig nur schwer überprüfen läßt, ob jemand tatsächlich ein Vorhaben plant oder nicht. Hinzu kommt, daß meist nicht wenige Eigentümer das Ziel verfolgen, ihre Grundstücke möglichst schnell gewinnbringend an bauwillige Dritte zu verkaufen.

Ein „geplantes Vorhaben“ fehlt dagegen im Falle einer reinen Vorratsplanung, die nicht auf einen zeitnah zu erwartenden Bedarf ausgerichtet ist. Dann stellt sich freilich die weitere Frage, ob die Aufstellung eines solchen Bebauungsplans überhaupt erforderlich im Sinne von § 1 Abs. 3 BauGB ist.

bb) Festlegung, welche konkreten Folgemaßnahmen in welcher Höhe finanziert werden

In formeller Hinsicht ist zum späteren Nachweis genau festzulegen, welche konkreten städtebaulichen Maßnahmen vom Vorhabenträger in welcher Höhe zu finanzieren sind. Der vereinbarte **Folgekostenbetrag muß** also durch den Vertrag **in bestimmter Höhe bestimmten Folgemaßnahmen zugeordnet werden**.

Vgl. BVerwG, U. v. 06.07.1973 - IV C 22.72 -,
BVerwGE 42, S. 331, 343.

Daher fehlt es an dem erforderlichen Kausalzusammenhang, wenn lediglich die Zahlung eines pauschal geschätzten Geldbetrages pro Wohneinheit oder pro Quadratmeter Geschoßfläche vereinbart wird, mit dem die „üblicherweise“ bei Ausweisung eines neuen Baugebiets entstehenden infrastrukturellen Folgekosten in pauschaler Weise gedeckt werden sollen. Bei solchen abstrakten Zahlungspflichten pro Wohneinheit oder pro Quadratmeter Geschoßfläche handelt es sich nicht mehr um (bestimmte) Folgekosten, sondern um eine unzulässige „Zuzugsabgabe“. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn sie in Vollzug eines Grundsatzbeschlusses des Gemeinderats schematisch in die Verträge aufgenommen werden.

Vgl. BVerwG, U. v. 06.07.1973 - IV C 22.72 -,
BVerwGE 42, S. 331, 344; Quaas, in: *Schrödter*,

BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 35; *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnrn. 164 f.; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 140.

Viele in der Praxis gebräuchliche Vertragsgestaltungen sind schon deshalb unzulässig, da sie ohne jede Kalkulation gefgriffene Sätze zugrundelegen (z.B. 40,00 €/m² Nettobauland). Die zu erwartende Infrastrukturkosten müssen vielmehr anhand des konkreten Bedarfs errechnet werden. Eine Kalkulation aufgrund von Kostensätzen für den durchschnittlichen Bedarf ist nicht ausreichend.

Vgl. *Schäfer/Lau/Specovius*, in: Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.), Baulandbereitstellung, bodenpolitische Grundsatzbeschlüsse, 2001, S. 28.

Nach dem sogenannten Münchner Modell hat der Bauwillige die Herstellungskosten der ursächlichen sozialen Infrastruktur zwar grundsätzlich durch einen anteiligen Finanzierungsbeitrag von 65,00 €/m² Geschoßfläche abzulösen. Diesem Ablösebetrag liegt eine Kalkulation aufgrund von Kostensätzen für den durchschnittlichen Bedarf zugrunde. Gleichwohl dürfte diese Regelung noch dem Kausalitätsgebot entsprechen, soweit der Bauwillige die freie Wahl hat, anstelle einer pauschalierten Ablösesumme Folgekosten nur anhand eines Einzelnachweises für die durch das Vorhaben konkret entstehenden oder entstandenen Aufwendungen zu übernehmen.

Vgl. Landeshauptstadt München, (Hrsg.), Die sozialgerechte Bodennutzung. Der Münchner Weg, 2. Aufl. 2000, S. 27 f.

Die Festlegung der zu finanzierenden Folgemaßnahmen braucht allerdings nicht notwendig in der Vertragsurkunde selbst zu erfolgen.

Vgl. BVerwG, U. v. 06.07.1973 - IV C 22.72 -, BVerwGE 42, S. 331, 343.

Es reicht, wenn aus einer Anlage zum Vertrag hervorgeht, welche Maßnahmen im einzelnen in welcher Höhe finanziert werden. Auf die Anlage muß im Vertrag aber ausdrücklich Bezug genommen werden.

Vgl. *Neuhausen*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 11 Rdnr. 42.

Die Zuordnung muß sich auf die einzelne Folgeeinrichtung beziehen. Eine weitergehende Differenzierung ist nicht erforderlich. Die auf die Errichtung einzelner Bestandteile der Folgeeinrichtung entfallenden Beträge brauchen nicht jeweils gesondert ausgewiesen zu werden.

Vgl. BVerwG, U. v. 06.07.1973 - IV C 22.72 -1, BVerwGE 42, S. 331, 343 f.; *Bunzel* (Hrsg.) Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 141.

cc) Bedarfsermittlung

Zum Nachweis der Kausalität zwischen Vorhaben und Folgeeinrichtung ist in der Begründung der Folgekostenerhebung eine methodisch einwandfreie Bedarfsermittlung vorzunehmen.

Als **erster Schritt** der Bedarfsermittlung ist zunächst **der durch ein Vorhaben zu erwartende Bevölkerungszuwachs zu ermitteln**. Bei den hierfür erforderlichen Prognosen kann die Gemeinde auf belegbare Erfahrungswerte zurückgreifen.

Vgl. BVerwG, U. v. 06.07.1973 - IV C 22.72 -, BVerwGE 42, S. 331, 344.

Kriterien hierfür sind insbesondere die Zahl der festgesetzten Wohneinheiten und deren Größe. Für die Belegungsdichte – also die Anzahl der Personen pro Wohneinheit – gibt es einschlägige Richt- und Orientierungswerte. In der Regel wird eine Belegungsdichte von 2,3 bis 2,4 Personen pro Wohneinheit angenommen. Sind in einem Wohngebiet relativ viele junge Familien mit hohem Kinderanteil zu erwarten, kann die Belegungsdichte entsprechend nach oben korrigiert werden. Umgekehrt ist die Belegungsdichte bei einem hohen Anteil von Einzimmerwohnungen niedriger anzusetzen.

Aus dem insgesamt prognostizierten Bevölkerungszuwachs als Folge des Vorhabens kann ferner auch der *Kinderanteil und dessen durchschnittliche Jahrgangsstärke* errechnet werden. Auf diese Weise läßt sich vor allem der durch ein Vorhaben zu erwartende Bedarf an Kindergartenplätzen und Grundschulplätzen ermitteln.

In einem **zweiten Schritt** ist zu berechnen, welcher **Bedarf nach öffentlichen Leistungen durch die zu erwartende zusätzliche Bevölkerung** ausgelöst wird. Für bestimmte Folgeeinrichtungen können anhand von ortsüblichen Standards zusammen mit ortsüblichen Kostenansätzen durchschnittliche Werte festgelegt werden.

Vgl. *Schäfer/Lau/Specovius*, in: Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.), Baulandbereitstellung, bodenpolitische Grundsatzbeschlüsse, 2001, S. 28.

Als **dritter Schritt** muß geprüft werden, **ob und inwieweit dieser Bedarf durch die bereits vorhandenen gebietsnahen Einrichtungen gedeckt** werden kann. Dies hängt davon ab, wieviele freie Kapazitäten in den bestehenden Einrichtun-

gen zur Verfügung stehen. Hierfür kann auf die derzeitige Auslastung und die ohne das Vorhaben prognostizierte künftige Auslastung unter Berücksichtigung der Soll-Stärken für Kindergartengruppen, Schulklassen etc. zurückgegriffen werden. Aus der Menge der nach dieser Berechnung noch fehlenden Kapazitäten erschließt sich der durch das Vorhaben ausgelöste Bedarf nach neuen, zusätzlichen Einrichtungen.

Bei Gewerbegebieten oder bei Sondergebieten für bestimmte großflächige Einzelhandelsbetriebe ist es allerdings häufig nicht ganz einfach, einen konkreten Bedarf an Folgeeinrichtungen nachzuweisen und somit von an- oder umsiedlungswilligen Betrieben zugesagte Zahlungen rechtssicher „unterzubringen“.

dd) Sachliche, zeitliche und räumliche Voraussetzungen des Kausalzusammenhangs

Sind nach dem Ergebnis der konkreten Bedarfsermittlung Neubauten oder Erweiterungen von Kindergärten, Schulen etc. erforderlich, genügen die hiermit verbundenen Investitionen in der Regel den materiellen Anforderungen an den von § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB geforderten Kausalzusammenhang. Eine auf das konkrete Vorhaben bezogene Bedarfsermittlung erfüllt die beiden entscheidenden Voraussetzungen der Kausalität:

- die Gemeinde darf sich über eine Folgekostenvereinbarung **nicht** einen **Nachholbedarf** an Infrastruktureinrichtungen finanzieren lassen, die in anderen Gebieten fehlen;
- die Gemeinde darf sich vom Vorhabenträger **nicht auf Vorrat** Einrichtungen bezahlen lassen, die nur zukünftigen Baugebieten dienen.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 29; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 230 f.

Eine Kausalität im naturwissenschaftlichen Sinne ist darüber hinaus nicht notwendig, da Art und Umfang des Bedarfs von Wertentscheidungen abhängt, die die Gemeinde im Rahmen ihrer Abwägung zu treffen hat (z.B. Soll-Stärke einer Kindergartengruppe; Verzicht auf Umverteilung trotz freier Kindergartenplätze in anderen Ortsteilen).

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 140; *Quaas*, in: *Schrödter* BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 29.

Die Übernahme von Folgekosten ist nicht auf „große“ Vorhaben beschränkt. Das Erfordernis der Ursächlichkeit kann auch bei „kleinen“ (normalen) Vorhaben erfüllt sein.

Vgl. BVerwG, U. v. 14.08.1992 - 8 C 19.90 -, BVerwGE 90, S. 310, 315; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 34, m.w.N.

Umstritten ist, wie eng der **zeitliche** Zusammenhang zwischen Realisierung des Bauvorhabens und Realisierung der hierfür zugeordneten notwendigen Infrastruktureinrichtung sein muß. Hierzu hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 14.08.1992 eine sehr restriktive Auffassung vertreten. Erforderlich sei, daß aus Anlaß der Ausführung eines bestimmten Vorhabens etwas geschehe und nicht erst – irgendwann – ein aufgelaufener Bedarf Konsequenzen nach sich ziehe. Der Unterschied werde deutlich, wenn sich der Bedarf bei zeitlich versetzter Bebauung eines Plangebiets erst nach und nach einstelle, zwischen den ersten Wohnungen und der Herstellung der Folgeeinrichtung (hier: Kinderspielplatz) Jahre vergingen. In diesem Fall seien die Kosten des Kinderspielplatzes keine Aufwendungen, die durch die Zulassung schon der ersten Wohnungen verursacht würden.

Vgl. BVerwG, U. v. 14.08.1992 - 8 C 19.90 -, BVerwGE 90, S. 310, 314.

Im Anschluß an diese Entscheidung ist nach überwiegender Meinung nach wie vor ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Errichtung des Bauvorhabens und Herstellung der Folgeeinrichtung erforderlich.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 30: ein bis zwei Jahre; *Scharmer*, NVwZ 1995, S. 219, 222: fünf Jahre.

Seit der Novellierung des BauGB können nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB aber auch bereits „entstandene“ Aufwendungen der Gemeinde folgekostenfähig sein. Das spricht dafür, daß der früher erforderliche enge zeitliche Zusammenhang inzwischen jedenfalls gelockert worden ist.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 229; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 142 f.

Praxistip:

Um auf der sicheren Seite zu sein, sollten die vom Vorhabenträger (teilweise) zu finanzierenden Folgeeinrichtungen möglichst zeitnah nach Fertigstellung der ersten Wohnung hergestellt werden.

In **räumlicher** Hinsicht können auch Gemeinbedarfseinrichtungen außerhalb des Plangebiets folgekostenfähig sein. Zwar ist dies in § 11 Abs. 1 S. Nr. 3 BauGB im Unterschied zur Vorgängerregelung des § 6 Abs. 3 S. 1 BauGBMaßnG nicht mehr ausdrücklich bestimmt. Die Gesetzesbegründung stellt aber klar, daß § 11

BauGB keine Beschränkung der kostenauslösenden Maßnahmen auf das Bebauungsplangebiet enthält.

Vgl. BT-Drucks. 13/6392, S. 50.

Allerdings darf auch hier nur der durch das geplante Vorhaben zu erwartende Bedarf in Ansatz gebracht werden. Daher ist der erforderliche Kausalzusammenhang nicht nachgewiesen, wenn nur auf eine sonstige „gemeindliche Gesamtplanung“ abgestellt wird.

Vgl. hierzu grundlegend BVerwG, U. v. 14.08.1992 - 8 C 19.90 -, BVerwGE 90, S. 310, 312; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 36.

ee) Kostenaufteilung bei Folgemaßnahmen, die mehreren Vorhaben dienen

Eine Folgemaßnahme kann auch nur teilweise unmittelbar kausal zu einem Vorhaben sein und daneben noch anderen Vorhaben oder der Versorgung anderer Gebiete dienen.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 162.

In diesem Fall ist **der folgekostenfähige Anteil der Investitionskosten** für die Folgeeinrichtung **auf den durch das Vorhaben ausgelösten Bedarf beschränkt**. Errichtet die Gemeinde z.B. einen dreigruppigen Kindergarten, obwohl der vorhabenbedingte Bedarf nur zwei Gruppen beträgt, ist lediglich der auf diese beiden Gruppen bezogene Kostenanteil folgekostenfähig.

Die Aufteilung der Kosten bei Einrichtungen, die nicht allein dem Vorhaben dienen, erfolgt rechnerisch nach Bruchteilen.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 162 f.; *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 11 Rdnr. 17.

Teilweise Kausalität setzt nicht zusätzlich die Teilbarkeit der Maßnahme voraus. Für eine teilweise Zuordnung von Kosten bedarf es deshalb keiner Aufspaltung der Folgeeinrichtung in selbständige einzelne Teile. Zwar bezieht sich die Kausalität nach dem Wortlaut des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB auf die städtebauliche Maßnahme.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 11 Rdnr. 32.

Entscheidend ist nach Sinn und Zweck der Regelung jedoch, daß durch das Vorhaben Aufwendungen der Gemeinde hervorgerufen werden. Das Erfordernis der Ursächlichkeit soll nur verhindern, daß die Gemeinde sich Kosten erstatten läßt,

die über den durch das Vorhaben ausgelösten Bedarf hinausgehen. Es dient dagegen nicht dazu, willkürlich die Erstattungsfähigkeit bestimmter Folgekosten auszuschließen.

Das bedeutet, daß z. B. auch die Kosten eines eingruppigen Kindergartens aufgeteilt werden können.

A.A. Quaas, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998,
§ 11 Rdnr. 32.

ff) Folgekosten für schon errichtete Infrastruktureinrichtungen?

Soweit der durch das Vorhaben zu erwartende Bedarf durch die bereits vorhandenen Gemeinbedarfseinrichtungen vollständig gedeckt werden kann, sind die der Gemeinde hierfür (früher) entstandenen Kosten in der Regel nicht Voraussetzung oder Folge des Vorhabens.

Etwas anderes kann allerdings insbesondere für Vorhaben in dem zweiten (oder dritten) Bauabschnitt eines Baugebiets gelten. In solchen Fällen wird eine **Folgeeinrichtung** (z.B. ein Kindergarten) häufig schon im Zuge der Realisierung des ersten Bauabschnitts errichtet und **im Hinblick auf den durch die nachfolgenden Bauabschnitte zusätzlich zu erwartenden Bedarf bereits größer dimensioniert als für den ersten Bauabschnitt erforderlich**. Ist das der Fall, kann die Gemeinde die Aufwendungen, die sie im Hinblick auf den für den zweiten Bauabschnitt ermittelten Bedarf getätigt hat, über Folgekostenvereinbarungen mit den dortigen Vorhabenträgern refinanzieren. Hiergegen bestehen unter dem Aspekt des Gleichheitsgrundsatzes nur dann Bedenken, wenn die Vorhabenträger des ersten Bauabschnitts keine Folgekosten zu zahlen brauchten.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002,
S. 232 ff.

Zu beachten ist aber, daß sich staatliche Zuschüsse in der Regel nur an dem bereits vorhandenen aktuellen Bedarf orientieren und nicht an dem erst zukünftig zu erwartenden.

d) Betriebskosten

Betriebskosten einer folgekostenfähigen Einrichtung sind zwar wie deren Baukosten Voraussetzung oder Folge eines Vorhabens. Gleichwohl ist zweifelhaft, ob der Vorhabenträger neben den Investitionskosten auch die Betriebskosten einer Folgeeinrichtung (z.B. kapitalisiert für einen bestimmten Zeitraum) übernehmen kann. Soweit Betriebskosten über Benutzungsgebühren finanziert werden, besteht bereits eine anderweitige Kostendeckung. In diesem Umfang verbietet sich eine Kostenübernahme von vornherein.

Es spricht aber vieles dafür, daß auch die Weitergabe des nicht durch Gebühren finanzierten Teils der Betriebskosten ausgeschlossen ist. Selbst bei weiter Auslegung stellt der Betrieb und die Unterhaltung einer Folgeeinrichtung keine „städtebauliche Maßnahmen“ dar.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 163.

§ 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB dürfte die Gemeinde nur zur Abwälzung der (einmaligen) Investitionskosten ermächtigen. Dem steht nicht entgegen, daß bei naturschutzrechtlichen Ausgleichsmaßnahmen jedenfalls für die ersten fünf Jahre auch die Kosten der Fertigstellungs- und Entwicklungspflege erstattungsfähig sind. Diese Kosten zählen nicht zu den Betriebskosten, sondern zu den Herstellungskosten.

Für eine **Begrenzung der erstattungsfähigen Folgekosten auf einmalige Investitionskosten** spricht auch, daß die vertragliche Übernahme von Betriebskosten unter dem Aspekt des Gleichheitsgrundsatzes problematisch ist, sofern nur ein Teil der Nutzer über den Folgekostenvertrag „zur Kasse gebeten“ wird, andere Nutzer hingegen nicht.

Vgl. *Oerder*, BauR 1998, S. 22, 32; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 231.

4. Erstattung der Kosten für Ausgleichsmaßnahmen

Nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB kann sich der Vorhabenträger gegenüber der Gemeinde auch verpflichten, die Kosten für Ausgleichsmaßnahmen i.S.v. § 1 a Abs. 3 BauGB zu übernehmen. Die einzelnen zu finanzierenden Maßnahmen müssen konkret festgelegt werden. In sachlicher Hinsicht sind die vorgesehenen Ausgleichsmaßnahmen in der Regel bis zur Grenze der Vollkompensation ohne weiteres Voraussetzung oder Folge des mit dem geplanten Vorhaben verbundenen Eingriffs in Natur und Landschaft. Um den durch das geplante Vorhaben ausgelösten Ausgleichsbedarf zu ermitteln, ist eine Eingriffs- und Ausgleichsbilanzierung vorzunehmen, die sich nicht auf eine quantitative Flächenbilanz beschränkt, sondern sich an qualitativen Kriterien orientiert. Ein Ausgleich im Verhältnis 1 : 3 ist etwa bei ökologisch hochwertigen Flächen keine Seltenheit.

a) Ausgleichsmaßnahmen außerhalb des Plangebiets

In räumlicher Hinsicht kann sich der Vorhabenträger auch verpflichten, die Kosten für Ausgleichsmaßnahmen *außerhalb des Plangebiets* zu übernehmen.

Vgl. BVerwG, U. v. 09.05.1997 - 4 N 1/96 -, NVwZ 1997, S. 216; VGH Baden-Württemberg, NK-B. v. 18.07.1997 - 8 S 2891/96 -, NuR 1998, S. 148, 149.

Häufig hat der Vorhabenträger ein erhebliches wirtschaftliches Interesse daran, daß Ausgleichsmaßnahmen außerhalb des Plangebiets durchgeführt werden, da hierdurch in der Regel die Netto-Baulandfläche deutlich vergrößert werden kann und der Erwerb der Flächen billiger ist.

Ebenso *Mitschang*, BauR 2003, S. 183, 192.

Ein unmittelbarer räumlich-funktionaler Zusammenhang zwischen Eingriff und Ausgleich ist nach § 200 a S. 2 BauGB nicht erforderlich, soweit dies mit einer geordneten städtebaulichen Entwicklung und den Zielen der Raumordnung sowie des Naturschutzes und der Landschaftspflege vereinbar ist. Dem entspricht es, daß der Begriff des Ausgleichs i.S.v. § 1 a Abs. 3 BauGB nach § 200 a S. 1 BauGB weit auszulegen ist und auch Ersatzmaßnahmen im Sinne der Landesnaturschutzgesetze erfaßt.

b) Lockerung des zeitlichen Kausalzusammenhangs durch ein Ökokonto

Erstattungsfähig sind grundsätzlich auch Kosten, die im Zuge der Einrichtung und Umsetzung eines sog. *Ökokontos* entstanden sind. Das Modell des Ökokontos führt zu einer räumlichen und zeitlichen Entkoppelung des Ausgleichs von dem Eingriff. Durch die Eröffnung eines Ökokontos können Ausgleichsmaßnahmen für spätere Eingriffe gewissermaßen auf Vorrat „angespart“ werden. Die zeitliche Entkoppelung von Eingriff und Ausgleich funktioniert allerdings nur in Richtung **Vorziehen des Ausgleichs**, nicht auch in Richtung **Vorziehen des Eingriffs**. Das im übertragenen Sinne gemeinte Ökokonto erlaubt lediglich ein „Ansparen“, aber keine „Kreditaufnahme“.

Vgl. *Battis/Krautzberger/Löhr*, Die Neuregelung des Baugesetzbuches zum 01.01.1998, NVwZ 1997, S. 1145, 1154.

Eine vorgezogene Ausgleichsmaßnahme kann auf einen späteren Eingriff aber nur angerechnet werden, wenn im Zeitpunkt ihrer Durchführung bereits eindeutig erkennbar ist, daß sie die Funktion eines an sich erst später erforderlichen Ausgleichs wahrnimmt. Dies ist der Fall, wenn die betreffende Ausgleichsfläche gemäß § 5 Abs. 2 BauGB im Flächennutzungsplan oder in einem Landschaftsplan dargestellt ist.

Vgl. *Krautzberger*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 135 a Rdnr. 5.

Um einer ökologischen Verinselung entgegenzuwirken, werden in der Regel **Sammelausgleichsmaßnahmen** konzipiert **bzw. Ausgleichsflächenpools** gebildet, die für mehrere Vorhaben oder für mehrere unterschiedliche Baugebiete eine Ausgleichsfunktion wahrnehmen sollen. Die Gesamtkosten einer Sammelausgleichsmaßnahme sind dann gerecht auf die hiervon profitierenden Grundstückseigentümer und Investoren zu verteilen. Als Verteilungsmaßstab kommt in

Anlehnung an § 135 b BauGB die überbaubare Grundstücksfläche, die zulässige Grundfläche, die Versiegelung und die Schwere der zu erwartenden Beeinträchtigung in Betracht.

Voraussetzung des Vorhabens i.S.v. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB sind die bereits durchgeführten Ausgleichsmaßnahmen ohne weiteres, wenn die entsprechenden Ausgleichsflächen gem. § 5 Abs. 2 a BauGB im Flächennutzungsplan zumindest auch den Flächen zugeordnet sind, auf denen die mit dem geplanten Vorhaben verbundenen Eingriffe in Natur und Landschaft zu erwarten sind. Werden auf der Grundlage einer Zuordnung zu der (späteren) Eingriffsfläche Ausgleichsmaßnahmen bereits im zeitlichen Vorgriff auf das Vorhaben durchgeführt, so sind die der Gemeinde dadurch entstandenen Kosten als Voraussetzung des geplanten Vorhabens erstattungsfähig.

c) Erstattungsfähiger Aufwand

Der Aufwand, der von dem Vorhabenträger übernommen werden kann, umfasst grundsätzlich alle Kosten, die mit der Durchführung der Ausgleichsmaßnahme verbunden sind. Hierzu gehören insbesondere die Kosten

- der Planung,
- der bautechnischen und gartenbaulichen Herstellung,
- der Fertigstellungs- und Entwicklungspflege,
- des Grunderwerbs,
- der Freilegung der Flächen zum Ausgleich,
- der Finanzierung.

Der weitergabefähige Aufwand erfasst auch den Wert der von der Gemeinde aus ihrem Vermögen bereitgestellten Flächen (vgl. § 128 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 135 c Nr. 3 BauGB).

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 170.

Sofern diese Flächen im Flächennutzungsplan als Ausgleichsflächen dargestellt sind wird ihr Wert wegen ihrer Funktion als **Bauvoraussetzungsland** vielfach über dem Preis für Ackerlandfläche anzusetzen sein.

Vgl. BGH, U. v. 09.10.1997 - III ZR 148/96 -, NJW 1998, S. 2215, 2219; *Dieterich*, Baulandumlegung, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 232 t und u.

Dies gilt auch für Ausgleichsflächen außerhalb des Plangebiets.

Die **Kosten der Fertigstellungs- und Entwicklungspflege** können in Ansatz gebracht werden, da sie zu den „Herstellungskosten“ zählen. Die erstmalige endgültige „Herstellung“ einer Pflanze ist mit ihrer Anpflanzung noch nicht abgeschlossen, da sie ohne eine entsprechende Fertigstellungs- und Entwicklungspflege in der Regel nicht dauerhaft anwachsen kann.

Vgl. *Birk*, VBIBW 1998, S. 81, 82; *Boll/Reif*, BWGZ 1999, S. 426, 430.

Dagegen gehören **die darüber hinausgehenden Kosten einer dauerhaften Pflege** – wie die Betriebskosten von Folgeeinrichtungen – als reine Unterhaltungskosten zu den ausgeschlossenen Kosten, obwohl der erforderliche Kausalzusammenhang auch hier gegeben ist.

A.A. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 170.

5. Erstattung der Kosten für beitragsfähige Erschließungsanlagen

Der herkömmliche Anwendungsbereich des Folgekostenvertrages ist auf Aufwendungen begrenzt, die der Gemeinde *jenseits der beitragsfähigen Erschließung* als Folge neuer Ansiedlungen entstehen. **Sehr umstritten ist**, ob dies nach wie vor gilt oder **ob sich der Vorhabenträger gem. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB in einem städtebaulichen Vertrag in zulässiger Weise verpflichten kann, der Gemeinde 100 % der Kosten der nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähigen Erschließungsanlagen zu erstatten.**

Diese Frage bildet nicht nur systematisch die entscheidende Schnittstelle zum Beitragsrecht, sondern hat auch erhebliche praktische Auswirkungen. Bei einer beitragsmäßigen Abrechnung über die Erhebung eines Erschließungsbeitrages hat die Gemeinde nach § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB stets mindestens 10 % des beitragsfähigen Erschließungsaufwandes selbst zu tragen. Das gilt auch bei Abschluß einer Ablösungsvereinbarung nach § 133 Abs. 3 S. 5 BauGB. Nach § 124 BauGB kann sich ein Dritter allerdings gegenüber der Gemeinde verpflichten, die Erschließungsanlagen auf eigenen Namen herzustellen und 100 % der anfallenden Erschließungskosten zu tragen. Danach kann ein Unternehmer in einem Erschließungsvertrag eine größere Kostenlast übernehmen als ihm die Gemeinde nach dem Beitragsrecht auferlegen könnte. Manche Gemeinden wollen dagegen die Erschließungsanlagen selbst herstellen und zugleich die Eigentümer der hierdurch erschlossenen Grundstücke vertraglich zu einem hundertprozentigen Ersatz der Erschließungskosten verpflichten. Da § 124 BauGB für reine Kostenersatzregelungen keine Rechtsgrundlage bietet, stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit eines Rückgriffs auf § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB.

a) Die frühere Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts zur Dispositionsfeindlichkeit des Abgabenrechts

Ausgangspunkt der Diskussion über die Zulässigkeit reiner Kostenerstattungsvereinbarungen für beitragsfähige Erschließungsanlagen ist die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vor Kodifizierung des städtebaulichen Vertrages und des Erschließungsvertrages, wonach das **Abgabenrecht grundsätzlich dispositionsfeindlich** sei. Aus der strikten Bindung an das Gesetz folge, daß Abgabengläubiger und Abgabenschuldner von den gesetzlichen Regelungen des Abgabenrechts abweichende Vereinbarungen nicht treffen dürfen, sofern nicht das Gesetz dies ausnahmsweise gestatte.

Vgl. BVerwG, U. v. 27.01.1982 - 8 C 24.81 -, BVerwGE 64, S. 361, 363; BVerwG, U. v. 23.08.1991 - 8 C 61.90 -, DVBl. 1992, S. 372, 373.

Ferner folge daraus, daß abgabenrechtliche Dispositionsermächtigungen tendenziell eher einschränkend als ausweitend auszulegen seien.

Vgl. BVerwG, U. v. 23.08.1991 - 8 C 61.90 -, DVBl. 1992, S. 372, 373.

Für das Erschließungsbeitragsrecht hat das Bundesverwaltungsgericht aus § 127 Abs. 1 i.V.m. § 132 BauGB hergeleitet, die Gemeinde sei zur Erhebung von Erschließungsbeiträgen verpflichtet. Außerdem hat es diesen Vorschriften entnommen, die Gemeinde dürfe Erschließungskosten nicht durch vertragliche Vereinbarungen mit den Anliegern auf diese abwälzen. Sie sei vielmehr gehalten, die Kosten durch Beiträge aufgrund einer Ortssatzung abzudecken.

Vgl. BVerwG, U. v. 23.04.1969 - 4 C 15.67 - *Buchholz* 406.11 § 132 BBauG Nr. 4 S. 2 f.; BVerwGE 49, S. 125, 128; bestätigt in BVerwG, U. v. 27.01.1982 - 8 C 24.81 -, BVerwGE 64, S. 361, 363.

Von dem gesetzlichen Verbot, Kosten für die Erschließung durch vertragliche Vereinbarungen auf die Anlieger zu überbürden, lasse nur § 133 Abs. 3 S. 5 BauGB eine **Ausnahme** zu. Diese Vorschrift gestatte der Gemeinde, **Verträge über die Ablösung des Erschließungsbeitrages** im ganzen vor Entstehen der Beitragspflicht abzuschließen. Der in einem Ablösungsvertrag vereinbarte Ablösungsbetrag sei aber seinem Wesen nach ein „vorgezogener“ Erschließungsbeitrag.

Vgl. BVerwG, U. v. 27.01.1982 - 8 C 24.81 -, BVerwGE 64, S. 361, 363 f.

In einer Ablösungsvereinbarung nach § 133 Abs. 3 S. 5 BauGB darf deshalb nur der beitragsfähige Erschließungsaufwand unter Abzug des 10%igen gemeindli-

chen Eigenanteils gem. § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB weitergegeben werden. Entsprechendes gilt für Ablösungsvereinbarungen, die sich auf leitungsgebundene Einrichtungen beziehen, die nach dem Kommunalabgabengesetz des jeweiligen Landes beitragsfähig sind.

b) Die Theorie der abgabenrechtlichen Sperrwirkung

Auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wird in der Literatur teilweise die **Auffassung** vertreten, **das Erschließungsbeitragsrecht „sperre“ die Anwendung der Folgekostenregelung des § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB spätestens, sobald die sachliche Beitragspflicht für eine Erschließungsanlage gem. § 133 Abs. 2 BauGB entstanden sei.**

Vgl. *Birk*, BauR 1999, S. 205, 209 f.; *Quaas*, BauR 1999, S. 1113, 1124; vgl. auch *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnrn. 4, 8, nach dessen Auffassung bereits § 124 BauGB die Anwendung des § 11 BauGB im Bereich der Erschließung sperrt.

Ab Entstehen der sachlichen Beitragspflicht könne über die Beitragsschuld nicht mehr durch Vertrag verfügt werden. Von da an sei die Gemeinde nach § 127 Abs. 1 BauGB zur Beitragserhebung verpflichtet. Ein nach Entstehung der sachlichen Beitragspflicht abgeschlossener Folgekostenvertrag über beitragsfähige Erschließungsanlagen sei deshalb von Anfang an nichtig. Ein vor diesem Zeitpunkt abgeschlossener Folgekostenvertrag über beitragsfähige Erschließungsanlagen sei schwebend unwirksam, wenn und solange die Beitragspflicht noch entstehen könne. Er werde in dem Moment nichtig, in dem für die Anlage die Beitragspflicht entstehe, da dadurch der abgeschlossene Folgekostenvertrag zu einem unzulässigen Abgabenvertrag werde. Der Abschluß eines Folgekostenvertrages könne die Entstehung der Beitragspflicht nicht hindern. Anders als bei der Ablösung gem. § 133 Abs. 3 S. 5 BauGB fehle hierfür die erforderliche ausdrückliche gesetzliche Regelung. Außerdem entstünden die beitragsfähigen Erschließungskosten bei einem Folgekostenvertrag der Gemeinde und nicht – wie bei einem Erschließungsvertrag nach § 124 Abs. 1 BauGB – bei dem Vertragspartner als „Dritten“.

Vgl. *Birk*, BauR 1999, S. 205, 209.

Auch nach dieser Auffassung kann die Gemeinde allerdings in folgenden Fällen Erschließungskosten in einem Folgekostenvertrag weitergeben:

- Die Gemeinde vereinbart mit dem Vorhabenträger die Übernahme der Kosten von nicht beitragsfähigen Erschließungsanlagen (z.B. Sammelstraße, Wohnweg, Brücke, Tunnel). Dort, wo kein Beitrag entstehen kann, entfaltet das Abgabenrecht auch keine Sperrwirkung.

- Die Gemeinde schließt nach Beginn der Erschließungsarbeiten mit einem Dritten einen Erschließungsvertrag ab und gibt diesem die ihr bereits entstandenen Erschließungskosten in einem Folgekostenvertrag weiter.
- Die Gemeinde verzichtet auf Dauer auf eine „Sondersatzung“ für eine Lärmschutzmaßnahme und gibt deren Kosten über einen Folgekostenvertrag weiter.

Vgl. *Birk*, BauR 1999, S. 205, 210.

Hinzu kommen muß freilich auch hier, daß die Erschließungsmaßnahmen Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens sind.

c) § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB als umfassende Ermächtigung zur Weitergabe aller ursächlichen Kosten eines Vorhabens

Die Auffassung der abgabenrechtlichen Sperrwirkung ist seit der Novellierung von § 124 BauGB und der Einführung von § 6 BauGBMaßnG im Jahr 1993 überholt. Sie übersieht, daß § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB für den städtebaulichen Vertrag ebenso wie § 124 Abs. 2 S. 2 BauGB für den Erschließungsvertrag eine selbständige, vom Erschließungsbeitrag nach §§ 127 ff. BauGB und von den landesrechtlichen KAG-Beiträgen unabhängige Refinanzierungsmethode beinhaltet. **§ 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB enthält eine umfassende Ermächtigung zur vertraglichen Weitergabe von Kosten, die der Gemeinde für städtebauliche Maßnahmen entstehen.** Zu den „städtebaulichen Maßnahmen“ i.S.d. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB gehören auch die beitragsfähigen und die nicht beitragsfähigen Erschließungsmaßnahmen. Ein Vorbehalt, daß nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähige Erschließungsanlagen nur abgabenrechtlich refinanziert werden dürfen, ist in § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB nicht aufgenommen. Daher beschränkt sich der Anwendungsbereich dieser Vorschrift nicht entsprechend der bisherigen Dogmatik des Bundesverwaltungsgerichts zum Folgekostenvertrag auf die Kosten und Aufwendungen für solche Maßnahmen, die der Gemeinde „jenseits der Erschließung“ entstehen. Vielmehr erlaubt § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB darüber hinaus die vertragliche Übernahme aller ursächlichen Kosten, d.h. auch der Erschließungskosten.

So auch *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge - ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 174 ff.; *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnr. 160; *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 11 Rdnr. 19; *Döring*, NVwZ 1994, S. 853, 856; *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, S. 376.

§ 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB ist auch nicht einschränkend dahin auszulegen, daß die Gemeinde nur diejenigen Kosten für nach Bundes- oder Landesrecht

beitragsfähige Erschließungsanlagen durch städtebaulichen Vertrag abwälzen darf, die sie anderenfalls abgabenrechtlich liquidieren dürfte. Eine solche Kongruenz zwischen Beitragsrecht und auf die Erschließungskosten bezogenes Vertragsrecht hat das Bundesverwaltungsgericht zwar früher für den Erschließungsvertrag angenommen. In seinem Urteil vom 23.08.1991 hat es entschieden, daß die Gemeinden die Herstellungskosten einer Anlage der Abwasserbeseitigung durch Erschließungsvertrag nur in dem Umfang einem Erschließungsunternehmer überbürden können, in dem es ihnen abgabenrechtlich gestattet wäre, sie auf die Abgabenpflichtigen abzuwälzen.

Vgl. BVerwG, U. v. 23.08.1991 - 8 C 61.90 -, DVBl. 1992, S. 372; vgl. auch BGH, U. v. 05.05.1983 - III ZR 177/81 -, LM § 123 BBauG Nr. 5 Bl. 1183, 1185.

Diese Rechtsprechung ist jedoch inzwischen durch § 124 Abs. 2 BauGB überholt. Danach kann der Vorhabenträger in einem Erschließungsvertrag mehr übernehmen als die Gemeinde nach Beitragsrecht erheben dürfte. Eine solche Entkoppelung zwischen Beitragsrecht und Vertragsrecht liegt auch bei reinen Kostenerstattungsvereinbarungen für nach Bundes- und Landesrecht beitragsfähige Erschließungsanlagen nahe. Es ist nicht ersichtlich, warum sich ein Bauträger, ein Erschließungsträger oder eine Eigentümergemeinschaft verpflichten darf, sämtliche Erschließungsmaßnahmen ganz auf eigene Kosten durchzuführen, die vollständige Kostenübernahme aber unzulässig sein soll, wenn die Gemeinde die Erschließungsanlagen selbst herstellt.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 175.

Sofern sich der Vorhabenträger in einem städtebaulichen Vertrag nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB verpflichtet hat, die der Gemeinde als Folge des Vorhabens entstehenden Erschließungskosten auch für nach Bundes- und Landesrecht beitragsfähige Erschließungsanlagen ganz zu übernehmen, kommt das Beitragsrecht nicht zur Anwendung. Insoweit handelt es sich um eine zulässige „**Regimeentscheidung**“ der Gemeinde, die Refinanzierung der ihr entstandenen Erschließungskosten nicht durch Erhebung von Erschließungsbeiträgen nach §§ 127 ff. BauGB vorzunehmen, sondern durch Abschluß eines städtebaulichen Vertrages. In solchen Fallgestaltungen ist der Erschließungsaufwand wie beim Erschließungsvertrag „anderweitig gedeckt“ im Sinne von §§ 127 Abs. 1 und § 129 Abs. 1 S. 1 BauGB.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 175 m.w.N.; vgl. BVerwG, U. v. 09.11.1984 - 8 C 77/83 -, BVerwGE 70, S. 247, 257 ff.

Praxistip:

Trotz der hier vertretenen Auffassung sollte eine Gemeinde reine Kostenerstattungsvereinbarungen über nach Bundes- und Landesrecht beitragsfähige Erschließungsanlagen derzeit nur in besonderen Ausnahmefällen abschließen, da hierfür bis zu einer höchstrichterlichen Klärung ein nicht unerhebliches rechtliches Risiko besteht. Ein solcher Ausnahmefall ist z.B. gegeben, wenn in bereits laufenden Verhandlungen mit den Eigentümern Einigkeit über eine vertragliche Verpflichtung zur Erstattung auch der Erschließungskosten erzielt worden ist. In einem derartigen Fall dürfte es kaum vermittelbar sein, die schon abgestimmte Vertragskonstruktion in letzter Minute noch umzustellen.

IV. Der Erschließungsvertrag gem. § 124 BauGB

1. Inhalt und Abgrenzung des Erschließungsvertrages

a) Inhalt des Erschließungsvertrages

Nach § 124 Abs. 1 BauGB kann die Gemeinde die ihr nach § 123 Abs. 1 BauGB obliegende **Erschließung** ganz oder teilweise **auf einen Dritten übertragen**. Als Dritte kommen neben einem selbständigen Erschließungsträger auch die Grundstückseigentümer selbst in Betracht. Umstritten ist dagegen, ob auch ein von der Gemeinde beherrschtes Unternehmen Dritter i.S.d. § 124 Abs. 1 sein kann. Gegenstand eines Erschließungsvertrages können nach § 124 Abs. 2 BauGB nach Bundes- oder nach Landesrecht beitragsfähige sowie nicht beitragsfähige Erschließungsanlagen in einem bestimmten Erschließungsgebiet in der Gemeinde sein. **Der Dritte stellt die** vertraglich vereinbarten **Erschließungsanlagen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung her**, wobei er mit der Ausführung Subunternehmer beauftragen kann. Anschließend überträgt er die fertiggestellten Anlagen auf die Gemeinde, die sie als öffentliche Erschließungsanlagen widmet und betreibt.

Die Gemeinde kann nach § 124 Abs. 1 BauGB **nur die technische Herstellung und die kostenmäßige Abwicklung der Erschließung** auf einen Dritten übertragen. Hiervon unberührt bleibt ihre nach § 123 Abs. 1 BauGB bestehende Erschließungslast.

Vgl. nur BVerwG, U. v. 22.08.1975 - 4 C 7.73 -,
DÖV 1976, S. 349.

Mit Abschluß des Erschließungsvertrages tritt die Erschließungslast lediglich in den Hintergrund. Sie lebt wieder auf, wenn der Erschließungsträger nicht mehr bereit oder in der Lage ist, seinen vertraglichen Pflichten nachzukommen. In diesem Fall muß die Gemeinde eine bereits begonnene Erschließung weiterführen und abschließen.

Vgl. *Reif*, BWGZ 1994, S. 200, 202; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 182.

Aus diesem Grund und zur Vermeidung einer Doppelinanspruchnahme der Eigentümer hat der Erschließungsunternehmer zur Sicherung der vertraglich vereinbarten Verpflichtungen häufig die Erfüllungsbürgschaft einer Bank beizubringen.

Die Gemeinde kann in dem Erschließungsvertrag auch keine Hoheitsrechte übertragen, insbesondere nicht das Recht, die Eigentümer der zu erschließenden Grundstücke zu Beiträgen heranzuziehen. Der Erschließungsträger wird also nicht als „beliehener“ Unternehmer tätig.

Vgl. nur BVerwG, U. v. 22.08.1975 - IV C 7.73 -, DÖV 1976, S. 349; BVerwG, U. v. 22.03.1996 - 8 C 17.94 -, NVwZ 1996, S. 794.

Beim Abschluß eines Erschließungsvertrages steht meist die finanzielle Entlastung der Gemeinde im Vordergrund. Um eine für die Gemeinde kostenneutrale Erschließung zu ermöglichen, verpflichtet sich der Erschließungsträger in der Regel, 100 % der anfallenden Erschließungskosten zu tragen. Dies ist nach der seit dem 01.05.1993 geltenden Fassung des § 124 Abs. 2 BauGB auch rechtlich zulässig. Danach kann sich der Dritte gegenüber der Gemeinde verpflichten, die Erschließungskosten ganz oder teilweise zu tragen, und zwar unabhängig davon, ob die Erschließungsanlagen nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähig sind. Ausdrücklich betont das Gesetz, daß § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB, der einen Eigenanteil der Gemeinde in Höhe von 10 % vorsieht, nicht anzuwenden ist.

Vor dem 01.05.1993 mußte sich die Gemeinde stets in Höhe des gesetzlich vorgesehenen gemeindlichen Eigenanteils an den Erschließungskosten beteiligen.

Vgl. BVerwG, U. v. 23.08.1991 - 8 C 61.60 -, DVBl. 1992, S. 373.

Seit dem Wegfall der zwingend vorgeschriebenen gesetzlichen Eigenbeteiligung hat sich die Einsatzhäufigkeit des Erschließungsvertrages in der Praxis spürbar erhöht. Für die Grundstückseigentümer ist die Erschließung durch einen Erschließungsträger allerdings in der Regel teurer als die gemeindliche Erschließung.

Vgl. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 21 m.w.N., s. auch *Pietzcker*, Probleme des städtebaulichen Vertrages, in: *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, Festschrift *Hoppe*, S. 439, 443, zu daraus resultierenden Bedenken im Hinblick auf den Gleichheitssatz gem. Art. 3 GG.

In bestimmten Fallkonstellationen wird aber auch jetzt noch manchmal vereinbart, daß der Erschließungsträger nur einen Teil der Erschließungskosten übernimmt und der restliche Teil bei der Gemeinde verbleibt.

Die **Gegenleistung der Gemeinde** liegt in der **Beitragsfreistellung**. Danach können die Eigentümer der durch die in dem Erschließungsvertrag vereinbarten Erschließungsanlagen erschlossenen Grundstücke insoweit nicht zu Beiträgen herangezogen werden.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 85.

Mit dem Abschluß eines Erschließungsvertrages trifft eine Gemeinde zugleich eine „**Regimeentscheidung**“ darüber, ob die Abgeltung der Kosten für die Herstellung einer Erschließungsanlage im Rahmen des privatrechtlichen Rechtsgeschäftes zwischen dem Erschließungsträger und dessen Vertragspartner oder aber über die öffentlich-rechtliche Refinanzierung durch Erhebung von Erschließungsbeiträgen nach §§ 127 ff. BauGB erfolgt.

Vgl. OVG Münster, U. v. 24.11.1998 - 3 A 706/91 -, NWVBl. 1999, S. 262 nach BFH, U. v. 15.03.2002 - II R 51/00 -, HFR 2001, S. 1089 und BFH, U. v. 15.03.2001 - II R 39/99 -, BWGZ 2001, S. 806 wird die vertragliche Übernahme von Erschließungskosten grunderwerbsteuerrechtlich aber nicht als Entgelt für den Grundstückserwerb angesehen (so daß steuerrechtlich der Erschließungsvertrag für den Vorhabenträger nicht nachteilig ist).

b) Abgrenzung zu anderen Verträgen

In einem Erschließungsvertrag verpflichtet sich der Erschließungsträger, die Erschließungsanlagen ganz oder teilweise im eigenen Namen und auf eigene Rechnung herzustellen, verbunden mit einer Beitragsfreistellung durch die Gemeinde. Hiervon abzugrenzen sind insbesondere

- ein Werkvertrag zur Herstellung der Erschließungsanlagen,
- ein Vorfinanzierungsvertrag,
- ein Vorausleistungsvertrag bzw. ein Ablösevertrag.

Durch einen **Werkvertrag** kann sich ein Unternehmer zwar auch zur Herstellung der Erschließungsanlagen verpflichten. Dabei handelt er jedoch im Unterschied zum Erschließungsvertrag nicht auf eigene Rechnung, sondern auf Rechnung der Gemeinde. Die Erschließungskosten entstehen also bei Herstellung der Erschließungsanlagen aufgrund eines Werkvertrages nicht beim Unternehmer, sondern bei der Gemeinde. Außerdem besteht die Gegenleistung der Gemeinde

bei einem Werkvertrag nicht in einem Beitragsverzicht, sondern in der Zahlung eines Werklohns an den Unternehmer.

Beim **Vorfinanzierungsvertrag**, der auch als sogenannter unechter Erschließungsvertrag bezeichnet wird, übernimmt der Unternehmer lediglich *vorübergehend* die Kosten der von ihm durchzuführenden Erschließung. Zu einem vertraglich festgelegten Termin erstattet ihm die Gemeinde die Kosten, wobei die gemeindliche Kostenerstattungsverpflichtung häufig bis zur Bestandskraft der zur Refinanzierung dienenden Beitragsbescheide gestundet wird. Im Unterschied zum Erschließungsvertrag verzichtet die Gemeinde beim Vorfinanzierungsvertrag also gerade nicht auf eine Beitragserhebung.

Vgl. OVG Saarland, U. v. 07.11.1988 - 1 R 322/87
-, DÖV 1989, S. 861; *Döring*, NVwZ 1994, S. 853,
855.

In einen Erschließungsvertrag können allerdings auch Elemente eines Vorfinanzierungsvertrages aufgenommen werden, z.B. eine sogenannte Fremdanliegerklausel.

Ein **Vorausleistungsvertrag** oder ein **Ablösungsvertrag** dient lediglich zur Finanzierung von Erschließungsmaßnahmen, die die Gemeinde in eigener Regie und auf eigene Kosten durchführt. Eine Verpflichtung des Vertragspartners zur Herstellung von Erschließungsanlagen wird dadurch im Unterschied zu einem Erschließungsvertrag nicht begründet. Gemeinsam ist diesen Verträgen, daß sie alle eine beitragsmäßige Abrechnung entbehrlich machen.

Vgl. *Döring*, NVwZ 1994, S. 853, 855 f.; *Thalheimer*, BWNotZ 1997, S. 79 zur Koppelung mit Ablösevereinbarungen.

c) Besonderheiten des Erschließungsvertrages gegenüber anderen städtebaulichen Verträgen

Bei dem Erschließungsvertrag handelt es sich um einen speziellen städtebaulichen Vertrag. Wie bei den Verträgen nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB ermöglicht es auch der Erschließungsvertrag der Gemeinde, die Durchführung und Finanzierung einer städtebaulichen Maßnahme auf einen Dritten zu übertragen. Gegenüber den städtebaulichen Verträgen nach § 11 BauGB bestehen allerdings folgende Besonderheiten:

- Während nach § 11 Abs. 2 S. 2 BauGB eine Vereinbarung einer vom Vertragspartner zu erbringenden Leistung unzulässig ist, wenn er auch ohne sie einen Anspruch auf Gegenleistung hätte, fehlt eine solche „Sperregelung“ für den Erschließungsvertrag. Das bedeutet, daß ein Erschließungsvertrag auch dann abgeschlossen werden kann, wenn das Erschließungsgebiet teilweise schon erschlossen ist.

Vgl. *Birk*, BauR 1999, S. 205, 208.

Allerdings kann die Erteilung einer Baugenehmigung nur dann von dem Abschluß eines Erschließungsvertrages abhängig gemacht werden, wenn die Erschließung i.S.d. §§ 30 ff. BauGB noch nicht gesichert ist.

- Eine weitere Besonderheit des Erschließungsvertrages gegenüber § 11 BauGB besteht in der ausdrücklichen Feststellung des § 124 Abs. 2 BauGB, daß sich der Vertragspartner an den Kosten der Erschließung über das abgabenrechtlich vorgesehene Maß hinaus beteiligen darf. § 124 Abs. 2 S. 3 BauGB betont ausdrücklich, daß die Gemeinde nicht gezwungen ist, sich an den Kosten der Erschließung wie bei der Beitragserhebung entsprechend § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB mit einem Eigenanteil von mindestens 10 % zu beteiligen. Ob hierin auch inhaltlich eine Besonderheit gegenüber § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB zu sehen ist, erscheint jedoch fraglich. Dies hängt von der heftig umstrittenen Frage ab, ob eine vollständige Abwälzung der Erschließungskosten Gegenstand eines Folgekostenvertrages sein kann.

Insgesamt sind die Besonderheiten des Erschließungsvertrages gegenüber den städtebaulichen Verträgen nach § 11 BauGB somit als relativ gering anzusehen.

d) Kombination des Erschließungsvertrages mit anderen Verträgen

Nicht selten wird ein Erschließungsvertrag nach § 124 BauGB mit einem städtebaulichen Vertrag nach § 11 BauGB einerseits und/oder mit Regelungen eines Werkvertrages bzw. eines Vorfinanzierungsvertrages andererseits verbunden. Insbesondere für den Teilbereich der Herstellung der öffentlichen Wasserversorgungs- und Abwasseranlagen im Erschließungsgebiet wird häufig eine Werkvertrags- bzw. Vorfinanzierungsvertragslösung gewählt. Die Gemeinde verpflichtet sich danach, dem Erschließungsträger die für die Herstellung dieser Erschließungsanlagen entstandenen Kosten zu erstatten und erhebt dann von den Eigentümern der neu erschlossenen Grundstücke KAG-Beiträge. Vom wirtschaftlichen Ergebnis her ist eine solche Vertragskonstruktion für den Erschließungsträger bzw. die betroffenen Eigentümer oft günstig. Dies ergibt sich daraus, daß die tatsächlichen Herstellungskosten für die Teile der öffentlichen Wasserversorgung und Abwasserentsorgung im Erschließungsgebiet in der Regel über den aufgrund der Globalberechnung festgesetzten Beitragssätzen liegen.

Gegen eine formelle Zulässigkeit der Kombination eines Erschließungsvertrages mit anderen Verträgen bestehen keine Bedenken. Zulässig ist auch eine urkundliche Verknüpfung eines Erschließungsvertrages mit der Ablösung von Beiträgen.

Vgl. hierzu *Reif*, BWGZ 1994, S. 200, 225.

In materieller Hinsicht ist darauf zu achten, daß sich der Gesamtvertrag aus mehreren einzelnen Vertragsbausteinen zusammensetzt, die jeweils unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen unterworfen sein können.

Praxistip:

Ohne klare Gliederung läßt sich eine eindeutige Zuordnung der einzelnen vertraglichen Verpflichtungen zu bestimmten Vertragstypen nur schwer vornehmen. Im Einzelfall sollte deshalb sorgfältig geprüft werden, ob eine Aufteilung in mehrere Einzelverträge nicht sinnvoller ist.

Vgl. Birk, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 91 f. mit einem weiteren Anwendungsbeispiel.

2. Vertragspartner

a) Grundstückseigentümer

Vertragspartner eines Erschließungsvertrages sind nach § 124 Abs. 1 BauGB die Gemeinde und ein „Dritter“. Als Vertragspartner der Gemeinde kommen vor allem die Eigentümer der zu erschließenden Grundstücke in Betracht. Sie haben in der Regel ein erhebliches eigenwirtschaftliches Interesse an der Erschließung ihrer Grundstücke. Auch im räumlichen Geltungsbereich eines Bebauungsplans setzt die Erteilung einer Baugenehmigung nach § 30 Abs. 1 BauGB voraus, daß die Erschließung rechtlich gesichert ist. Folgende zwei Grundkonstellationen sind zu unterscheiden:

- Ein **einzelner Grundstückseigentümer** kann insbesondere dann als Dritter Vertragspartner der Gemeinde sein, wenn ihm alle Grundstücke im Erschließungsgebiet gehören. **Typischer Anwendungsfall** hierfür ist, daß ein **Bau-träger oder Developer sämtliche im Plangebiet gelegenen Grundstücke erwirbt**, um sie nach Überplanung und Erschließung zu bebauen oder als erschlossenes Bauland an Bauwillige weiterzuveräußern. Um eine möglichst zügige Durchführung der Erschließung zu gewährleisten, wird der Grundstückseigentümer in solchen Fällen die Erschließung in der Regel selbst durchführen oder von beauftragten Firmen durchführen lassen. Die Erschließungskosten werden dann offener oder verdeckter Bestandteil der Kaufpreiskalkulation für die erschlossenen Baugrundstücke oder Eigenheime bzw. Eigentumswohnungen.

Vgl. nur Bunzel (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 184.

- Gehören die Flächen im Erschließungsgebiet *mehreren* Grundstückseigentümern, kommt als Vertragspartner der Gemeinde eine von allen Eigentümern gegründete Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) in Betracht. Dies setzt freilich voraus, daß sich alle Eigentümer darüber einig sind, daß mit der Gemeinde ein Erschließungsvertrag abgeschlossen werden soll. Gesellschaftszweck ist die gemeinsame Herstellung der öffentlichen Erschließungsanlagen für ein bestimmtes Baugebiet. In dem Gesellschaftsvertrag ist ferner zu regeln, wie die notwendigen Erschließungskosten aufgebracht und

unter den einzelnen Gesellschaftern im Innenverhältnis verteilt werden sollen. Im Außenverhältnis haften die Gesellschafter der GbR allerdings für die eingegangenen Verpflichtungen der Gesellschaft mit ihrem eigenen Vermögen unbeschränkt als Gesamtschuldner. Das Risiko, daß einzelne Gesellschafter mit ihrem Erschließungskostenanteil ausfallen, können die Gesellschafter im Innenverhältnis z.B. dadurch minimieren, indem sie entsprechende Vorauszahlungen auf ein Treuhandkonto vereinbaren.

Vgl. Bunzel (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 185; Birk, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 135.

b) Erschließungsträger

Häufig schalten die Grundstückseigentümer und/oder die Gemeinde ein professionelles Erschließungsunternehmen ein, das mit der Gemeinde im Namen der Grundstückseigentümer oder in eigenem Namen den Erschließungsvertrag abschließt. Die Motivation für die Einschaltung eines Erschließungsträgers kann darin liegen, daß sich die Grundstückseigentümer mit der Durchführung der Erschließungsmaßnahmen in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht überfordert fühlen. Ist dies der Fall, kann die Gemeinde mit dem Erschließungsträger, auf den sich die Eigentümer einigen, einen Erschließungsvertrag abschließen.

Die Initiative zur Beauftragung eines Erschließungsträgers kann aber auch von der Gemeinde ausgehen, der u.U. an einer reibungslosen professionellen Abwicklung der Erschließung gelegen ist. In solchen Fällen macht die Gemeinde die Überplanung eines Baugebiets oft davon abhängig, daß alle Eigentümer der im Plangebiet gelegenen Grundstücke bereit sind, einen Erschließungsträger mit der technischen und wirtschaftlichen Durchführung der Erschließungsmaßnahme zu beauftragen. Dies erscheint unbedenklich.

Problematisch ist dagegen, wenn die Gemeinde die Überplanung des Baugebiets davon abhängig macht, daß die Eigentümer mit einem *von ihr* ausgewählten Erschließungsträger Kostenerstattungsvereinbarungen abschließen. Eine solche Verknüpfung in Form einer wettbewerbsausschließenden **Fixierung auf einen bestimmten Unternehmer** dürfte nicht nur wettbewerbsrechtliche Probleme auslösen, sondern erscheint auch unter dem Aspekt des Koppelungsverbots zweifelhaft.

Der Wunsch der Gemeinde, einen bestimmten, von ihr ausgesuchten Erschließungsträger durchzusetzen, hat häufig folgenden Hintergrund: Der Erschließungsträger macht sein Engagement u.U. davon abhängig, daß die Gemeinde mit ihm einen Geschäftsbesorgungsvertrag abschließt und darin das Risiko der Vorlaufkosten übernimmt. Dieses Risiko verwirklicht sich, wenn nicht sämtliche Eigentümer bereit sind, mit dem Erschließungsträger eine Kostenerstattungsvereinbarung über die anteilige Tragung der Erschließungskosten abzuschließen.

Gelingt es dem Erschließungsträger, alle Eigentümer zur Unterzeichnung einer entsprechenden Kostenerstattungsvereinbarung zu bewegen, werden die Vorlaufkosten anteilig von den Eigentümern übernommen.

Wird ein **Erschließungsträger** von den Grundstückseigentümern **als Dienstleister ohne eigene Grundstücksinteressen** eingeschaltet, sind zwei Vertragskonstruktionen des Erschließungsvertrages möglich:

Variante 1:

Der Erschließungsträger tritt *als Vertreter der Grundstückseigentümer* auf. **Vertragspartner der Gemeinde beim Abschluß des Erschließungsvertrages nach § 124 BauGB ist in diesem Fall die BGB-Gesellschaft der Eigentümer, vertreten durch den Erschließungsträger.** Der Erschließungsträger führt namens und im Auftrag der BGB-Gesellschaft der Grundstückseigentümer die in dem Erschließungsvertrag vereinbarten Erschließungsmaßnahmen durch oder läßt sie von Werkunternehmern durchführen. Zu den Leistungen des Erschließungsträgers gehören auch die Planung, die Ausschreibung und die Vergabe der Leistungen, die Bauleitung einschließlich der örtlichen Bauüberwachung sowie die Übertragung der fertiggestellten Erschließungsanlagen auf die Gemeinde, und zwar jeweils als Vertreter der BGB-Gesellschaft der Eigentümer. Aufgabe des Erschließungsträgers ist ferner die gesamte finanzielle Betreuung und Abwicklung der Erschließungsmaßnahmen über ein hierfür einzurichtendes Erschließungskonto. Die rechtliche Grundlage des Verhältnisses zwischen der BGB-Gesellschaft der Eigentümer und dem Erschließungsträger bildet ein zwischen diesen abzuschließender Geschäftsbesorgungsvertrag, in dem auch die Höhe des Honorars des Erschließungsträgers festgelegt wird. Nach welchem Maßstab die anfallenden Kosten der Planung und Herstellung der Erschließungsanlagen einschließlich der Kosten des Erschließungsträgers zwischen den einzelnen Eigentümern zu verteilen ist, richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag.

Variante 2:

Der **Erschließungsträger schließt den Erschließungsvertrag** gem. § 124 BauGB **mit der Gemeinde im eigenen Namen ab**. Er verpflichtet sich dann gegenüber der Gemeinde, die Erschließungsanlagen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung herzustellen und kostenlos oder gegen die vereinbarte gemeindliche Kostenbeteiligung auf die Gemeinde zu übertragen. **Zur Refinanzierung der entstehenden Erschließungskosten schließt der Erschließungsträger mit allen Eigentümern** der zu erschließenden Grundstücke **Kostenerstattungsvereinbarungen** ab. Darin verpflichten sich die Eigentümer gegenüber dem Erschließungsträger, sich anteilig an den entstehenden Erschließungskosten einschließlich des Trägerhonorars zu beteiligen. Zur Vermeidung von Fremdfinanzierungskosten wird in der Regel vereinbart, daß die Eigentümer die voraussichtlich entstehenden Kosten durch entsprechende Abschlagszahlungen vorfinanzieren. Erschließungsvertrag und Kostenerstattungsvereinbarungen sind

in dieser Fallkonstellation stets durch Wirksamkeitsklauseln miteinander verknüpft.

Vgl. *Birk*, BauR 1999, S. 205, 206.

Aus Sicht des Erschließungsträgers ist die beschriebene Variante 1 meist günstiger, da dann im Unterschied zur Variante 2 die anderen Grundstückseigentümer das **Risiko des Zahlungsausfalls eines Eigentümers** tragen.

c) Kommunal beherrschte Unternehmen

Die Gemeinde kann zwar nach dem eindeutigen und insoweit nicht auslegungsfähigen Wortlaut des § 124 Abs. 1 BauGB einen Erschließungsvertrag nicht mit sich selbst, sondern nur mit einem Dritten abschließen.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 22.08.1996 - 2 S 2320/94 -, BWGZ 1997, S. 538.

Sie kann deshalb mit den Grundstückseigentümern der zu erschließenden Grundstücke auch keine Werkverträge abschließen, mit denen sie sich zur Planung und Herstellung der Erschließungsanlagen gegen die Zahlung eines Werklohns verpflichtet. Dies gilt in gleicher Weise auch für Eigenbetriebe, da diese gegenüber der Gemeinde kein selbständiges Rechtssubjekt darstellen.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 187.

Streitig ist aber, **ob als Dritter i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB auch ein kommunal beherrschtes Unternehmen angesehen werden kann**, d.h. eine rechtlich selbständige juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts, an der die Gemeinde ganz oder mehrheitlich beteiligt ist.

Bejahend: Löhr, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 124 Rdnr. 1; *Schmidt-Eichstaedt*, BauR 1998, S. 899, 903; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 187 ff.; *Reif*, BWGZ 1994, S. 200, 219; *Walker*, Handbuch Städtebauliche Verträge Band 1, 1999, S. 424; *Eusterbrock*, in: *Gronemeyer*, BauGB, 1999, § 124 Rdnrn. 9 f; *Steinmetz*, Städte- und Gemeinderat 1997, S. 178; *Stich*, Vortragsmanuskript zum Fachseminar „Vertragliche Regelungen bei der Stadtplanung“ des ISW München am 24.04.1994; *verneinend: Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 102 ff.; ders., BauR 1999, S. 205, 207; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnrn. 12 ff.; ders. Können gemeindliche Erschließungsgesellschaften Dritter i.S.d. § 124 Abs. 1 BauGB

sein?, BauR 1999, S. 862; *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 124 Rdnr. 19; *Quaas*, BauR 1999, S. 1113, 1123.

Dem Wortlaut des § 124 Abs. 1 BauGB läßt sich nicht entnehmen, daß ein Dritter i.S.d. § 124 nur eine Gesellschaft sein kann, an der die Gemeinde nicht mehrheitlich beteiligt ist. Gegen eine solche Behauptung spricht auch die Tatsache, daß ein von der Gemeinde beherrschtes Unternehmen auch dann ein selbständiges Rechtssubjekt ist, wenn zwischen Gemeinde und Gesellschaft eine enge personelle Verknüpfung besteht und diese durch die Gemeinde gesteuert wird. Daher kann davon ausgegangen werden, daß auch ein Unternehmen, an dem die Gemeinde ganz oder mehrheitlich beteiligt ist, Dritter i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB sein kann.

Dem wird von *Driehaus* entgegengehalten, eine von der erschließungspflichtigen Gemeinde getragene Erschließungsgesellschaft führe zu einer weitgehenden Personenidentität von Kontrolleur und Kontrolliertem. Der Grundsatz, daß Kontrolleure sich nicht selbst kontrollieren können und dürfen, sei in allen anderen Rechtsgebieten selbstverständlich. Eine davon abweichende Auffassung sei nur dann gerechtfertigt, wenn der Gesetzgeber für den Erschließungsvertrag eine Ausnahme von diesem Grundsatz begründet hätte.

Vgl. *Driehaus*, BauR 1999, S. 862, 864 f.; ders. Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 15.

Diese Argumente überzeugen nicht. *Bunzel* weist zu Recht darauf hin, daß sich die Gemeinde auch dann selbst kontrollieren muß, wenn sie die Erschließungsanlagen durch ihr Tiefbauamt, ihren Bauhof oder ihren Eigenbetrieb selbst herstellt und anschließend die Eigentümer zu Beiträgen heranzieht. Bei einer Erschließung in Regie der Gemeinde findet eine interne Kontrolle über die zuständigen Organe der Gemeinde statt, d.h. über den Gemeinderat bzw. die zuständigen Ausschüsse. Bei rechtswidrigem Verhalten kann die Kommunalaufsichtsbehörde einschreiten. Eine gesteigerte Kontrollpflicht im Falle der Übertragung der Erschließung auf einen Dritten ist gesetzlich nicht geboten. Nach der derzeitigen Rechtslage besteht auch kein Verbot einer personellen Verflechtung der kommunalen Verwaltung mit kommunalen Beteiligungsgesellschaften. Für eine „lasche“ Handhabung der gemeindlichen Kontrolle des von ihr beherrschten Unternehmens besteht im übrigen schon deshalb keine Veranlassung, da dieses der Gemeinde die fertiggestellten Erschließungsanlagen in ihre Unterhaltungslast überträgt.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 187 f.

Birk hält die Einschaltung eines kommunal beherrschten Unternehmens für eine unzulässige Umgehung der Bestimmungen des Abgabenrechts, insbesondere

der Pflicht zur Kostenbeteiligung der Gemeinde nach § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB. Der Gesetzgeber habe das BauGB 1998 in § 124 BauGB nicht dahin geändert, daß die Gemeinden befugt sind, die Kosten der Erschließung direkt durch Vertrag an die Grundstückseigentümer weiterzugeben. Was die Stadt selbst nicht dürfe, sei ihr auch über die „Flucht ins Privatrecht“ versagt.

Vgl. *Birk*, BauR 1999, S. 205, 207.

Auch diese Auffassung ist keinesfalls zwingend. Immerhin ist ein kommunal beherrschtes Unternehmen unabhängig von den Beteiligungsverhältnissen gegenüber der Gemeinde eine rechtlich selbständige Einheit, d.h. Dritter. Die Gründung einer kommunal beherrschten Erschließungsgesellschaft kann auch nicht als Mißbrauch angesehen werden. Sie dient zwar u.a. dazu, sich von allen Erschließungskosten zu entlasten. Eine Erschließungsgesellschaft, deren Allein- oder Mehrheitsgesellschafter die Gemeinde ist, verfolgt jedoch in der Regel zumindest ebenso das Ziel, im Rahmen einer aktiven Baulandpolitik eine schnelle und kostensparende Baulandbereitstellung zu ermöglichen.

Vgl. *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 124 Rdnr. 1.

Die Erwerber der Baugrundstücke sind in diesem Fall nicht schlechter gestellt als bei einem Erschließungsträger, an dem die Gemeinde nicht oder jedenfalls nicht mehrheitlich beteiligt ist.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 188 f.

Insgesamt ist somit festzuhalten, daß auch kommunal beherrschte Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit Dritte i.S.d. § 124 Abs. 1 BauGB sein können.

Davon zu unterscheiden ist aber die Frage, ob die Gemeinde die Ausweisung eines Baugebiets davon abhängig machen kann, daß alle Eigentümer der im Plangebiet gelegenen Grundstücke bereit sind, gerade das kommunal beherrschte Unternehmen (und keinen anderen geeigneten Erschließungsunternehmer) mit der Durchführung der Erschließung zu beauftragen.

d) Die Gemeinde als Trägerin der Erschließungslast und als Grundstückseigentümerin

Ähnlich wie bei der freiwilligen Umlegung kann die **Gemeinde** an einem Erschließungsvertrag in **zwei Funktionen** teilnehmen:

- als Trägerin der ihr nach § 123 Abs. 1 BauGB obliegenden Erschließungslast;
- als Grundstückseigentümerin im Erschließungsgebiet.

Ist die Gemeinde selbst Eigentümerin von Grundstücken im Erschließungsgebiet, kann sie aufgrund ihrer unterschiedlichen Rollen wie bei der freiwilligen Umlegung auf „beiden“ Seiten des Erschließungsvertrages auftreten. Sie kann in einem solchen Fall also **einen Erschließungsvertrag mit einer BGB-Gesellschaft abschließen, bei der sie selbst Gesellschafterin ist**. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Gemeinde genauso wie alle anderen Grundstückseigentümer der BGB-Gesellschaft behandelt wird, und zwar auch dann, wenn sie als geschäftsführende Mitgesellschafterin die Erschließung des Gebiets für alle Gesellschafter durchzuführen hat. Nach Meinung der zuständigen baden-württembergischen Ministerien liegt darin kein Fall einer unzulässigen Rückbeauftragung.

Vgl. GT-Info Nr. 769/96 vom 30.11.1996 des Gemeindetags Baden-Württemberg; *Walker*, Handbuch Städtebauliche Verträge Band 1, 1. Aufl. 1999, S. 423 f.; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 93 f.

Nach Auffassung des Gemeindetags Baden-Württemberg darf die Gemeinde ferner nur dann Gesellschafterin einer BGB-Gesellschaft der Eigentümer werden, wenn sie sicherstellt, daß ihre Haftung aus der Stellung als Mitgesellschafterin der GbR beschränkt wird.

Vgl. GT-Info Nr. 769/96 vom 30.11.1996.

Dies kann dadurch geschehen, daß die grundsätzlich gesamtschuldnerische Haftung für die einzelnen Gesellschafter der BGB-Gesellschaft so beschränkt wird, daß diese nur für die von ihnen zu finanzierenden Erschließungskostenanteile einzustehen haben. Hierzu muß jeder Gesellschafter für seinen Anteil ausreichende Sicherheit leisten. *Walker* hat folgende Regelung vorgeschlagen: Die Gesellschafter lassen sich bei einer zu vereinbarenden Abwicklungsbank in Höhe ihrer Erschließungskostenanteile eine Kreditlinie einräumen oder ein Guthaben bereitstellen, über welche nur der Erschließungsbetreuer oder ein geschäftsführender Gesellschafter nach Baufortschritt unwiderruflich bis zum Abschluß der Erschließungsmaßnahme und deren Abrechnung verfügen kann.

Vgl. *Walker*, Handbuch städtebauliche Verträge, Band 1, 1. Aufl. 1999, S. 242.

Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob die **Gemeinde** von dem Erschließungsträger **als Subunternehmer** beauftragt werden kann. Soweit es sich nur um einzelne Gewerke handelt (z.B. Vornahme von Straßenvermessungsaufgaben oder Erstellung von Straßenbeleuchtungsanlagen), dürfte dagegen nichts einzuwenden sein.

So auch *Walker*, Handbuch städtebauliche Verträge Band 1, 1. Aufl. 1999, S. 422 f.

e) Die Gemeinde als Erschließungsträgerin in Sonderfällen?

Hat eine Gemeinde ihre Erschließungslast nach § 123 Abs. 1 BauGB für die öffentliche Wasserversorgung und/oder die öffentliche Abwasserbeseitigung durch Satzung auf einen Zweckverband übertragen, stellt sich die Frage, ob der Zweckverband insoweit die Erschließung in entsprechender Anwendung des § 124 Abs. 1 BauGB durch Vertrag auf die Gemeinde übertragen kann. Eine derartige Vertragskonstruktion wird in der Praxis nicht selten angewandt. Für ihre Zulässigkeit spricht, daß die Gemeinde gegenüber dem Zweckverband, dem die Erschließungslast obliegt, Dritter ist.

3. Gegenstand des Erschließungsvertrages

Nach § 124 Abs. 2 BauGB können Gegenstand des Erschließungsvertrages nach Bundes- oder nach Landesrecht beitragsfähige sowie nicht beitragsfähige Erschließungsanlagen in einem bestimmten Erschließungsgebiet in der Gemeinde sein.

a) Erschließungsgebiet

Erschließungsgebiet i.S.d. § 124 Abs. 2 S. 1 BauGB ist das Erschließungsvertragsgebiet.

Vgl. *Reif*, BWGZ 1994, S. 200, 203; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 30; *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rdnr. 190; anderer Ansicht *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 109 ff., der zwischen dem Erschließungsgebiet i.S.d. § 124 Abs. 2 S. 1 BauGB als den Bauflächen, die hinsichtlich der zu ihrer Erschließung notwendigen Baumaßnahmen in sachlich-technischem Gesamtzusammenhang stehen, und dem Erschließungsvertragsgebiet unterscheidet.

Das Erschließungsgebiet umfaßt die Bauflächen (Grundstücke), die durch die vom Erschließungsunternehmer nach dem Erschließungsvertrag herzustellenden Anlagen erschlossen werden sollen sowie die Flächen der Erschließungsanlagen selbst.

Vgl. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 30; *Reif*, BWGZ 1994, S. 200, 203.

Die Ausdehnung des Erschließungsgebiets muß im Erschließungsvertrag genau beschrieben werden.

Das Erschließungsgebiet kann ein gesamtes Bebauungsplangebiet oder Teile hiervon umfassen. Es kann sich auch auf mehrere Bebauungsplangebiete erstrecken, wobei anders als bei der Erschließungseinheit des § 130 Abs. 2 BauGB nicht vorausgesetzt wird, daß ein gesteigertes Abhängigkeitsverhältnis der verschiedenen Erschließungsanlagen zueinander besteht.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 109 f.

Auch getrennt liegende Bauflächen können rechtlich zu einem Erschließungsgebiet zusammengefaßt werden, wenn sie durch gemeinsame Erschließungsanlagen erschlossen werden.

Vgl. nur *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge - ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 183; *Walker*, Handbuch Städtebauliche Verträge Band 1, 1. Aufl. 1999, S. 426.

Bei der Abgrenzung des Erschließungsgebiets ist zu beachten, daß Größe und Lage der nicht erschlossenen Restfläche des Bebauungsplangebiets so beschaffen sein müssen, daß eine gesonderte Erschließung mit beitragsmäßiger Abrechnung möglich bleibt.

Vgl. *Walker*, Handbuch Städtebauliche Verträge Band 1, 1. Aufl. 1999, S. 426.

Ferner ist die Abgrenzung des Erschließungsgebiets so vorzunehmen, daß die Kostenbelastung des Unternehmers nach § 124 Abs. 3 S. 1 BauGB den gesamten Umständen nach angemessen ist und in hinreichendem Zusammenhang mit der Erschließung der konkreten Baugrundstücke steht. In dem so gezogenen Rahmen haben die Vertragspartner bei der Feinabgrenzung des Erschließungsgebiets einen gewissen Gestaltungsspielraum.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 111.

Praxistip:

Ein Erschließungsvertrag sollte erst dann abgeschlossen werden, wenn die zu erschließenden Grundstücke und die dafür notwendigen Erschließungsanlagen abschließend bekannt und definiert sind. Durch eine spätere Anpassung des Erschließungsgebiets können leicht zusätzliche Kosten entstehen, die an die Eigentümer der hinzutretenden Grundstücke nicht ohne weiteres weitergegeben werden können. Aus diesem Grund sollte in dem Erschließungsvertrag ausdrücklich geregelt werden, daß Änderungen des Erschließungsgebiets der Zustimmung beider Vertragspartner in Form eines Änderungsvertrages bedürfen und die Änderung des Bebauungsplanentwurfs oder des Bebauungsplans nicht automatisch zu einer Änderung des Erschließungsgebiets führt.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 111.

b) Erschließungsanlagen

aa) Nach Bundes- oder nach Landesrecht beitragsfähige sowie nicht beitragsfähige Erschließungsanlagen

Gegenstand eines Erschließungsvertrages können sein:

- die nach Bundesrecht beitragsfähigen Erschließungsanlagen:

Darunter fallen alle in § 127 Abs. 2 BauGB aufgezählten erschließungsbeitragsrechtlich selbständigen beitragsfähigen Erschließungsanlagen, aber auch unselbständige Sackgassen.

Vgl. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 27.

- die nach Landesrecht beitragsfähigen Erschließungsanlagen:

Hierzu zählen die im Erschließungsgebiet zu verlegenden Teile des Leitungs- bzw. Kanalnetzes von Einrichtungen der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung. Die Kläranlage als Teileinrichtung der Abwasserbeseitigung ist allerdings grundsätzlich *nicht* erschließungsvertragsfähig. Üblicherweise werden für den Klärbeitrag Ablösevereinbarungen getroffen.

Vgl. *Reif*, BWGZ 1994, S. 200, 211; *Walker*, Handbuch städtebauliche Verträge, Band 1, 1. Aufl. 1999, S. 428.

- die weder nach Bundes- noch nach Landesrecht beitragsfähigen Erschließungsanlagen:

Zu diesen gehören insbesondere

- Kinderspielplätze und Bolzplätze,
- Anlagenteile, die zwar grundsätzlich zu den beitragsfähigen Erschließungsanlagen gehören, deren Kosten nach § 128 Abs. 3 S. 1 BauGB jedoch aus dem Erschließungsaufwand ausgeschlossen sind (Brücken, Tunnels und Unterführungen)

Döring, NVwZ 1994, S. 853, 854.

- Sammelstraßen und öffentliche Parkplätze, die nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht beitragsfähig sind, weil sich die nach § 131 Abs. 1 S. 1 BauGB erschlossenen Grundstücke nicht abschließend feststellen lassen.

Vgl. BVerwG, U. v. 25.11.1981 - 8 C 16-19.81 -, NVwZ 1982, S. 555 (zu den Sammelstraßen); BVerwG, U. v. 24.09.1987 - 8 C 75.86 -, NVwZ 1988, S. 359 (zu den öffentlichen Parkplätzen); vgl. auch *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 27.

- eine Tiefendrainage zur Trockenlegung des Baugebiets

Vgl. BVerwG, U. v. 13.11.1992 - 8 C 41.90 -, NVwZ 1993, S. 1203.

- Anlagen zum Schutz gegen schädliche Umwelteinwirkungen, auch wenn sie nicht nach § 127 Abs. 2 Nr. 5 BauGB erschließungsbeitragsfähig sind.

Vgl. *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 124 Rdnr. 20; *Weyreuther*, UPR 1994, S. 121 ff.

- die Erschließungsanlagen zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Fernwärme.

Vgl. zu diesen Anlagen BVerwG, U. v. 11.12.1987 - 8 C 85,86 -, NVwZ 1988, S. 632; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 27.

Die nicht nach Bundesrecht oder Landesrecht beitragsfähigen Erschließungsanlagen können sowohl Gegenstand eines Erschließungsvertrages als auch eines Folgekostenvertrages nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB sein. Ob auch beitragsfähige Erschließungsanlagen Gegenstand eines Folgekostenvertrages sein können, ist dagegen heftig umstritten.

Die **Gemeinde kann einen Erschließungsvertrag** nach § 124 BauGB aber **nur für solche Erschließungsanlagen abschließen, die von der ihr** nach § 123 Abs. 1 BauGB **aufgelegten Erschließungslast erfaßt werden**. Dies ergibt sich daraus, daß die Gemeinde nicht eine Erschließung auf einen Dritten übertragen kann, die nicht ihr, sondern einem Dritten als Aufgabe obliegt.

Vgl. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 28.

Kein tauglicher Gegenstand eines Erschließungsvertrages mit der Gemeinde ist z.B. die Fahrbahn der Ortsdurchfahrt einer klassifizierten Straße (Bundes-, Landes- oder Kreisstraße), da die Gemeinde nach dem einschlägigen Straßenrecht nicht deren zuständiger Straßenbaulastträger ist.

Vgl. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 28; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 124 Rdnr. 5; zur Zu-

lässigkeit einer Vereinbarung, in der sich ein Bau-träger gegenüber dem Träger der Straßenbaulast zur Übernahme eines Kostenanteils für den durch die beabsichtigte Ansiedlung eines SB-Marktes erforderlich werdenden Ausbau einer Kreuzung verpflichtet vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 05.08.1996 - 8 S 380/96 -, UPR 1997, S. 78.

Die Herstellung von Teilen der öffentlichen Wasserversorgungsanlage oder der öffentlichen Abwasserbeseitigungsanlage im Erschließungsgebiet kann ebenfalls nicht Gegenstand eines Erschließungsvertrages mit der Gemeinde sein, wenn diese die ihr nach § 123 Abs. 1 BauGB obliegende Erschließungslast durch Satzung auf einen Zweckverband übertragen hat. Der Erschließungsträger ist aber nicht gehindert, für die Herstellung dieser Anlagen in entsprechender Anwendung des § 124 BauGB einen separaten Erschließungsvertrag mit dem Zweckverband abzuschließen.

bb) Verbesserung, Erneuerung, Erweiterung und Unterhaltung von Erschließungsanlagen

Umstritten ist, ob nur die erstmalige Herstellung von Erschließungsanlagen Gegenstand eines Erschließungsvertrages sein kann oder auch deren Verbesserung, Erneuerung und Erweiterung auf Kosten des Erschließungsunternehmers.

Bejahend Reif, BWGZ 1994, S. 200, 202; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 190; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 137 f.; *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 124 Rdnr. 22; *Döring*, NVwZ 1994, S. 853, 854; *verneinend Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 28; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 124 Rdnr. 5; *Erbguth/Rapsch*, DÖV 1992, S. 45, 50; vgl. auch BVerwG, U. v. 11.11.1987 - 8 C 4.96 -, NVwZ 1988, S. 355, 356.

Im Ergebnis spricht vieles dafür, daß auch Verbesserungs-, Erneuerungs- und Erweiterungsmaßnahmen von Erschließungsanlagen Gegenstand eines Erschließungsvertrages sein können, soweit sie in sachlichem Zusammenhang mit der Erschließung eines neuen Baugebiets stehen. Der Begriff der Erschließung i.S.d. § 123 BauGB ist nicht auf die erstmalige Herstellung der Erschließungsanlagen beschränkt, sondern erfaßt auch deren Erweiterung oder Verbesserung.

Vgl. *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 123 Rdnr. 15; *Reif*, BWGZ 1994, S. 200, 202; *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 124 Rdnr. 22.

Die Durchführung von Ausbau- und Modernisierungsmaßnahmen vorhandener Erschließungsanlagen kann in einem Erschließungsvertrag insbesondere dann vereinbart werden, wenn zur Erschließung eines neuen Baugebiets die Verbreiterung einer im beitragsrechtlichen Sinne bereits erstmalig endgültig hergestellten Straße erforderlich ist oder wenn eine vorhandene Straße dem heutigen Standard einer Erschließungsanlage nicht mehr genügt.

Vgl. *Döring*, NVwZ 1994, S. 853, 854; Reif, BWGZ 1994, S. 200, 202; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 190.

Hierfür kommt es nicht darauf an, ob landesrechtliche Regelungen zum Ausbaubeitragsrecht vorhanden sind, die in Baden-Württemberg fehlen.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 137.

Die Unterhaltung von Erschließungsanlagen kann dagegen nicht Gegenstand eines Erschließungsvertrages sein. Dies ergibt sich aus § 123 Abs. 4 BauGB, wonach die Unterhaltung der Erschließungsanlagen nicht zur Erschließung i.S.d. § 123 BauGB gehört.

Vgl. *Reif*, BWGZ 1994, S. 200, 202; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 190.

Selbst wenn man unterstellt, daß Erweiterungs- und Modernisierungsmaßnahmen nicht dem Erschließungsbegriff der §§ 123 ff. BauGB unterfallen und deshalb nicht Gegenstand eines Erschließungsvertrages sein können, so kann die Durchführung dieser Maßnahmen und/oder deren Kostenübernahme durch einen Dritten jedenfalls durch einen städtebaulichen Vertrag nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB oder nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB vereinbart werden.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 124 Rdnr. 5; *Erbguth/Rapsch*, DÖV 1992, S. 45, 50.

4. Umfang der Kostenübernahme

a) Möglichkeit der 100 %igen Übernahme der Erschließungskosten

Nach § 124 Abs. 2 BauGB kann sich der Erschließungsträger gegenüber der Gemeinde verpflichten, die Erschließungskosten ganz oder teilweise zu tragen, wobei dies unabhängig davon gilt, ob die Erschließungsanlagen nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähig sind. Der Begriff „Erschließungskosten“ ist weiter als der Begriff „Erschließungsaufwand“ i.S.d. § 128 BauGB. Dies hat zur Folge, daß von der Kostenvereinbarung eines Erschließungsvertrages auch Kosten erfaßt werden können, die nicht zum beitragsfähigen Erschließungsaufwand i.S.d.

§ 128 BauGB zählen. Dazu gehören insbesondere die Kosten für Brücken, Tunneln und Unterführungen mit den dazugehörigen Rampen.

Vgl. Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 36.

Die in § 124 Abs. 2 S. 2 BauGB eröffnete Möglichkeit, dem Erschließungsunternehmer vertraglich die **gesamten** Erschließungskosten aufzuerlegen, erfaßt **auch** den sogenannten **Gemeindeanteil**, d.h. den Anteil vom beitragsfähigen Erschließungsaufwand, den die Gemeinde bei Durchführung der Erschließung auf eigene Rechnung gem. § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB zu tragen hat.

Der Regelung des § 124 Abs. 2 S. 3 BauGB, daß § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB im Rahmen von Erschließungsverträgen nicht anzuwenden ist, kommt deshalb keine rechtsbegründende, sondern ausschließlich klarstellende Bedeutung zu.

Vgl. Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 37; Birk, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 138.

Mit dieser Verdeutlichung ist der Gesetzgeber der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entgegengetreten, die davon ausging, eine Gemeinde könne die Erschließungskosten durch Erschließungsvertrag nur in dem Umfang einem Erschließungsunternehmer überbürden, indem es ihr abgabenrechtlich gestattet wäre, sie auf die Abgabepflichtigen abzuwälzen.

Vgl. BVerwG, U. v.19.10.1984 - 8 C 52.83 -, NJW 1985, S. 642; BVerwG, U. v. 23.08.1991 - 8 C 61.90 -, DVBl. 1992, S. 372.

Danach kann sich der Erschließungsunternehmer nach § 124 Abs. 2 S. 2 und 3 BauGB ohne weiteres verpflichten, 100 % der Erschließungskosten für solche Erschließungsanlagen zu übernehmen, die nach Bundesrecht beitragsfähig oder gar nicht beitragsfähig sind.

Umstritten ist, ob § 124 Abs. 2 S. 2 und 3 BauGB **auch** eine **vollständige Kostenübernahme für eine kraft Landesrecht beitragsfähige Erschließungsanlage** erlaubt. Diese Frage stellt sich allerdings nur dann, wenn das Landesrecht eine – auch für Erschließungsverträge geltende – Beteiligung der Gemeinde an den Erschließungskosten vorsieht. Ist dies der Fall, wird teilweise die Auffassung vertreten, § 124 Abs. 2 S. 2 und 3 BauGB könne mangels Gesetzgebungskompetenz des Bundes keinen Einfluß auf eine landesrechtlich begründete Beteiligungspflicht der Gemeinde haben.

Vgl. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 37; *Weyreuther*, UPR 1994, S. 121, 127; *Löhr*, in: *Bat-*

tis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 124 Rdnr. 9.

Gegen diese Auffassung spricht aber der Wortlaut des § 124 Abs. 2 S. 2 und 3 BauGB und vor allem die Stellung dieser Vorschrift im ersten Abschnitt (Allgemeine Vorschriften) des Sechsten Teils (Erschließung) des BauGB. Die Regelungen dieses Abschnitts gelten auch für die landesrechtlichen Erschließungsmaßnahmen, die den Kommunalabgabengesetzen der Länder unterworfen sind und nicht nur für die bundesrechtlich geregelten Erschließungsaufgaben.

Ebenso *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 137, FN 378; *Reif*, BWGZ 1994, S. 200, 202.

Inzwischen haben einige Länder eine ausdrückliche Regelung in ihr jeweiliges KAG aufgenommen, wonach sich die Gemeinde im Rahmen eines Erschließungsvertrages nicht an den Erschließungskosten für Erschließungsanlagen zu beteiligen braucht, die nach Landesrecht beitragsfähig sind. So bestimmt z.B. § 10 Abs. 2 S. 4 KAG Baden-Württemberg, daß § 124 Abs. 2 S. 3 BauGB im Falle einer Erschließung nach § 124 BauGB entsprechend anzuwenden ist.

Insgesamt ist damit festzuhalten, daß sich der Erschließungsunternehmer gegenüber der Gemeinde in einem Erschließungsvertrag verpflichten kann, 100 % der Erschließungskosten in dem Erschließungsgebiet zu übernehmen, soweit eine vollständige Kostenübernahme nach § 124 Abs. 3 S. 1 BauGB den gesamten Umständen nach angemessen ist und in sachlichem Zusammenhang mit der Erschließung steht.

b) Erschließungsvertrag und Beitragserhebung

Übernimmt der Erschließungsträger **in vollem Umfang** die Kosten der für das Erschließungsgebiet notwendigen Erschließung, kann die Gemeinde keine Beiträge erheben. Die **Erhebung eines Erschließungsbeitrages** ist dann nach § 127 Abs. 1 i.V.m. § 129 Abs. 1 S. 1 BauGB **bereits kraft Gesetzes ausgeschlossen**, da der Gemeinde kein „anderweitig nicht gedeckter Erschließungsaufwand“ entsteht (zu der Problematik der Fremdanlieger Kap. Fremdanlieger).

Vgl. BVerwG, U. v. 06.07.1973 - IV C 22.72 -, DVBl. 1973, S. 800; BVerwG, U. v. 18.09.1981 - 8 C 21.81 -, DVBl. 1982, S. 79.

In den landesrechtlichen KAGen ist eine dem § 129 Abs. 1 S. 1 BauGB entsprechende Vorschrift zwar nicht enthalten. Die Unzulässigkeit der Beitragserhebung für Anlagenteile, die der Erschließungsunternehmer im Erschließungsgebiet auf eigene Kosten hergestellt hat, ergibt sich aber aus dem **Übermaßverbot und dem Verbot der Doppelbelastung**.

Vgl. Döring, NVwZ 1994, S. 853, 854; Vogel, in: Brügelmann, BauGB, § 124 Rdnr. 28; Birk, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 139 f.

Hierzu kann in dem Erschließungsvertrag eine Klausel aufgenommen werden, daß die Beitragspflicht mit der Herstellung der Erschließungsanlagen auf Kosten des Erschließungsträgers als abgelöst gilt.

Vgl. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 47; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 194.

Eine unangemessene Doppelbelastung läßt sich auch dadurch vermeiden, daß die Gemeinde sich an den Kosten der entsprechenden Erschließungsanlagen in Höhe der satzungsmäßigen Beiträge beteiligt.

Vgl. *Reif*, BWGZ 1994, S. 200, 210 f., dessen Vorschlag die Annahme zugrundeliegt, daß die satzungsgemäßen Beiträge für die Grundstücke des Erschließungsträgers niedriger sind als die für die Herstellung der Anlagen im Erschließungsgebiet anfallenden Herstellungskosten; *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 124 Rdnr. 28.

Übernimmt der Erschließungsträger die Erschließungskosten nur **teilweise**, hat die Gemeinde die restlichen Kosten zu tragen. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob die Gemeinde befugt oder nach § 127 Abs. 1 BauGB sogar verpflichtet ist, die von ihr übernommenen Kosten nach §§ 127 ff. BauGB oder den landesrechtlichen Vorschriften des KAG über Beiträge zu refinanzieren. Diese Frage ist grundsätzlich zu verneinen. **Der Erschließungsvertrag stellt grundsätzlich eine abschließende selbständige Finanzierungsregelung für die Erschließungsanlagen zugunsten der Grundstückseigentümer dar und schließt einen Rückgriff auf das Beitragsrecht aus.**

Vgl. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 39; *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 124 Rdnr. 29; vgl. auch OVG Münster, U. v. 24.11.1998 - 3 A 706/91 -, NWVBl. 1999, S. 262, das von einer „Regimeentscheidung“ spricht.

Eine abweichende vertragliche Regelung dürfte aber möglich sein.

Ebenso *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 140; anderer Auffassung *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 124 Rdnr. 29.

Praxistip:

In dem Erschließungsvertrag sollte zur Klarstellung eine Klausel aufgenommen werden, daß der Erschließungsvertrag eine abschließende Finanzierungsregelung für die vertraglich vereinbarten Erschließungsanlagen darstellt und daneben eine Beitragserhebung ausscheidet.

Eine andere Frage ist es, ob eine Beitragserhebung zulässig bleibt, wenn dem Erschließungsträger die Herstellung der für das Erschließungsgebiet notwendigen Erschließungsanlagen nur *teilweise* übertragen wird und die Gemeinde die *restlichen* Erschließungsanlagen bzw. bestimmte Teileinrichtungen hiervon (z.B. die Gehwege) *in eigener Regie* herzustellen hat. Die Kosten, die der Gemeinde in einem solchen Fall für ihre Tätigkeit entstehen, sind als beitragsfähiger Erschließungsaufwand i.S.d. § 128 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB anzusehen, der bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen durch Beitragserhebung oder Ablösung auf die Eigentümer aller durch die Erschließungsanlage erschlossenen Grundstücke umzulegen ist. Dies gilt auch für die Grundstücke des Erschließungsträgers.

Vgl. *Reif*, BWGZ 1994, S. 200, 209; *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 124 Rdnr. 29.

Ist Inhalt des Erschließungsvertrages auch die Herstellung der KAG-Erschließungsanlagen auf Kosten des Erschließungsträgers, ergeben sich im übrigen komplizierte **Auswirkungen auf die Kalkulation der KAG-Beiträge**. Diese wird nicht für einzelne Abschnitte des Kanal- oder Wasserleitungsnetzes vorgenommen, sondern basiert auf dem System der Globalberechnung, dem eine anteilige Finanzierung des gesamten Kanal- und Wasserversorgungsnetzes der Gemeinde zugrundeliegt. Im Detail bestehen hier zahlreiche landesrechtliche Besonderheiten, auf die an dieser Stelle nicht eingegangen werden kann.

Vgl. zur Rechtslage in Baden-Württemberg und Sachsen, *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 160 ff.; vgl. auch *Walker*, Handbuch städtebauliche Verträge, Band 1, 1. Aufl. 1999, S.434 ff.; vgl. auch GT-Info Nr. 42/99 vom 20.01.1999 des Gemeindetags Baden-Württemberg.

c) Erschließungsvertrag und Finanzierung der Herstellung von Ver- und Entsorgungsleitungen durch Benutzungsgebühren

Ein Sonderproblem tritt auf, wenn die Gemeinde die nach Landesrecht beitragsfähigen Erschließungsanlagen nicht durch Beiträge finanziert, sondern durch Erhebung von Benutzungsgebühren. In die Gebührenkalkulation gehen dann auch die Kosten für diejenigen Erschließungsanlagen ein, die die Gemeinde in anderen Teilen des Gemeindegebietes in Eigenregie hergestellt hat. Ein Verzicht

auf die Erhebung von Benutzungsgebühren ist nicht möglich. Die Eigentümer der vom Erschließungsträger angeschlossenen Grundstücke müssten folglich nicht nur die Kosten der eigenen Erschließung vollständig tragen, sondern über die Benutzungsgebühren auch die Herstellungs- und Fremdfinanzierungskosten der Erschließung anderer Gemeindeteile mitfinanzieren.

Vgl. hierzu im einzelnen *Walker*, Handbuch städtebauliche Verträge, Band 1, 1. Aufl. 1999, S. 431 f.

Eine solche Doppelbelastung der Eigentümer der von dem Erschließungsträger erschlossenen Grundstücke im Verhältnis zu anderen Grundstückseigentümern erscheint unter dem Aspekt des Gleichheitsgrundsatzes unangemessen und verstößt deshalb gegen § 124 Abs. 3 S. 1 BauGB. Da eine Entlastung auf der Gebührensseite nicht möglich ist, kann eine dem Angemessenheitsgebot Rechnung tragende Vertragsgestaltung nur so aussehen, daß sich die Gemeinde verpflichtet, dem Erschließungsträger die Kosten der Herstellung für die nach Landesrecht beitragsfähigen Erschließungsanlagen zu erstatten.

Vgl. *Walker*, Handbuch städtebauliche Verträge, Band 1, 1. Aufl. 1999, S. 432.

d) Übernahme der gemeindlichen Vorlaufkosten

Vor Abschluß des Erschließungsvertrages entstehen der Gemeinde häufig Vorlaufkosten. So schließt der Erschließungsträger mit ihr für die Vorlaufphase bis zur Teilnahme sämtlicher Eigentümer im Erschließungsgebiet oft einen Geschäftsbesorgungsvertrag ab, in dem sich die Gemeinde verpflichtet, die entstandenen Vorlaufkosten zu tragen. Dabei handelt es sich insbesondere um Kosten für Ingenieurleistungen. Vorlaufkosten können der Gemeinde aber auch für die Freilegung der Grundstücke entstehen.

Es ist anerkannt, daß die der Gemeinde entstandenen Kosten für eine begonnene Erschließung durch den Vertragspartner in einem Folgekostenvertrag übernommen werden können. Eine Übernahme der gemeindlichen Vorlaufkosten kann aber auch in einem Erschließungsvertrag vereinbart werden.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 195.

e) Ausgeschlossene Kosten

In einem Erschließungsvertrag mit der Gemeinde ist eine Kostenübernahme durch den Erschließungsträger für solche Erschließungsanlagen ausgeschlossen, die nicht in der Erschließungslast der Gemeinde stehen. Solche Erschließungsanlagen können schon nicht Gegenstand eines Erschließungsvertrages mit der Gemeinde nach § 124 BauGB sein. Der Erschließungsträger kann aber für

die Herstellung solcher Anlagen in entsprechender Anwendung des § 124 BauGB mit dem zuständigen Versorgungsträger einen separaten Erschließungsvertrag abschließen. Praktisch bedeutsam sind vor allem folgende Anwendungsfälle:

- Abschluß eines separaten Erschließungsvertrages mit einem Zweckverband über die Herstellung der öffentlichen Wasserversorgungs- und/oder Abwasserbeseitigungsleitungen im Erschließungsgebiet, soweit ihm diese Erschließungsaufgaben durch Satzung unter Ausschluß der Gemeinden übertragen worden sind,
- Abschluß eines Erschließungsvertrages mit dem Träger der Straßenbaulast für die Herstellung einer Linksabbiegespur bzw. den Ausbau einer Kreuzung.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 05.08.1996 - 8 S 380/96 -, UPR 1997, S. 78.

Ausgeschlossen sind ferner Kosten, die nach § 124 Abs. 3 S. 1 BauGB den gesamten Umständen nach nicht angemessen sind oder nicht in sachlichem Zusammenhang mit der Erschließung stehen.

5. Einzelne vertragliche Regelungen

In einem Erschließungsvertrag können u.a. die nachfolgenden Regelungen getroffen werden. Die Formulierungsvorschläge berücksichtigen das Vertragsmuster der kommunalen Spitzenverbände, den Entwurf des Gemeindetages Baden-Württemberg (BWGZ 1994, S. 200) sowie die Vorschläge von Vogel, in: Brügelmann, BauGB, Anh. zu § 124.

a) Übertragung der Erschließung, Festlegung des Erschließungsgebiets und Grundlagen der Erschließungsmaßnahmen

Die Übertragung der Erschließung und die Festlegung des Erschließungsgebiets können im Erschließungsvertrag etwa wie folgt formuliert werden:

„Die Gemeinde überträgt hiermit gem. § 124 BauGB die Erschließung des Erschließungsgebiets „Blaumatten“ in Karlsdorf auf den Erschließungsträger.

Das vertraglich vereinbarte Erschließungsgebiet ist in dem als Anlage 1 beigefügten Erschließungsgebietsplan abgegrenzt.“

Das Erschließungsgebiet muß in dem Lageplan parzellenscharf eingezeichnet sein. Möglich ist auch, die in dem Erschließungsgebiet gelegenen Grundstücke in dem Text des Erschließungsvertrages einzeln aufzuführen.

Ferner ist die Grundlage der Erschließungsmaßnahmen anzugeben. Dies kann etwa so geschehen:

„Grundlage für die erforderlichen Maßnahmen der Erschließung i.S.v. § 2 dieses Vertrages ist der Bebauungsplan „Blaumatten“ sowie die Ausbaupläne des Ingenieurbüros K. vom 26.09.2000.“

Voraussetzung eines Erschließungsvertrages ist nach § 125 Abs. 1 BauGB grundsätzlich, daß die Erschließung den Festsetzungen des Bebauungsplans entspricht. Die Ausbauplanung des Ingenieurbüros sollte zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses möglichst bereits vorliegen, da nur so Meinungsverschiedenheiten und Streitigkeiten über den Leistungsumfang ausgeschlossen werden können. Dies ist aber nicht immer möglich. Dann sollte in dem Erschließungsvertrag zumindest auf DIN-Vorschriften oder ortsübliche Standards der Gemeinde verwiesen werden, die sich freilich nicht immer exakt definieren lassen. In verfahrensmäßiger Hinsicht sollte sich die Gemeinde das Recht vorbehalten, daß die von einem Ingenieurbüro im Auftrag des Erschließungsträgers zu erstellende Ausbauplanung vor Beginn der Ausschreibung der Bauleistungen von ihr zu genehmigen ist.

b) Festlegung der herzustellenden Erschließungsanlagen

Zunächst ist im Erschließungsvertrag festzulegen, *welche* Erschließungsanlagen der Erschließungsträger herzustellen hat. Hierzu kann etwa folgende Formulierung gewählt werden:

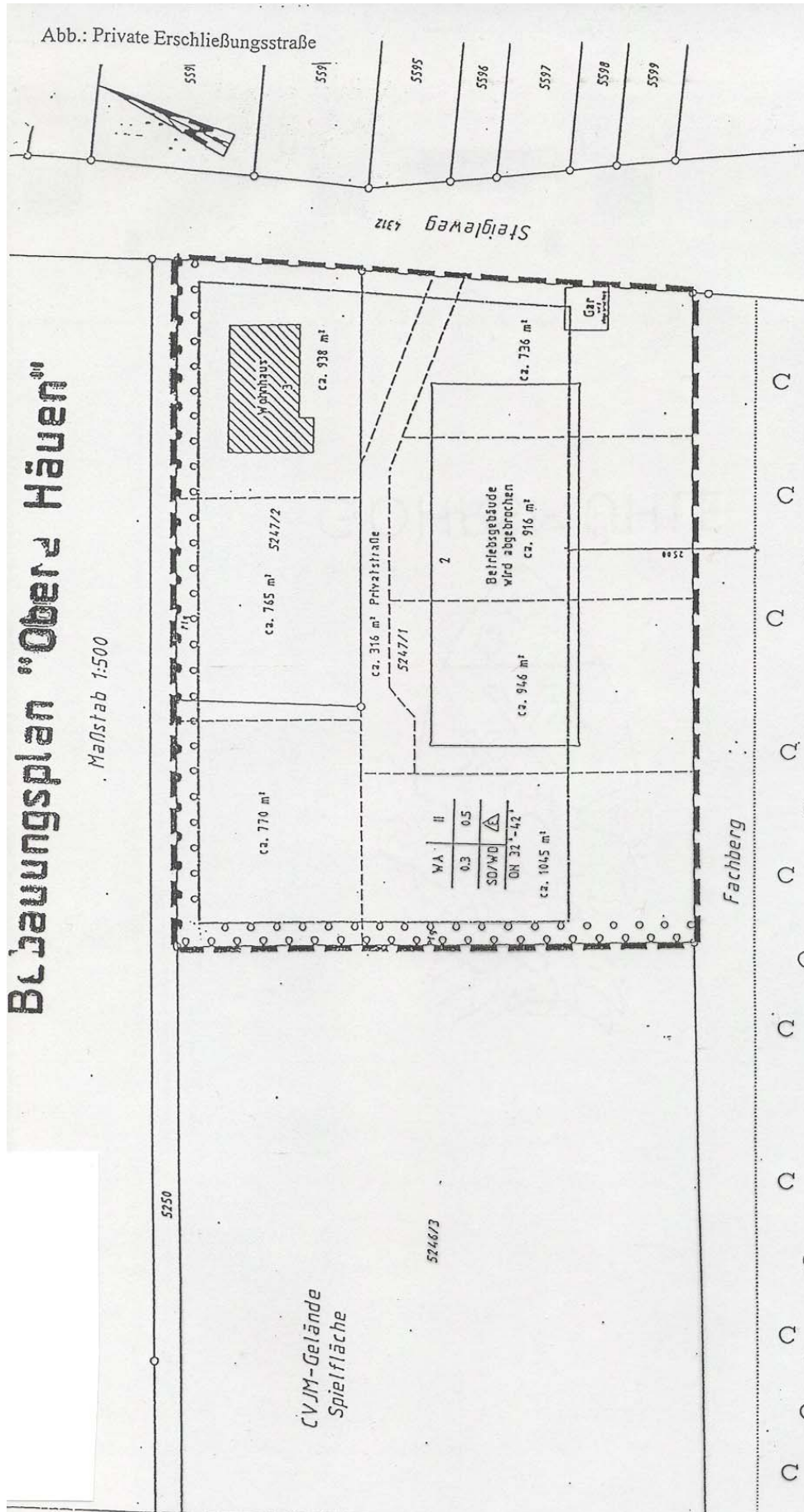
„Der Erschließungsträger verpflichtet sich zur Herstellung folgender Erschließungsanlagen im Erschließungsgebiet: ...“

Welche Erschließungsanlagen als Gegenstand eines Erschließungsvertrages vereinbart werden können, wurde bereits oben dargestellt. Ergänzend sei noch hinzugefügt, daß manche Gemeinden für die innere Erschließung sehr kleiner Baugebiete anstelle von öffentlichen Straßen **Privatstraßen** vorsehen. Dies ist allerdings nur zulässig, soweit diese Straßen keinen Durchgangsverkehr aufnehmen müssen. Auch die Herstellung einer Privatstraße kann Gegenstand eines Erschließungsvertrages sein. Die fertiggestellte Anlage wird im Unterschied zu öffentlichen Straßen nicht in das Eigentum der Gemeinde übertragen, sondern verbleibt im Eigentum und in der Unterhaltungslast der Eigentümer. Dies kann in der Praxis zu erheblichen Problemen führen.

Vgl. *Reif*, BWGZ 1994, S. 200, 220; *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 123 Rdnr. 12 m.w.N.

Bebauungsplan "Oberer Häuer"

Maßstab 1:500



c) Ausbaustandard und Schnittstellenproblematik

Die Ausbauplanung bestimmt den *Ausbaustandard* und damit den vertraglich geschuldeten Leistungsumfang. Je konkreter die Ausbaupläne sind, desto geringer ist das Risiko für den Erschließungsträger, daß die Gemeinde bei der späteren Zustimmung zu Ausführungsplänen Vorbehalte macht. Die Ausbaupläne sollten aus diesem Grund inhaltlich möglichst den Anforderungen an eine Ausführungsplanung nach § 55 HOAI (Leistungsphase 5) genügen, mindestens jedoch den Anforderungen an eine Entwurfsplanung nach § 55 HOAI (Leistungsphase 3).

Vgl. *Reif*, BWGZ 1994, S. 200, 220.

Erschließungsanlagen sind in der Regel *in ein Erschließungsnetz eingebunden*, das weit über das Erschließungsgebiet hinaus geht. Um eine sachgerechte funktionale Abgrenzung zu ermöglichen, sollte in den Erschließungsvertrag folgende Klausel aufgenommen werden:

„Der Leistungsumfang umfaßt die Herstellung der genannten Erschließungsanlagen über die Grenzen des Erschließungsgebiets hinaus, soweit dies zur Anbindung der Anlagen an das vorhandene Erschließungsnetz erforderlich ist.“

In dem Erschließungsvertrag sollte aber auch geregelt werden, *wie* die Anschlüsse an das Erschließungsnetz erfolgen sollen und wer hierfür verantwortlich ist. *Birk* weist zu Recht darauf hin, daß immer wieder Probleme entstehen, weil Anfangs- und Endpunkt der zu bauenden Erschließungsanlagen räumlich und technisch nicht hinreichend genau definiert sind. Wird vereinbart, daß die zu errichtenden Entwässerungseinrichtungen im Vertragsgebiet an den bestehenden weiterführenden Kanal anzuschließen sind, dann ist dieser Anschluß nicht nur örtlich, sondern auch technisch festzulegen (einfacher Anschluß, Schacht, begehbare Schacht). Gleiches gilt für Straßenanschlüsse und sonstige Anschlüsse.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 114 f.

Eine Regelung sollte insbesondere für die Grundstücksanschlüsse der Wasserversorgungs- und Abwasserleitungen getroffen werden. Üblicherweise wird hierzu vereinbart, daß die Anschlußleitungen bis zu 1 m in das Baugrundstück hineinzuverlegen sind, um einen sonst etwa erforderlichen späteren Aufbruch der Straße zu vermeiden.

Vgl. hierzu *Reif*, BWGZ 1994, S. 200, 221.

Diese Schnittstellenproblematik sollte bei der Vertragsgestaltung sorgfältig geregelt werden.

d) Planung, Ausschreibung und Vergabe

Hierzu können in dem Erschließungsvertrag etwa folgende Regelungen getroffen werden:

„Zur Erschließung i.S.d. Vertrages gehört auch die Planung, die Ausschreibung und die Vergabe durch den Erschließungsträger.

Der Erschließungsträger verpflichtet sich, den Inhalt der Ausschreibung, die Leistungsverzeichnisse (vor deren Ausgabe) sowie die Auswahl der aufzufordernden Bieter mit der Gemeinde abzustimmen. Die Auftragserteilung bedarf jeweils der vorherigen Zustimmung der Gemeinde.“

Ob die öffentlichen Vergabevorschriften Anwendung finden, richtet sich nach dem ab 01.01.1999 geltenden Vergaberechtsänderungsgesetz. Hierauf wird gesondert eingegangen. In den Erschließungsvertrag können auch bestimmte Vorgaben für die Ausschreibungsunterlagen bestimmt werden.

e) Beauftragung eines Ingenieurbüros

Der Erschließungsträger erbringt oft selbst keine Ingenieurleistungen, sondern beauftragt damit einen Ingenieur. Eine entsprechende Regelung im Erschließungsvertrag kann etwa so formuliert werden:

„Mit der Ausführungsplanung, Ausschreibung, Vergabe, Bauleitung, örtlichen Bauüberwachung und Objektbetreuung der Erschließungsmaßnahmen beauftragt der Erschließungsträger auf seine Rechnung ein leistungsfähiges Ingenieurbüro, das die Gewähr für die technisch beste und wirtschaftlichste Abwicklung der Baumaßnahme bietet. Die Auswahl des Ingenieurbüros und der Abschluß des Ingenieurvertrages bedürfen der Zustimmung der Gemeinde.

Die Pläne über die Ausführung der Erschließungsmaßnahmen einschließlich der erforderlichen Profile, Querschnitte und Berechnungen bedürfen der ausdrücklichen Zustimmung der Gemeinde, soweit sie nicht bereits Bestandteil dieses Vertrages geworden sind.“

f) Baubeginn

Der Baubeginn kann in dem Erschließungsvertrag z.B. wie folgt geregelt werden:

„Der Baubeginn bedarf der Zustimmung der Gemeinde. Der beabsichtigte Baubeginn ist der Gemeinde spätestens zwei Wochen zuvor schriftlich anzuzeigen.

Der Erschließungsträger hat die notwendigen baubehördlichen sowie sonstigen Genehmigungen bzw. Zustimmungen vor Baubeginn einzuholen und der Gemeinde vorzulegen. Die Gemeinde unterstützt ihn dabei im Rahmen ihrer Möglichkeiten.“

Die Gemeinde kann die Zustimmung für den Baubeginn insbesondere dann verweigern, wenn der Erschließungsträger nicht das Bestehen einer ausreichenden Haftpflichtversicherung nachweist. Die rechtzeitige Anzeige des Baubeginns verfolgt den Zweck, die Anlieger zu informieren und ermöglicht der Gemeinde, das Bauvorhaben mit anderen Tiefbauarbeiten zu koordinieren und rechtzeitig Vorsorge gegen mögliche Verkehrsbeeinträchtigungen zu treffen.

Vgl. *Reif*, BWGZ 1994, S. 200, 222.

g) Baudurchführung

Zu der Baudurchführung können im Erschließungsvertrag etwa folgende Regelungen getroffen werden:

„Vor Beginn der Hochbaumaßnahmen auf den Baugrundstücken sind die Wasserversorgungsleitungen, die Entwässerungsanlagen und die öffentlichen Straßen als Baustraßen mit bituminöser Tragschicht herzustellen. Schäden, einschließlich der Straßenaufbrüche an den Baustraßen, sind vor Fertigstellung der Straßen durch den Erschließungsträger fachgerecht zu beseitigen.

Der Erschließungsträger hat sicherzustellen, daß die Träger weiterer Versorgungseinrichtungen (Elektrizität, Gas, Fernwärme, Telefon) die erforderlichen Versorgungsleitungen für das Erschließungsgebiet einschließlich notwendiger Anschlüsse an vorhandene Anlagen auf ihre Rechnung so rechtzeitig planen und herstellen, daß die zügige Fertigstellung der Erschließungsanlagen nicht behindert wird und ein Aufbruch bereits fertiggestellter Anlagen vermieden wird. Die Trägerunterneh-

men sind zu verpflichten, ihre Planung vor Baubeginn mit der Gemeinde abzustimmen.

Die Erschließungsanlagen sind in Qualität und Ausstattung so herzustellen, daß sie den anerkannten Regeln der Technik für die Herstellung solcher Anlagen entsprechen.

Die Gemeinde oder ein von ihr beauftragter Dritter ist berechtigt, die ordnungsgemäße Ausführung der Arbeiten zu überprüfen oder überprüfen zu lassen und die unverzügliche Beseitigung festgestellter Mängel zu verlangen.

Das Anbringen von Kennzeichen und Hinweisschildern für öffentliche Erschließungsanlagen gem. § 126 Abs. 1 Nr. 2 BauGB ist Sache der Gemeinde bzw. des jeweiligen Versorgungsträgers.“

Die vorgeschlagene Regelung der Baudurchführung orientiert sich an praktischen Erwägungen der Abfolge einzelner Baumaßnahmen. Es liegt auf der Hand, daß die Feindecke in der Regel erst nach Beendigung der Hochbaumaßnahmen aufgebracht werden sollte. Die Straßen werden also zunächst nur als Baustraßen hergestellt. Ihr Ausbaustand muß aber so beschaffen sein, daß schweres Baugerät auf die Baugrundstücke fahren kann.

Vgl. hierzu im einzelnen *Reif*, BWGZ 1994, S. 200, 222.

Für Straßenbeleuchtungseinrichtungen können sich Besonderheiten aus den zwischen der Gemeinde und dem Stromversorgungsunternehmen bestehenden Konzessions-, Stromversorgungs- oder Straßenbeleuchtungsverträgen ergeben. Diese sind in dem Erschließungsvertrag zu berücksichtigen.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.) Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 209.

h) Haftung, Versicherung und Gefahrtragung

Hierzu kommt in dem Erschließungsvertrag etwa folgende Regelung in Betracht:

„Vom Tag des Beginns der Erschließungsarbeiten an übernimmt der Erschließungsträger im gesamten Erschließungsgebiet die Verkehrssicherungspflicht, sofern ihm diese nicht bereits kraft Gesetzes obliegt.“

Der Erschließungsträger haftet bis zur Übernahme der Erschließungsanlagen durch die Gemeinde für jeden Schaden, der durch die Verletzung der ihm

bis dahin obliegenden allgemeinen Verkehrssicherungspflicht entsteht und für solche Schäden, die infolge der Erschließungsmaßnahmen an bereits verlegten Leitungen oder auf andere Weise verursacht werden. Dies gilt auch dann, wenn der Erschließungsträger die Haftung auf einen Dritten übertragen hat. Der Erschließungsträger stellt die Gemeinde insoweit von allen Schadensersatzansprüchen frei. Diese Regelung gilt unbeschadet der Eigentumsverhältnisse.

Vor Beginn der Baumaßnahmen hat der Erschließungsträger der Gemeinde das Bestehen einer ausreichenden Haftpflichtversicherung nachzuweisen. Die erforderliche Deckungssumme der Haftpflichtversicherung des Erschließungsträgers beträgt pauschal für Personen-, Sach- und Vermögensschäden ... Mio. €.

Bis zur Abnahme der Gemeinde trägt der Erschließungsträger die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der in Herstellung befindlichen Erschließungsanlagen.“

Insbesondere bei größeren Erschließungsgebieten sollte darauf geachtet werden, daß die Deckungssumme der Haftpflichtversicherung des Erschließungsträgers nicht zu niedrig vereinbart wird.

i) Fertigstellung der Erschließungsanlagen

Hierzu kann in dem Erschließungsvertrag etwa folgende Regelung vereinbart werden:

„Erfüllt der Erschließungsträger seine Verpflichtungen nicht, nicht zeitgerecht oder fehlerhaft und hat er dies zu vertreten, so ist die Gemeinde berechtigt, ihm schriftlich eine angemessene Frist zur Ausführung der Arbeiten zu setzen.

Erfüllt der Erschließungsträger bis zum Ablauf der von der Gemeinde gesetzten Frist die vertraglichen Verpflichtungen nicht, so ist die Gemeinde berechtigt, die Arbeiten auf Kosten des Erschließungsträgers ausführen bzw. ausführen zu lassen, in bestehende Werkverträge einzutreten oder von diesem Vertrag zurückzutreten.

Weitergehende Schadensersatzansprüche der Gemeinde bleiben unberührt.“

Es ist zulässig und empfehlenswert, wenn sich die Gemeinde wie hier vorgeschlagen vertraglich das Recht vorbehält, bei Untätigkeit oder Säumnis des Erschließungsträgers die Erschließungsanlagen selbst herzustellen oder durch beauftragte Firmen auf Rechnung des Erschließungsträgers herstellen zu lassen.

Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, U. v. 29.06.1992 - 3 A 1079/91 -, KStZ1993, S. 171; vgl. auch *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 122 ff.

j) Sicherung der Vertragserfüllung

Zur Sicherung der Vertragserfüllung kann in den Erschließungsvertrag z.B. folgende Regelung aufgenommen werden:

„Der Erschließungsträger leistet eine Sicherheit, die die vertragsgemäße Durchführung der von ihm übernommenen Leistungen sicherstellen soll. Er hat die Sicherheit durch Übergabe einer unbefristeten selbstschuldnerischen Bürgschaft der Bank/Sparkasse... in Höhe von ... € zu erbringen. Die Bürgschaft wird durch die Gemeinde entsprechend dem Baufortschritt freigegeben. Bis zur Vorlage der Gewährleistungsbürgschaft erfolgen die Freigaben jedoch höchstens bis zu 95 % der Summe der Vertragserfüllungsbürgschaft.“

Eine vertragliche Sicherung der Herstellung der vereinbarten Erschließungsanlagen dient nicht nur dem Eigeninteresse der Gemeinde, sondern auch dem Interesse der Eigentümer im Erschließungsgebiet. Bricht der Erschließungsunternehmer die Erschließung vor Herstellung der Erschließungsanlagen ab, hat die Gemeinde sie weiterzuführen und von den Eigentümern Erschließungsbeiträge für die ihr dadurch entstehenden beitragsfähigen Aufwendungen zu erheben. Beträge, die die Eigentümer für die gleichen Erschließungsmaßnahmen an den Erschließungsträger gezahlt haben, können auf den Erschließungsbeitrag grundsätzlich nicht angerechnet werden. Die sich daraus ergebende „Doppelbelastung“ (Zahlung an den Unternehmer und an die Gemeinde) rechtfertigt nicht ohne weiteres einen (teilweisen) Billigkeitserlaß nach § 135 Abs. 5 BauGB, da sie letztlich eine Folge einer im Risikobereich der Grundstückseigentümer liegende Entscheidung ist.

Vgl. BVerwG, U. v. 06.06.1975 - IV C 27.73 -, DVBl. 1976, S. 306; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 63.

Die Sicherung der Herstellung der Erschließungsanlagen durch eine **Erfüllungsbürgschaft** bindet aber für den Erschließungsträger Kapital. Häufig erscheint es deshalb sinnvoller, daß die Gemeinde und der Erschließungsträger mit den Grundstückseigentümern der zu erschließenden Grundstücke vereinbaren, daß

diese Vorauszahlungen auf ein **Treuhandkonto** leisten. Dann können von diesem Konto die Rechnungen beglichen werden, die der beauftragte Bauunternehmer dem Erschließungsträger für die Herstellung der Erschließungsanlagen stellt. Über entsprechend hohe Abschlagszahlungen der Grundstückseigentümer kann so eventuell auf weitere Sicherheiten für die Herstellung der Erschließungsanlagen verzichtet werden. Zugleich kann auf diese Weise vermieden werden, daß Fremdfinanzierungskosten entstehen.

Es sollte allerdings sichergestellt werden, daß der Gemeinde für das Treuhandkonto hinreichende Einwirkungs- und Kontrollrechte eingeräumt werden. *Birk* schlägt hierzu vor, daß die Gemeinde das Treuhandkonto führen kann und über Auszahlungen ein Gremium entscheidet, das aus Vertretern der Grundstückseigentümer, des Erschließungsträgers und der Gemeinde besteht.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 123 und 135.

In den meisten Fällen dürfte es allerdings ausreichen, wenn das Treuhandkonto von dem Erschließungsträger eingerichtet wird, sämtliche Auszahlungen hiervon aber vorher von der Gemeinde gegengezeichnet werden müssen.

k) Abnahme

Über die Abnahme können in einem Erschließungsvertrag etwa folgende Regelungen getroffen werden:

„Nach Fertigstellung der Erschließungsanlagen sind diese von der Gemeinde und dem Erschließungsträger gemeinsam mit den Unternehmen der einzelnen Gewerke abzunehmen. Der Erschließungsträger zeigt der Gemeinde die vertragsgemäße Fertigstellung der Erschließungsanlagen schriftlich an. Die Gemeinde setzt einen Abnahmetermin auf einen Tag innerhalb von zwei Wochen nach Eingang der Anzeige im Benehmen mit dem Erschließungsträger fest.

Über die Abnahme wird eine Niederschrift gefertigt. Sie enthält den Umfang der abgenommenen Leistungen (Bauwerke), die Beanstandungen, die Fristen, in denen sie zu beheben sind sowie den Termin für den Ablauf der Gewährleistungsfristen. Die Niederschrift ist von den Vertragsparteien zu unterzeichnen. Sie ist für beide Vertragsparteien bindend.

Werden bei der Abnahme Mängel festgestellt, so sind diese innerhalb von zwei Monaten vom Tage der gemeinsamen Abnahme an gerechnet durch

den Erschließungsträger zu beseitigen oder beseitigen zu lassen. Im Falle des Verzuges ist die Gemeinde berechtigt, die Mängel auf Kosten des Erschließungsträgers beseitigen zu lassen. Nach Beseitigung der Mängel ist die Abnahme für die beanstandeten Teile zu wiederholen.

Die einzelnen Erschließungsanlagen sind jeweils nach Fertigstellung sämtlicher Anlagenteile abzunehmen. Die Gemeinde kann jedoch eine gesonderte Abnahme bereits früher fertiggestellter Teile, die in der Ausbauplanung als solche gekennzeichnet sind, verlangen oder dieser zustimmen.“

Die Abnahme, die entsprechend den Vorschriften des Werkvertragsrechts des BGB oder der VOB/B vereinbart werden kann, dient der Feststellung der technisch richtigen endgültigen Herstellung der vereinbarten Erschließungsanlagen. In dem Erschließungsvertrag kann hierzu näheres vereinbart werden, z.B. Materialprobennachweis oder Dichtigkeitsprüfung von Leitungen. Die möglichen vertraglichen Vereinbarungen unterscheiden sich nicht von denen, die im Rahmen eines Werkvertrages zwischen Gemeinde und einem privaten Unternehmen für den Bau solcher Erschließungsanlagen getroffen werden können.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 121.

I) Gewährleistung

Eine Gewährleistungsregelung kann im Erschließungsvertrag etwa so formuliert werden:

„Der Erschließungsträger übernimmt die Gewähr, daß die hergestellten Erschließungsanlagen zum Zeitpunkt der Abnahme die vertraglich vereinbarten Eigenschaften haben, den anerkannten Regeln der Technik und Baukunst entsprechen und nicht mit Fehlern behaftet sind, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Zweck aufheben oder mindern.

Die Gewährleistungsfrist beträgt 5 Jahre. Sie beginnt mit der Abnahme der mangelfreien Erschließungsanlage.

Der Erschließungsträger tritt bereits jetzt seine etwaigen künftigen Gewährleistungsansprüche gegen Bauunternehmer sowie sonstige Baubeteiligte an die Gemeinde ab, die die Abtretung annimmt. Der Erschließungsträger wird der Stadt die jeweili-

gen Bauunternehmen bzw. die sonstigen Baubeteiligten benennen.

Der Erschließungsträger wird der Gemeinde die Bürgschaftsurkunden der Bauunternehmer nach Eingang der Gewährleistungsbürgschaften übersenden. Der Erschließungsträger wird die Gemeinde ferner bei der Durchsetzung der Ansprüche unterstützen, insbesondere durch Zurverfügungstellung etwa vorhandener Unterlagen wie Bauverträge u.ä.“

Auch insoweit bestehen gegenüber Gewährleistungsregelungen in einem gemeindlichen Werkvertrag für den Bau von Erschließungsanlagen keine Besonderheiten.

m) Übernahme der Erschließungsanlagen, Widmung

Hierzu ist u.a. folgende Regelung möglich:

„Mit der Abnahme der mangelfreien Erschließungsanlagen gehen Besitz und Nutzungen an den Erschließungsanlagen auf die Gemeinde über. Die Gemeinde übernimmt die Anlagen in ihre Baulast, Unterhaltung und Verkehrssicherungspflicht und bestätigt diese Übernahme schriftlich unter Angabe eines Übernahmedatums.

Die Widmung der Erschließungsanlagen erfolgt durch die Gemeinde. Der Erschließungsträger stimmt hiermit der Widmung durch die Gemeinde ab dem Zeitpunkt der Übernahme zu. Er erklärt sich ferner damit einverstanden, daß die Gemeinde die herzustellenden öffentlichen Wasserversorgungs- und Abwasseranlagen entsprechend den Bestimmungen der Wasserversorgungs- und Abwassersatzung zum Bestandteil der öffentlichen Einrichtung Wasserversorgung bzw. Abwasserentsorgung erklärt.“

n) Eigentumsübergang

Ist die Gemeinde noch nicht Eigentümerin der öffentlichen Erschließungsflächen, kann im Erschließungsvertrag hierzu z.B. folgende Regelung getroffen werden:

„Der Erschließungsträger wird die öffentlichen Erschließungsflächen nach deren mangelfreier Abnahme aufgrund eines gesondert abzuschließenden notariellen Vertrages unentgeltlich, kosten-

und lastenfrei an die Gemeinde übereignen. Der Erschließungsträger hat die Flächen vorher auf seine Kosten vermessen zu lassen.

Wasserversorgungsanlagen und Anlagen zur Abwasserbeseitigung, die Bestandteile der entsprechenden öffentlichen Einrichtungen sind und nicht innerhalb der Flächen von Verkehrsanlagen verlegt werden, sind vom Erschließungsträger kostenfrei durch Grunddienstbarkeiten zugunsten der Gemeinde zu sichern.

Auf Verlangen der Gemeinde ist zur Sicherung dieser Ansprüche eine Vormerkung einzutragen.“

Der Regelungsvorschlag beruht auf der Konstruktion, daß neben dem eigentlichen Erschließungsvertrag ein gesonderter Vertrag zur Übertragung der Erschließungsflächen abgeschlossen wird, wobei nur dieser Vertrag notariell beurkundet wird. Die Zulässigkeit einer solchen Aufspaltung ist allerdings umstritten.

Eigentumsübertragungsprobleme stellen sich nicht, wenn der Erschließung eine Umlegung vorausgegangen ist. Nach § 55 Abs. 2 BauGB sind die öffentlichen Erschließungsflächen vorab aus der Umlegungsmasse auszuscheiden und der Gemeinde zuzuteilen. Die Gemeinde verpflichtet sich dann in dem Erschließungsvertrag lediglich, dem Erschließungsträger die ihr gehörenden öffentlichen Erschließungsflächen im Erschließungsgebiet kostenlos zur Verfügung zu stellen.

o) Kündigung und Rücktritt

In den Erschließungsvertrag sollten auch Regelungen über die Möglichkeit zur Kündigung oder zum Rücktritt aufgenommen werden. Denkbar ist etwa folgende Formulierung eines Kündigungs- oder Rücktrittsrechts:

„Beide Vertragspartner können den Vertrag nur aus wichtigem Grund kündigen. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn ... Einer Kündigungsfrist bedarf es nicht.

Beide Vertragspartner sind berechtigt, von diesem Erschließungsvertrag zurückzutreten, falls der Bebauungsplan oder der Umlegungsplan für das Erschließungsgebiet nicht innerhalb von 12 Monaten nach Unterzeichnung dieses Erschließungsvertrages in Kraft tritt.

Beide Vertragspartner sind ferner zum Rücktritt berechtigt, wenn es dem Erschließungsträger nicht innerhalb von 6 Monaten nach Unterzeichnung

dieses Erschließungsvertrages gelingt, mit allen Grundstückseigentümern im Erschließungsgebiet Geschäftsbesorgungsverträge abzuschließen.“

Bei der Vertragsgestaltung sollte auf die Formulierung der Kündigungs- und Rücktrittsrechte besondere Sorgfalt verwandt werden. Wird der Bebauungsplan bzw. der Umlegungsplan für das Erschließungsgebiet nicht innerhalb eines absehbaren Zeitraums wirksam, hat insbesondere der Erschließungsträger ein berechtigtes Interesse daran, sich von dem Vertrag wieder lösen zu können, da ihm kaum zugemutet werden kann, sein Personal für eine beliebige Zeit bereitzuhalten. Umgekehrt hat aber auch die Gemeinde ein starkes Interesse daran, sich von dem Vertrag wieder lösen zu können, wenn der Erschließungsträger nicht in der Lage ist, innerhalb eines angemessenen Zeitraums eine Einigung mit allen Grundstückseigentümern zu erreichen. Ohne ein entsprechendes Rücktrittsrecht müsste die Gemeinde sonst u.U. tatenlos zusehen, wie sich die Erschließung eines Baugebiets unangemessen verzögert.

Mit Wirksamkeit einer Kündigung oder eines Rücktritts wandelt sich der Erschließungsvertrag in ein Abwicklungsverhältnis um und beseitigt dadurch die sich aus der Kostenübernahme des Erschließungsträgers ergebende Sperre für die Zulässigkeit der Beitragserhebung. Die Kosten der Erschließung sind dann i.S.d. § 129 Abs. 1 S. 1 BauGB nicht mehr anderweitig gedeckt. Die Gemeinde kann deshalb die beitragsfähigen Erschließungsanlagen nach ihrer erstmaligen endgültigen Herstellung gegenüber den Grundstückseigentümern nach §§ 127 ff. BauGB durch Erhebung von Beiträgen abrechnen.

Vgl. OVG Saarland, U. v. 10.06.1981 - 3 R 29/80 -, NVwZ 1982, S. 127 f.; vgl. auch VGH Baden-Württemberg, U. v. 17.06.1999 - 2 S 3245/96 -, BWGZ 1999, S. 600 zu der Frage, wann eine anderweitige Deckung des Erschließungsaufwands i.S.d. § 129 Abs. 1 S. 1 BauGB auch in einem Anspruch der Gemeinde gegen einen Dritten bestehen kann.

Eine **Kündigung nach Beginn der Bauarbeiten** führt erfahrungsgemäß meist zu erheblichen Abwicklungsproblemen. Der **Erschließungsträger hat** in diesem Fall **nur Anspruch auf Wertersatz** für die von ihm ganz oder teilweise bereits errichteten Erschließungsanlagen. Hierfür können in dem Erschließungsvertrag Regelungen über die Berechnungsart, die notwendigen Nachweise und die Fälligkeit des Wertersatzes getroffen werden.

Vgl. hierzu *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 129 ff., 134 ff., der für den Fall, daß der Erschließungsträger zugleich Grundstückseigentümer im Erschließungsgebiet ist vorschlägt, den Wertersatzanspruch in eine Vorauszahlungsvereinbarung umzuwandeln oder als eine

beitragsrechtliche Vorauszahlung gem. § 133
Abs. 3 BauGB zu werten.

Haben die Eigentümer zum Zeitpunkt der Kündigung bereits Vorauszahlungen an den Erschließungsträger geleistet, ergeben sich auch **Abwicklungsprobleme im Verhältnis zwischen Erschließungsträger und Grundstückseigentümer**. Hierzu empfiehlt sich eine vertragliche Vereinbarung in dem Erschließungsvertrag, daß die Gemeinde dem Erschließungsträger erst dann Wertersatz für die von ihm bereits ganz oder teilweise errichteten Erschließungsanlagen leistet, wenn die Grundstückseigentümer als Vertragspartner des Erschließungsträgers ihre Vorauszahlungen zurückerhalten haben.

So auch *Birk*, Städtebauliche Verträge,
4. Aufl. 2002, S. 132.

Eine Kündigung des Erschließungsvertrages durch die Gemeinde nach Beginn der Bauarbeiten hat ferner **Rückwirkungen auf ihre eigene Erschließungspflicht** gem. § 123 Abs. 1 BauGB. Sind im Erschließungsgebiet schon Baugenehmigungen erteilt worden, entsteht die Erschließungspflicht der Gemeinde sofort, da mit der Erteilung der Baugenehmigung sowie dem gemeindlichen Einvernehmen nach § 36 BauGB die Sicherung der Erschließung „zugesichert“ ist.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002,
S. 131.

6. Bauplanungsrechtliche Voraussetzungen

Nach § 125 Abs. 1 BauGB setzt die erstmalige Herstellung der Erschließungsanlagen i.S.v. § 127 Abs. 2 BauGB einen Bebauungsplan voraus, von dem allerdings unter den Voraussetzungen des § 125 Abs. 3 BauGB Abweichungen möglich sind. Liegt ein Bebauungsplan nicht vor, so dürfen die Anlagen nach § 125 Abs. 2 BauGB nur hergestellt werden, wenn sie nach gemeindeinterner Prüfung den in § 1 Abs. 4 bis 6 BauGB bezeichneten Anforderungen entsprechen. Diese planungsrechtlichen Voraussetzungen des § 125 BauGB sind auch bei einem Erschließungsvertrag zu beachten, soweit es sich um die Herstellung von Erschließungsanlagen i.S.v. § 127 Abs. 2 BauGB handelt. Ein Erschließungsvertrag, bei dem die Voraussetzungen des § 125 BauGB nicht erfüllt sind, ist nichtig.

Vgl. OVG Saarland, U. v. 09.06.1994 - 1 R 20/92 -,
NVwZ-RR 1995, S. 222; *Driehaus*, Erschließungs-
und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 31.

Allerdings müssen die Voraussetzungen des § 125 BauGB erst zum Zeitpunkt der Übergabe der Anlagen an die Gemeinde vorliegen, weil sie erst dann zu öffentlichen Erschließungsanlagen werden. Daher ist es auch nicht verboten, sich zur Herstellung einer Anbaustraße schon in einem Zeitpunkt zu verpflichten, in dem weder ein Bebauungsplan erlassen noch die Voraussetzungen des § 125 BauGB gegeben sind. Nach der Schuldrechtsreform setzt die Wirksamkeit eines

solchen Vertrages – anders als nach § 308 Abs. 1 BGB – nicht mehr voraus, daß die Partner bei Abschluß des Vertrages davon ausgegangen sind, das der Erfüllung der Herstellungsverpflichtung seinerzeit entgegenstehende Verbot werde später entfallen.

Vgl. zur alten Rechtslage BVerwG, U. v. 22.03.1996 - 8 C 17.94 -, NVwZ 1996, S. 794.

Praxistip:

Es empfiehlt sich, den Erschließungsvertrag erst zu einem Zeitpunkt abzuschließen, in dem der Bebauungsplan bereits in Kraft getreten ist. Wird der Erschließungsvertrag dennoch schon während des Bebauungsplanverfahrens abgeschlossen, sollte darin der dem Vertrag zugrundeliegende Planungsstand genau angegeben werden. Außerdem sollte der Vertrag eine Regelung für den Fall enthalten, daß der in Kraft getretene Bebauungsplan von dem Bebauungsplanentwurf abweicht, der dem Vertrag zugrundeliegt.

Vgl. Birk, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 113 f.

Der Erschließungsvertrag kann auch für solche Gebiete abgeschlossen werden, die bereits teilweise bebaut sind und in denen sich die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben nach § 34 BauGB beurteilt. Ein solcher Erschließungsvertrag muß nach § 125 Abs. 2 BauGB ebenfalls den Anforderungen des § 1 Abs. 4 bis 6 BauGB entsprechen, und zwar unabhängig davon, ob es sich um die erstmalige Herstellung der Erschließung handelt oder nicht.

Vgl. Bunzel (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 196; Vogel, in: Brügelmann, BauGB, § 124 Rdnr. 13.

Auch für ein Vorhaben im Außenbereich nach § 35 BauGB kann sich ein Dritter gegenüber der Gemeinde verpflichten, die Erschließung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung durchzuführen.

Vgl. BVerwG, U. v. 22.03.1972 - IV C 121.68 -, DÖV 1972, S. 827; Krautzberger, in: Batis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 35 Rdnr. 9.

Teilweise wird zwar die Auffassung vertreten, im Außenbereich könne kein Erschließungsvertrag nach § 124 BauGB, sondern nur ein Erschließungssicherungsvertrag abgeschlossen werden, da es nach § 35 BauGB stets um die Erschließung von Einzelvorhaben und nicht um die Erschließung eines Erschließungsgebiets geht.

Vgl. Vogel, in: Brügelmann, BauGB, § 124 Rdnr. 14.

Dieser Unterschied ist jedoch im Ergebnis nicht von praktischer Bedeutung.

7. Anwendbarkeit der öffentlichen Vergabevorschriften

a) Abschluß des Erschließungsvertrages und Vergaberecht

aa) Der Erschließungsträger als Eigentümer oder als reiner Dienstleister

Ist der **Erschließungsträger** zugleich **Eigentümer sämtlicher** im Erschließungsgebiet gelegenen **Grundstücke**, stellt sich die Frage einer Ausschreibungspflicht des Erschließungsvertrages bereits **aufgrund faktischer Alternativlosigkeit** nicht. In diesem Fall kann die Gemeinde einen Erschließungsvertrag nur mit dem Grundstückseigentümer oder mit dem von diesem beauftragten Erschließungsunternehmer abschließen.

Vgl. *Wilke*, ZfBR 2002, S. 231, 232; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 116.

Gleiches gilt, wenn die BGB-Gesellschaft der Grundstückseigentümer, vertreten durch einen Erschließungsunternehmer, mit der Gemeinde einen Erschließungsvertrag abschließt.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 116.

Ist der **Erschließungsträger** dagegen **reiner Dienstleister**, der sich gegenüber den Grundstückseigentümern durch Abschluß von Kostenerstattungsvereinbarungen refinanziert, stellt sich die Frage, ob die Gemeinde verpflichtet ist, die Vergabe des Erschließungsvertrages auszuschreiben.

bb) Abschluß eines „reinen“ Erschließungsvertrages

In rechtlicher Hinsicht handelt es sich bei dem **Abschluß eines „reinen“ Erschließungsvertrages** nach § 124 BauGB **nicht** um die **Vergabe eines öffentlichen Auftrages i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB**.

Vgl. *Burmeister/Heilshorn*, BWGZ 2002, S. 104, 107; *Wilke*, ZfBR 2002, S. 231, 232; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 116.

Zwar hat der EuGH inzwischen klargestellt, daß sich der Anwendungsbereich des öffentlichen Auftrages auch auf öffentlich-rechtliche Verträge erstreckt.

Vgl. EuGH, U. v. 12.07.2001 - C 399/98 -, VergabeR 2001, S. 380, 387.

Nach der Legaldefinition des § 99 Abs. 1 GWB setzt ein öffentlicher Auftrag jedoch einen **entgeltlichen** Vertrag zwischen öffentlichem Auftraggeber und Un-

ternehmer voraus. Das gleiche gilt für Aufträge i.S.d. Gemeindehaushaltsrechts unterhalb der Schwellenwerte des § 2 VgV. Der Begriff der Entgeltlichkeit ist dabei weit auszulegen: ein entgeltlicher Vertrag wird bereits dann angenommen, wenn zwischen dem Unternehmer und dem öffentlichen Auftraggeber ein synallagmatisches Leistungsverhältnis zustandegekommen ist.

Vgl. *Schulte*, NZBau 2000, S. 272, 276; *Hailbronner*, in: *Byok/Jaeger*, Komm. zum VergabeR, 2000, § 99 Rdnr. 337.

Der Abschluß eines „reinen“ Erschließungsvertrages nach § 124 Abs. 1 BauGB, in dem sich ein Dritter gegenüber der Gemeinde verpflichtet, die vertraglich vereinbarten Erschließungsanlagen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung herzustellen, ist danach nicht als Vergabe eines entgeltlichen Bauauftrages anzusehen. Dies ergibt sich daraus, daß der Erschließungsträger gegen die Gemeinde (in ihrer Eigenschaft als Trägerin der Erschließungslast) keinen Vergütungsanspruch hat.

Vgl. *Burmeister/Heilshorn*, BWGZ 2002, S. 104, 107; *Wilke*, ZfBR 2002, S. 231, 232.

Ein synallagmatisches Leistungsverhältnis läge dagegen vor, wenn dem Erschließungsträger als „Entgelt“ für die von ihm auf seine Kosten herzustellenden öffentlichen Erschließungsanlagen wie bei einer öffentlichen Baukonzession ein Recht zur Nutzung eingeräumt würde.

Vgl. zur öffentlichen Baukonzession, OLG Potsdam, B. v. 03.08.1999 - 6 Verg I/99 -, BauR 1999, S. 1175 zum Flughafen Berlin.

Ein solches Recht zur Nutzung ist jedoch bei einem reinen Erschließungsvertrag nicht gegeben, da sich der Erschließungsträger darin verpflichtet, der Widmung der Erschließungsanlagen durch die Gemeinde kostenlos zuzustimmen.

An einem synallagmatischen Leistungsverhältnis fehlt es hingegen, wenn der Erschließungsträger lediglich die Möglichkeit erhält, die von ihm zu erschließenden Grundstücke mit Gewinn weiterzuveräußern, sofern sie in seinem Eigentum stehen.

So aber *Pieper*, DVBl. 2000, S. 160, 165; *Rautenberg*, ZfBR 2002, S. 239, 241.

Eine solche, zudem marktabhängige Weiterverkaufsmöglichkeit begründet vielmehr lediglich eine rechtlich nicht gesicherte Chance des Erschließungsträgers und kann deshalb auch bei weiter Auslegung des Begriffs der Entgeltlichkeit nicht als Gegenleistung der Gemeinde qualifiziert werden.

Vgl. *Wilke*, ZfBR 2002, S. 231, 232.

Die Möglichkeit des Erschließungsträgers, den ihm entstandenen Aufwand zur Herstellung der Erschließungsanlagen einschließlich der sogenannten Trägerkosten gegenüber privaten Dritte zu refinanzieren, begründet ebenfalls keine Entgeltlichkeit des Erschließungsvertrages, da es hierbei an einer Gegenleistung *der Gemeinde* fehlt.

Vgl. *Wilke*, ZfBR 2002, S. 231, 232 mit dem Hinweis, daß die tatsächliche Frage, ob der Erschließungsträger nur eigene oder auch fremde Grundstücke erschließt, für die vergaberechtliche Beurteilung nicht ausschlaggebend ist; *Burmeister/Heilshorn*, BWGZ 2002, S. 104, 108 für den Fall des grundbesitzlosen Erschließungsträger, der sich durch Abschluß von Kostenerstattungsvereinbarungen mit den Eigentümern refinanziert.

Ebensowenig macht die mit dem Abschluß eines „reinen“ Erschließungsvertrages verbundene Beitragsfreistellung den Erschließungsvertrag zu einem entgeltlichen Auftrag i.S.d. Vergaberechts. Übernimmt der Erschließungsträger in vollem Umfang die Kosten der für das Erschließungsgebiet notwendigen Erschließung, ist die Erhebung eines Erschließungsbeitrages nach § 127 Abs. 1 i.V.m. § 129 Abs. 1 S. 1 BauGB bereits kraft Gesetzes ausgeschlossen, da der Gemeinde kein „anderweitig nicht gedeckter Erschließungsaufwand“ entsteht.

Vgl. BVerwG, U. v. 06.07.1973 - IV C 22.72 -, DVBl. 1973, S. 800; BVerwG, U. v. 18.09.1981 - VIII C 21.81 -, DVBl. 1982, S. 79.

Dies gilt auch nach dem Urteil des EuGH vom 12.07.2001.

Vgl. EuGH, U. v. 12.07.2001 - C 399/98 -, VergabeR 2001, S. 380.

Der EuGH hat darin unter Berücksichtigung der Besonderheiten des italienischen Städtebaurechts einen „Erschließungsvertrag“ als entgeltlich angesehen, in dem sich die Eigentümerin im Zuge eines innerstädtischen Großbauvorhabens verpflichtet hatte, ein Theater als sogenannte sekundäre Erschließungsanlage zu errichten. Als Gegenleistung ist ihr das Recht eingeräumt worden, die hierfür entstehenden Kosten vom geschuldeten Betrag des bei Erteilung der Baugenehmigung für das innerstädtische Vorhaben gesetzlich anfallenden Erschließungsbeitrags abzuziehen. Aus dem Begriff „abziehen“ hat der EuGH geschlossen, daß die Gemeindeverwaltung mit der Erlaubnis einer unmittelbaren Erstellung der Erschließungsanlagen darauf verzichtet hatte, den kraft Gesetzes geschuldeten Erschließungsbeitrag einzuziehen.

Das Verhältnis zwischen Erschließungsbeitragsschuld und unmittelbarer Erstellung der Erschließungsanlagen nach dem italienischen Städtebaurecht läßt sich auf das deutsche Recht aber nicht übertragen. Ein „Abzug“ von ansonsten zu

zahlenden Erschließungsbeiträgen kommt hier nicht in Betracht, da im Falle eines „reinen“ Erschließungsvertrages nach § 124 BauGB die Entstehung eines Erschließungsbeitrages nach § 127 Abs. 1 i.V.m. § 129 Abs. 1 S. 1 BauGB kraft Gesetzes ausgeschlossen ist und der Erschließungsträger im Unterschied zum italienischen Recht auch keine gegenüber der Gemeinde aufgrund der erteilten Baugenehmigung bestehende Schuld begleicht.

Vgl. *Würfel/Butt*, NVwZ 2003, S. 153, 157: ohne bestehende Schuld keine Verrechnung – ohne Verrechnung keine Entgeltlichkeit; *Burmeister/Heilshorn*, BWGZ 2002, S. 104, 108; *Wilke*, ZfBR 2002, S. 231, 236; vgl. auch *Rautenberg*, ZfBR 2002, S. 238, 241.

Ein nicht entgeltlicher, „reiner“ Erschließungsvertrag ist auch dann anzunehmen, wenn sich der Erschließungsträger zur Herstellung von leitungsgebundenen Einrichtungen verpflichtet, die nach Landesrecht beitragsfähig sind (z.B. die öffentlichen Ver- und Entsorgungsleitungen für Trinkwasser, Schmutzwasser und Niederschlagswasser). Zwar enthalten die jeweils einschlägigen kommunalen Abgabengesetze keine dem § 129 Abs. 1 S. 1 BauGB entsprechende Vorschrift. Selbst eine Klausel, wonach sich die Gemeinde an den Kosten der entsprechenden Erschließungsanlagen in Höhe der satzungsmäßigen Beiträge beteiligt, ist nicht geeignet, den Erschließungsvertrag zu einem entgeltlichen Auftrag umzuwandeln. Solche Vereinbarungen im Erschließungsvertrag erfassen zwar nur die Herstellung von Ver- und Entsorgungsleitungen im Baugebiet, während sich die KAG-Beiträge auf die sich über das gesamte Gemeindegebiet erstreckende Gesamteinrichtung beziehen. Gleichwohl wird durch eine solche Klausel lediglich dem Übermaßverbot und dem Verbot der Doppelbelastung Rechnung getragen.

Vgl. *Döring*, NVwZ 1994, S. 853, 854; *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 124 Rdnr. 28; *Burmeister/Heilshorn*, BWGZ 2002, S. 104, 109; anderer Ansicht *Wilke*, ZfBR 2002, S. 231, 234; *Würfel/Butt*, NVwZ 2003, S. 153, 157.

Ebenso ist ein nicht entgeltlicher, „reiner“ Erschließungsvertrag gegeben, wenn der Erschließungsträger die Erschließungskosten nur teilweise übernimmt und bei der Gemeinde ein Kostenanteil verbleibt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Kostenanteil der Gemeinde nicht über jenen Eigenanteil hinausgeht, der bei einer beitragsmäßigen Abrechnung nach § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB vorgeschrieben ist. Ist der bei der Gemeinde verbleibende Kostenanteil höher, ist zu berücksichtigen, daß der Erschließungsvertrag grundsätzlich eine abschließende selbständige Finanzierungsregelung für die Erschließungsanlagen zugunsten der Grundstückseigentümer darstellt und einen Rückgriff auf das Beitragsrecht ausschließt.

cc) Abschluß eines „unechten“ Erschließungsvertrages

Dagegen sind sogenannte „**unechte**“ **Erschließungsverträge**, bei denen die Gemeinde Erschließungsbeiträge erheben kann oder muß, **entgeltliche öffentliche Aufträge**. Ein „unechter“ Erschließungsvertrag ist eine Vertragskonstruktion zur Lösung der sogenannten Fremdanliegerproblematik. Er ist dadurch charakterisiert, daß die Gemeinde mit dem Erschließungsträger einen gesonderten Werkvertrag für die rechtlich selbständige Erschließungsanlage abschließt, durch die die Fremdanlieger erschlossen werden (u.U. neben einem „reinen“ Erschließungsvertrag für die rechtliche selbständigen Erschließungsanlagen, in denen sich keine Fremdanliegergrundstücke befinden). Der Vergütungsanspruch des Erschließungsträgers aus diesem Werkvertrag begründet einen entgeltlichen Auftrag i.S.d. Vergaberechts.

Vgl. *Wilke*, ZfBR 2002, S. 231, 233; *Würfel/Butt*, NVwZ 2003, S. 153, 157.

Für die Bestimmung des Schwellenwertes nach § 2 Nr. 4 VgV ist der Gesamtauftragswert maßgebend, der sich aus zwei Werklohn-Teilsummen zusammensetzt: Hinsichtlich der Fremdanliegergrundstücke aus der Erstattung der veranlagten Beiträge und hinsichtlich der Grundstücke des Erschließungsträgers aus der Anrechnung der anteiligen Werklohnforderung auf den nach § 133 Abs. 3 S. 5 BauGB vereinbarten Ablösungsbetrag.

Vgl. *Wilke*, ZfBR 2002, S. 231, 234.

„Unechte“ Erschließungsverträge unterliegen damit der Ausschreibungspflicht. Oberhalb des Schwellenwertes nach § 2 Nr. 4 VgV können potentielle Bieter gem. § 97 Abs. 7 GWB die Einhaltung des Vergaberechts beanspruchen.

Vgl. aber auch *Wilke*, ZfBR 2002, S. 231, 236 zu den eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten potentieller Bietinteressenten im Falle eines „stillen“ Vergabeverfahrens ohne vorausgegangene Ausschreibung.

Unterhalb des Schwellenwertes nach § 2 Abs. 4 VgV ist die Gemeinde nur objektiv-rechtlich nach allgemeinem Haushaltsrecht zur Beachtung des Vergaberechts verpflichtet (z.B. nach § 31 GemHVO BW). Die Vorschriften des allgemeinen Haushaltsrechts dienen aber nach dem traditionellen Grundgedanken des Vergaberechts – im Unterschied zu den §§ 97 ff. GWB – ausschließlich der Sicherung eines wirtschaftlichen und sparsamen Umgangs mit den zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln, nicht jedoch dem Schutz der Bieter vor Willkür des Auftraggebers.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 29.06.1998 - 1 S 1580/96 -, NVwZ-RR 1999, S. 264; vgl. hierzu

auch *Huber*, JZ 2000, S. 877; *Burmeister/Heilshorn*, BWGZ 2002, S. 104, 105.

b) Vergabe von Aufträgen durch den Erschließungsträger

aa) Ausschreibungspflicht nach §§ 97 ff. GWB

Die vom Erschließungsträger zu vergebenden Bauleistungen und sonstigen Leistungen zur Herstellung der Erschließungsanlagen unterliegen dann den öffentlichen Vergabebestimmungen, wenn die Regelungen der §§ 97 ff. GWB anwendbar sind. Dies setzt aufgrund der Zweiteilung des deutschen Vergaberechts voraus, daß

- die in § 2 VgV genannten **Schwellenwerte überschritten** werden (der Schwellenwert für Bauaufträge beträgt nach § 2 Nr. 4 VgV 5 Mio. €) und
- der Erschließungsträger als öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB einzustufen ist.

Ein privater Erschließungsträger ist aber nur ausnahmsweise als **öffentlicher Auftraggeber** i.S.d. § 98 GWB zu qualifizieren. Dies ist etwa der Fall, wenn es sich um ein *kommunal beherrschtes Unternehmen* gem. § 98 Nr. 2 GWB handelt, an dem die Gemeinde zu mehr als 50 % an der Finanzierung beteiligt ist oder die Mehrheit in Geschäftsführung oder Aufsichtsorganen (Aufsichtsrat, Generalversammlung) besitzt. Solche Unternehmen können nach der hier vertretenen Auffassung Dritte i.S.d. § 124 Abs. 1 BauGB sein.

Vgl. zum persönlichen Anwendungsbereich des § 98 Nr. 2 GWB *Kraus*, BauR 2000, S. 1545 m.w.N..

Daneben kommt eine Qualifizierung des privaten Erschließungsträgers als öffentlicher Auftraggeber i.S.v. § 98 Nr. 5 GWB in Betracht, *wenn die Erschließungsmaßnahme zu mehr als 50 % von der Gemeinde finanziert wird*. Aus welchem Grund sich die Gemeinde an der Finanzierung der Erschließungsmaßnahme beteiligt, spielt dabei keine Rolle. Eine finanzielle Beteiligung der Gemeinde kann insbesondere darauf beruhen, daß sie

- im Erschließungsgebiet selbst Grundstückseigentümerin ist,
- sich in dem Erschließungsvertrag aus Gründen der Angemessenheit oder des Sachzusammenhangs verpflichtet hat, einen bestimmten Kostenanteil zu übernehmen (z.B. für Maßnahmen, die nicht nur der Erschließung des Erschließungsgebiets dienen).

Einzelne auf die Gemeinde entfallende Kostenbeteiligungen sind zusammenzuzählen, auch wenn sie auf unterschiedlichen Rechtsgründen beruhen. Ferner dürften auch vom Land gewährte Zuschüsse zur Finanzierung der Erschlie-

ßungsmaßnahmen dem Finanzierungsanteil öffentlicher Stellen zuzurechnen sein, da das Land eine öffentliche Gebietskörperschaft ist.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 206 f.

Auch wenn die vorgenannten Voraussetzungen für die Anwendung der §§ 97 ff. GWB nicht erfüllt sind, hat der Erschließungsträger die Vorschriften des öffentlichen Vergaberechts bei der Vergabe von Aufträgen an private Nachunternehmer dennoch zu beachten, wenn er sich dazu gegenüber der Gemeinde **in dem Erschließungsvertrag** verpflichtet hat.

Die Gemeinde ist aber auch bei Aufträgen oberhalb der in § 2 VgV genannten Schwellenwerte grundsätzlich **nicht** verpflichtet, dem Erschließungsträger die Pflicht aufzuerlegen, seinerseits die vorzunehmenden Bauleistungen nach §§ 97 ff. GWB auszuschreiben. Dem Urteil des EuGH vom 12.07.2001 läßt sich eine solche Pflicht ebenfalls nicht entnehmen.

Vgl. *Wilke*, ZfBR 2002, S. 231, 236; anderer Ansicht *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 118 f.

Die **Rechtsbeziehungen** auf der „zweiten Stufe“ der Vergabe **zwischen dem Erschließungsträger und dessen „Nachunternehmern“ unterliegen** danach **auch bei Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte in der Regel nicht dem Vergaberecht**.

Ebenso *Wilke*, ZfBR 2002, S. 231, 233.

Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung zu der Frage einer Verpflichtung von Privaten zur Durchführung von Vergabeverfahren bleibt allerdings abzuwarten.

Vgl. *Würfel/Butt*, NVwZ 2003, S. 153, 158.

In den letzten Jahren ist eine deutliche Tendenz zu einer extensiven Interpretation der vergaberechtlichen Bestimmungen zu beobachten, die verstärkt die wirtschaftliche Funktion der abgeschlossenen Verträge in die Auslegung einbezieht.

Vgl. *Jaeger*, NZBau 2001, S. 6, 8; *Rautenberg*, ZfBR 2001, S. 238, 241; vgl. auch *Müller-Wrede*, VergabeR 2001, S. 390, 391, der auf den erheblichen Umfang an Erschließungsmaßnahmen hinweist, die ohne Anwendung des Vergaberechts vergeben werden.

bb) Beauftragung außerhalb des öffentlichen Vergaberechts

Sind die §§ 97 ff. GWB nicht anwendbar, kann **der Erschließungsträger die Bauleistungen grundsätzlich außerhalb öffentlicher Vergabevorschriften (z.B. der VOB/A) mit dem Recht zur Nachverhandlung ausschreiben**. Auf diese Weise lassen sich häufig nicht unbeträchtliche Einsparungen erzielen.

Anderer Ansicht *Driehaus*, BauR 1999, S. 862, 866.

Ein rein privater Erschließungsträger möchte deshalb in der Regel unbedingt vermeiden, Bauleistungen nur nach Ausschreibung auf der Grundlage der für die Gemeinde geltenden Vergabegrundsätze zu vergeben.

Dies ist dem privaten Erschließungsträger allerdings dann verwehrt, wenn er sich gegenüber der Gemeinde im Erschließungsvertrag zur Ausschreibung unter Beachtung des öffentlichen Vergaberechts oder anderer Regeln (z.B. der VOB/A) verpflichtet hat.

Schließlich besteht eine Ausschreibungspflicht auch nicht nach den einschlägigen Regeln der Gemeindehaushaltsordnungen (z.B. § 31 GemHVO BW). Dies ergibt sich daraus, daß der Begriff des kommunalen Auftraggebers i.S.v. § 31 GemHVO BW im Unterschied zum Begriff des öffentlichen Auftraggebers in § 98 GWB eng auszulegen ist und kommunal beherrschte Gesellschaften hiervon nicht erfaßt werden.

8. Schranken beim Abschluß von Erschließungsverträgen

a) Formelle Anforderungen

aa) Form

Nach § 124 Abs. 4 BauGB bedarf der Erschließungsvertrag der Schriftform soweit nicht durch Rechtsvorschriften eine andere Form vorgeschrieben ist. Verpflichtet sich der Erschließungsträger, der Gemeinde die Flächen der öffentlichen Erschließungsanlagen zu übereignen, bedarf dies nach § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB der notariellen Beurkundung.

Zur Reduzierung der Notargebühren erfolgt in der Praxis oft folgende Aufspaltung der Vertragsgegenstände: Neben dem eigentlichen Erschließungsvertrag wird ein **gesonderter Vertrag zur Übertragung der Erschließungsflächen** abgeschlossen, **wobei nur dieser Vertrag notariell beurkundet wird**.

Vgl. OVG Magdeburg, U. v. 11.08.2000 - A 2 S 299/99 - JMBI.St 2001, S. 66 f.: Möglichkeit, den

Erschließungsteil des Vertrages neben der Eigentumsübertragung selbständig zu regeln

Die gleiche Aufspaltung wird häufig beim Durchführungsvertrag zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan vorgenommen. Im Schrifttum wird diese Verfahrensweise vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BGH zum Teil für problematisch

vgl. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 24; *Grziwotz*, MittBayNot 1995, S. 271.

oder sogar für unzulässig gehalten.

Vgl. Langenfeld, BWNNotZ 1997, S. 73, 75; *Reif*, BWGZ 1994, S. 200, 212; *Walker*, Handbuch städtebauliche Verträge Band 1, 1999, S. 409.

Nach der Rechtsprechung des BGH erstreckt sich der Formzwang bei zusammengesetzten Verträgen auf die gesamten Verträge, sofern diese eine rechtliche Einheit bilden. Das ist der Fall, wenn die Vereinbarungen nach dem Willen der Parteien nicht für sich alleine gelten, sondern miteinander „stehen und fallen“ sollen.

Vgl. BGH, U. v. 24.09.1987 - VII ZR 306/86 -, BGHZ 101, S. 393, 396 f.; BGH, U. v. 14.07.1994 - IX ZR 110/93 -, NJW 1994, S. 2885; BGH, U. v. 10.10.1996 - IV ZR 294/95 -, NJW 1997, S. 250, 252.

Gleichwohl spricht im Ergebnis einiges dafür, daß eine notarielle Beurkundung des eigentlichen Erschließungsvertrages entbehrlich ist. Die für die öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung maßgebliche straßenrechtliche Widmung setzt nicht zwingend den Erwerb des Eigentums an der Straßenfläche durch die Gemeinde voraus. Vielmehr genügt hierfür die Zustimmung des Eigentümers oder des sonst dinglich Berechtigten. Liegt diese Zustimmung zur Widmung vor, dürfte der Erschließungsvertrag deshalb nach dem Willen der Parteien in der Regel auch unabhängig von der Übertragung der Erschließungsflächen abgeschlossen werden.

So im Ergebnis auch *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 146 FN 413; vgl. auch VGH Baden-Württemberg, U. v. 25.11.1996 - 8 S 1151/96 -, NVwZ 1997, S. 699.

Eine zur Beurkundungsbedürftigkeit des gesamten Vertragswerks führende synallagmatische Verknüpfung zwischen Übertragung der Erschließungsflächen und Übertragung der Erschließung nach § 124 BauGB fehlt von vornherein,

wenn das Eigentum an den künftigen öffentlichen Erschließungsflächen bereits vor Abschluß des Erschließungsvertrages auf die Gemeinde übertragen wurde.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 1999 m.w.N.

In vielen Fällen stellt sich die Frage, *ob neben einem Grundstückskaufvertrag weitere Verträge mitzubeurkunden* sind. Hat eine Gemeinde z.B. mit einem Erschließungsträger einen Erschließungsvertrag nach § 124 BauGB abgeschlossen und macht sie den Verkauf eines gemeindeeigenen Grundstücks davon abhängig, daß der Erwerber vorher mit dem Erschließungsträger eine Vereinbarung zur Zahlung eines Erschließungskostenanteils abschließt, so ist diese Vereinbarung mitzubeurkunden. Besonders deutlich „stehen und fallen“ beide Verträge miteinander, wenn nach dem Grundstückskaufvertrag Voraussetzung für die Auflassung ist, daß der Erwerber nicht nur den vollständigen Kaufpreis, sondern auch seinen vollständigen Erschließungskostenanteil gezahlt hat.

Vgl. aber BVerwG, B. v. 17.07.2001 - 4 B 24.01 -, BauR 2002, S. 57, 60, wonach der Geldbeitrag anstatt eines Flächenbeitrags bei der Umlegung nicht notariell formbedürftig ist.

bb) Zuständigkeit

Hinsichtlich der Zuständigkeit bestehen bei dem Erschließungsvertrag nach § 124 BauGB gegenüber den städtebaulichen Verträgen nach § 11 BauGB keine Besonderheiten. Daher kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

cc) Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde

Für Erschließungsverträge ist eine Genehmigung durch die nach Landesrecht zuständige Kommunalaufsichtsbehörde grundsätzlich ebensowenig erforderlich wie für städtebauliche Verträge. **Ausnahmsweise** ist jedoch eine **Genehmigungsbedürftigkeit** gegeben, **wenn der Vertrag kredit- oder gewährleistungsähnliche Elemente enthält**.

Ein solcher Ausnahmefall liegt nicht vor, wenn sich die Gemeinde in einem Erschließungsvertrag verpflichtet, sich mit einem festen oder prozentualen Anteil an den Kosten des Erschließungsträgers zu beteiligen.

Vgl. hierzu Schreiben des Innenministeriums Baden-Württemberg, Az. 2-25/9 vom 18.01.1994 an den Gemeindegtag Baden-Württemberg; *Walker*, Handbuch Städtebauliche Verträge Band 1, 1999, S. 410.

Eine gewährleistungsähnliche Regelung ist jedoch anzunehmen, wenn sich die Gemeinde verpflichtet, dem Erschließungsträger die auf die Fremdanlieger entfallenden Kosten zu erstatten, soweit mit diesen keine Kostenerstattungsvereinbarung zustande kommt oder deren Erschließungskostenanteil uneinbringlich ist. In diesem Fall bedarf der Erschließungsvertrag deshalb der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde.

Vgl. *Walker*, Handbuch städtebauliche Verträge
Band 1, 1999, S. 410 m.w.N.

Kreditähnlich und damit ebenfalls genehmigungsbedürftig sind längerfristige Stundungen der gemeindlichen Verpflichtung zur Beteiligung an den Kosten, die dem Erschließungsträger entstehen. Allerdings entfällt die Genehmigungspflicht bei Unterschreitung bestimmter Wertgrenzen, die die Länder durch Verwaltungsvorschrift, gestaffelt nach der Gemeindegröße, als Freigrenzen eingeführt haben.

Vgl. *Walker*, Handbuch städtebauliche Verträge
Band 1, 1999, S. 410; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 200.

b) Materielle Schranken

aa) Angemessenheit

Nach § 124 Abs. 3 S. 1 BauGB müssen die vertraglich vereinbarten Leistungen den gesamten Umständen nach angemessen sein. Die Grenze zur Unangemessenheit kann beim Erschließungsvertrag bei folgenden Punkten überschritten werden:

- Die Erschließung muß sich am ortsüblichen Standard orientieren. Ein darüber hinausgehender Erschließungsaufwand im Sinne einer „Luxuserschließung“ ist dagegen grundsätzlich unangemessen.

Vgl. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 46; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 124 Rdnr. 12.

- Die Kostenübernahme für nach Landesrecht beitragspflichtige leitungsgebundene Erschließungsanlagen ist nur dann angemessen, wenn durch Anrechnung auf den noch zu erhebenden Beitrag sichergestellt ist, daß eine Doppelbelastung des Erschließungsträgers ausgeschlossen ist. Das schließt allerdings nicht aus, daß der Erschließungsträger zusätzlich die den Beitrag übersteigenden Herstellungskosten im Erschließungsgebiet trägt.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 198.

Wird die Herstellung der leitungsgebundenen Erschließungsanlagen nicht durch Beiträge, sondern durch Gebühren finanziert, so ist eine Doppelbelastung des Erschließungsträgers auf andere Weise auszuschließen.

- Angemessen ist regelmäßig nur die Übernahme der Kosten für die Herstellung der gerade für das Erschließungsvertragsgebiet erforderlichen plangemäßen Erschließungsanlagen. Dem Erschließungsträger dürfen nur die auf dieses Gebiet „entfallenden“ Kosten auferlegt werden. Mehrkosten, die durch die Bedürfnisse anderer Baugebiete verursacht werden, etwa eines neuen Hauptsammlers, eines Kinderspielplatzes oder einer Grünanlage muß die Gemeinde übernehmen, soweit die externen Grundstückseigentümer nicht zum Abschluß einer entsprechenden Kostenerstattungsvereinbarung bereit sind.

Vgl. OVG Saarland, U. v. 09.06.1994 - 1 R 20/92 -, NVwZ 1995, S. 222, 224; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 46; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 124 Rdnr. 14.

bb) Sachlicher Zusammenhang

§ 124 Abs. 3 S. 1 BauGB bestimmt ferner, daß die vertraglich vereinbarten Leistungen im Zusammenhang mit der Erschließung stehen müssen. Bei den vertraglich vereinbarten Erschließungsanlagen innerhalb des Erschließungsgebiets ist der geforderte sachliche Zusammenhang stets gegeben. Sie dienen entweder dazu, die Erschließung der im Vertragsgebiet liegenden Grundstücke i.S.v. § 30 Abs. 1 BauGB zu sichern oder tragen zu einer städtebaulichen Verbesserung ihrer Erschließungssituation bei (z.B. fußläufige Verbindungswege, Kinderspielplätze, Grünanlagen). Der sachliche Zusammenhang ist aber überschritten, wenn Anlagen errichtet und vom Erschließungsträger bezahlt werden sollen, die erkennbar nicht dem Erschließungsgebiet dienen, sondern ausschließlich anderen Gebieten oder der Allgemeinheit zugute kommen.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 142 f.; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 124 Rdnr. 16; a.A. *Stür*, DVBl 1995, S. 649, 652, der zur Begründung der Angemessenheit von Erschließungsanlagen, die ausschließlich einem Bereich außerhalb der Erschließungsanlagen dienen, zu weitgehend die einheitliche Durchführung einer Gesamterschließung, eine schnellere Abwicklung oder sogar lediglich eine städtebauliche Aufwertung des Vorhabens für ausreichend hält.

Keine Frage des sachlichen Zusammenhangs, sondern der Angemessenheit ist es, wenn

- Anlagen innerhalb des Erschließungsgebiets über den ortsüblichen Standard hinaus im Sinne einer Luxuserschließung hergestellt werden sollen,
- für eine Anlage durch den Bedarf eines anderen Baugebiets Mehrkosten ausgelöst werden, der Erschließungsträger aber gleichwohl die gesamten Kosten tragen soll.

c) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 124 Abs. 3 S. 1 BauGB

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 124 Abs. 3 S. 1 BauGB richten sich nach §§ 59 VwVfG. Ein Verstoß gegen das Angemessenheitsgebot oder das Gebot des Sachzusammenhangs führt nach § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG zur Nichtigkeit der hierauf bezogenen Vereinbarungen. Nach § 59 Abs. 3 VwVfG ist der Erschließungsvertrag insgesamt nichtig, soweit nicht anzunehmen ist, daß er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre. Die Gesamtnichtigkeit des Vertrages ist zwar danach der gesetzlich vorgesehene Regelfall. Läßt der Vertragsinhalt aber eine Teilung des Vertrages in einen vom Nichtigkeitsgrund betroffenen und in einen hiervon nicht betroffenen Regelungsgegenstand zu, kann sich die Rechtsfolge des Verstoßes auf eine bloße **Teilnichtigkeit** des Vertrages beschränken. Dies wird gerade beim Erschließungsvertrag häufig der Fall sein. So wird etwa eine Vereinbarung, mit der sich ein Erschließungsunternehmer zur Übernahme auch der durch die Bedürfnisse eines anderen Baugebiets verursachten Mehrkosten verpflichtet, im Zweifel wegen eines Verstoßes gegen das Gebot der Angemessenheit nach § 124 Abs. 3 S. 1 BauGB lediglich zu einer Teilnichtigkeit der einzelnen Bestimmungen führen, verbunden mit einer entsprechenden Anpassung des im übrigen fortgeltenden Erschließungsvertrages.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 145 f.

Die Rückabwicklung bereits vollzogener Erschließungsverträge ist bei der Rückabwicklung schon vollzogener städtebaulicher Verträge mitbehandelt worden. Daher kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

9. Erschließungsvertrag und Erschließungspflicht

Die Gemeinde ist aber nach § 124 Abs. 3 S. 2 BauGB verpflichtet, die Erschließung selbst durchzuführen, wenn sie einen qualifizierten Bebauungsplan erlassen hat und das zumutbare Angebot eines Dritten ablehnt, die im Bebauungsplan vorgesehene Erschließung vorzunehmen. Sind die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt, gewährt **§ 124 Abs. 3 S. 2 BauGB** als Ausnahmenvorschrift gegenüber § 123 Abs. 3 BauGB einen individuellen **Rechtsanspruch auf Abschluß eines Erschließungsvertrages bzw. auf Durchführung der Erschließung durch die Gemeinde**.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 153.

Ein Anspruch auf Erschließung nach § 124 Abs. 3 S. 2 BauGB kann ausschließlich **im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans** gegeben sein, nicht aber in Bereichen einfacher Bebauungspläne nach § 30 Abs. 2 BauGB, des unbeplanten Innenbereichs nach § 34 BauGB oder des Außenbereichs nach § 35 BauGB. Unterbreitet ein Dritter der Gemeinde z.B. ein Erschließungsangebot im nicht beplanten Innenbereich nach § 34 BauGB, so ist sie in ihrer Entscheidung frei, das Angebot anzunehmen oder abzulehnen.

Vgl. *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 123 Rdnr. 22; so bereits BVerwG, B. v. 07.01.1977 - IV B 202.76 -, *Buchholz* 406.11, § 34 Nr. 59, S. 23, 25.

Das Angebot des Dritten muß ferner darauf gerichtet sein, die im Bebauungsplan **„vorgesehene“ Erschließung** vorzunehmen. Der unscharfe Begriff der im Bebauungsplan „vorgesehenen“ Erschließung ist weit auszulegen und umfaßt sämtliche zur Sicherung der Erschließung nach §§ 30 ff. BauGB notwendige Erschließungsanlagen. Zu der vorgesehenen Erschließung i.S.d. § 124 Abs. 3 S. 2 BauGB gehören danach neben den im Bebauungsplan festgesetzten Erschließungsanlagen (z.B. Straßen oder öffentliche Grünflächen) ebenso die leitungsgebundenen Erschließungseinrichtungen der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, auch wenn diese in dem Bebauungsplan nicht festgesetzt sind. Im übrigen gehört zu einem „zumutbaren Angebot“ i.S.d. § 124 Abs. 3 S. 2 BauGB, daß es die gesamte notwendige Erschließung umfaßt.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 154 ff.; *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 124 Rdnr. 36.

Die **Zumutbarkeit des Erschließungsangebots** hängt immer von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Zwar genügt es für ein zumutbares Erschließungsangebot nicht, daß der Bauinteressent lediglich seine Bereitschaft erklärt, in Verhandlungen über den Abschluß eines Erschließungsvertrages einzutreten. Auch wenn sich die Gemeinde von vornherein abweisend verhält, muß das Angebot so konkret sein, daß es auf seine Eignung überprüft werden kann, eine gesicherte Erschließung zu gewährleisten. Welchen Substantiierungsanforderungen das Angebot genügen muß, hängt aber auch davon ab, wie kooperationsbereit die Gemeinde ist. Verhält sie sich von vornherein ablehnend oder passiv, sind die Anforderungen an die Substantiierung des Angebots geringer. Kommt die Zumutbarkeit des Angebots danach auch nur in Betracht, obliegt es der Gemeinde nach Treu und Glauben, an der Klarstellung der Rechtslage mitzuwirken, also über das Angebot in einer Weise zu verhandeln, die eine Beurteilung seiner Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit ermöglicht. Verweigert sich die Gemeinde, so muß sie sich dies zurechnen lassen.

Vgl. BVerwG, B. v. 13.02.2002 - 4 B 88/01 -, UPR 2002, S. 274; BVerwG, U. v. 22.01.1993 - 8 C 46.91 -, BVerwGE 92, S. 8, 24.

Die Gemeinde darf sich deshalb einem Angebot nicht kategorisch verweigern und muß einem Dritten, der ein hinreichend substantiiertes Angebot macht, die Gründe darlegen, aus denen sie die Annahme des Angebots für unzumutbar hält. Nach *Driehaus* gehört hierzu u.U. auch die Vorlage eines Vertragsentwurfs, den die Gemeinde bereits in anderen Fällen verwandt hat und zu dessen Bedingungen sie auch in diesem Fall abschließen würde.

Vgl. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 5 Rdnr. 41.

In technischer Hinsicht ist ein Erschließungsangebot für die Gemeinde zumutbar, wenn es den anerkannten Regeln der Technik sowie den ortsüblichen Ausbaustandards entspricht. In *flächenmäßiger Hinsicht* darf sich das Angebot nicht auf die grundstücksbezogene Erschließung i.S.v. § 30 Abs. 1 BauGB beschränken, sondern muß grundsätzlich das gesamte Bebauungsplangebiet umfassen. Für ein Teilgebiet des Bebauungsplans kann ein Angebot zumutbar sein, wenn das restliche Gebiet von der Gemeinde ohne zeitliche Bindung später erschlossen und beitragsmäßig abgerechnet werden kann. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn das Restgebiet ausschließlich aus selbständig abrechenbaren beitragsfähigen Erschließungsanlagen besteht.

Vgl. *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 124 Rdnr. 36; zu der hiermit verbundenen Schnittstellenproblematik vgl. OVG Münster, U. v. 24.11.1998 - 3 A 706/91 -, NWVBl. 1999, S. 262: Eine von der Gemeinde herzustellende Reststrecke könne abweichend von der grundsätzlich gebotenen natürlichen Betrachtungsweise aus Rechtsgründen (weil nur diese Reststrecke dem Rechtsregime des Erschließungsbeitragsrechts unterworfen sei) eine rechtlich selbständige Erschließungsanlage sein, ohne daß hierfür eine gesonderte Abschnittsbildung erforderlich sei; ähnlich OVG Lüneburg, U. v. 27.04.2000 - 9 M 4297/99 - zur getrennten Abrechnung der Teilstrecke einer Anbaustraße; vgl. hierzu auch *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 155.

In wirtschaftlicher Hinsicht ist die Zumutbarkeit eines Erschließungsangebots stets gegeben, wenn der Dritte bereit ist, die für das Erschließungsgebiet entstehenden Erschließungskosten *in vollem Umfang* zu übernehmen, so daß die Gemeinde damit „nichts zu tun“ hat.

Vgl. OVG Münster, U. v. 24.11.1998 - 3 A 706/91 -, NWVBl. 1999, S. 262.

Befinden sich Fremdanliegergrundstücke in dem Erschließungsgebiet, ist ein Angebot der Gemeinden nur zumutbar, wenn sich der Erschließungsträger verpflichtet, auch die auf diese Grundstücke entfallenden Erschließungskosten zu übernehmen und auf deren Erstattung zu verzichten.

Vgl. *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 124 Rdnr. 37.

Gleichwohl bleibt offen, wo für die Gemeinde die Zumutbarkeitsgrenze nach unten liegt. Beitragskonforme Angebote, also Angebote, nach denen die Gemeinde die Kosten übernehmen soll, die sie bei Durchführung der Erschließung in eigener Regie ohnehin tragen müßte, sind jedenfalls nicht schlechthin unzumutbar.

Vgl. hierzu im einzelnen *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 5 Rdnr. 44.

Daneben gehören zur Zumutbarkeit des Angebots die **persönlich, fachliche und finanzielle Zuverlässigkeit des Erschließungsträgers**. Der Anbieter muß von seiner Unternehmensstruktur und den personellen sowie sachlichen Kapazitäten gemessen an der Erschließungsaufgabe die Gewähr dafür bieten, daß er die Erschließung sach- und plangemäß durchführt. Ein wichtiges Kriterium hierfür ist die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit der vom Anbieter vorgesehenen Ingenieure und bauausführenden Firmen.

Vgl. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 5 Rdnr. 42.

Die finanzielle Zuverlässigkeit des Erschließungsträgers setzt voraus, daß dieser eine selbstschuldnerische Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe der geschätzten Kosten der Erschließung sowie eine Gewährleistungsbürgschaft beibringt.

Vgl. *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 124 Rdnr. 40.

Schließlich muß auch die vorgesehene inhaltliche Ausgestaltung des angebotenen Erschließungsvertrages zumutbar sein.

Vgl. OVG Münster, U. v. 29.04.1998 - 3 A 4191/93 -, NWVBl. 1999, S. 32: Unzumutbarkeit des Angebots wegen Nichtsicherstellung des rechtzeitigen Straßenlanderwerbs durch die Gemeinde.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, gelten zusätzlich keine weiteren zeitlichen Anforderungen. Insbesondere kann die Gemeinde den Erschließungsträger nicht auf eine „Wartezeit“ verweisen.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 157; modifizierend *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 5 Rdnr. 43,

der der Gemeinde insoweit einen gewissen Gestaltungsspielraum einräumt.

Der Gemeinde bleibt es allerdings unbenommen, aus Anlaß eines zumutbaren Erschließungsangebots einen Aufstellungsbeschluß zur Änderung des Bebauungsplans zu fassen und eine entsprechende Veränderungssperre zu erlassen. In diesem Fall ist die Gemeinde nicht verpflichtet, das ansonsten zumutbare Angebot eines Erschließungsträgers anzunehmen.

Vgl. *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 124 Rdnr. 38; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 156 f.

Kann ein Baugebiet erst nach einer noch nicht durchgeführten Umlegung erschlossen werden, spricht vieles dafür, daß die Gemeinde die Erschließung nicht ablehnen kann, wenn der Dritte neben einem zumutbaren Angebot auf Abschluß eines Erschließungsvertrages den Abschluß eines städtebaulichen Vertrages über eine freiwillige Umlegung zu angemessenen Bedingungen anbietet.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 157; *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 124 Rdnr. 39.

10. Kostenweitergabe an die Grundstückseigentümer

§ 124 BauGB regelt nur das Verhältnis zwischen Gemeinde und Erschließungsträger. Die Frage, ob und in welcher Höhe der Erschließungsträger die Erschließungskosten an die Eigentümer der zu erschließenden Grundstücke im Erschließungsgebiet oder an Erwerber von ihm gehörenden Grundstücken weitergeben kann, ist rein privatrechtlicher Natur.

Vgl. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 53; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 147.

Die privatrechtliche Zuordnung der Kostenweitergabe an die Grundstückseigentümer folgt daraus, daß die Gemeinde dem Erschließungsträger in dem Erschließungsvertrag keine Hoheitsrechte übertragen kann und damit auch nicht das Recht, die Eigentümer zu Beiträgen heranzuziehen.

Ist der Erschließungsträger Eigentümer sämtlicher im Erschließungsgebiet gelegenen Grundstücke, kann er die ihm entstandenen Erschließungskosten über den Kaufpreis offen oder verdeckt auf seine Käufer abwälzen. Wird ein Erschließungsträger als reiner Dienstleister ohne eigenwirtschaftliche Grundstücksinteressen tätig (sog. grundbesitzloser Erschließungsträger), kann er die entstandenen Erschließungskosten einschließlich seines Trägerhonorars anteilig an die Eigentümer der hierdurch erschlossenen Grundstücke weitergeben, soweit diese mit ihm entsprechende Kostenerstattungsvereinbarungen abgeschlossen haben.

Werden auch Grundstücke von Eigentümern erschlossen, die nicht bereit sind, sich gegenüber dem Erschließungsträger zur Zahlung eines Erschließungskostenanteils zu verpflichten, stellt sich die sogenannte Fremdanliegerproblematik, auf die gesondert eingegangen wird.

Die **Gestaltung der zivilrechtlichen Vereinbarungen über die Kostenweitergabe an die Erwerber bzw. an die (anderen) Grundstückseigentümer** unterliegt im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich keinen öffentlich-rechtlichen Schranken. Erschließungsträger und Grundstückseigentümer können frei entscheiden, wie sie die Kosten untereinander verteilen. An die Verteilungsmaßstäbe der gemeindlichen Erschließungsbeitragssatzung oder an die Maßstäbe des § 131 Abs. 2 BauGB sind sie nicht gebunden.

Vgl. *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 124 Rdnr. 56; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 148.

Verteilungsfähig sind sämtliche Erschließungskosten, zu deren Übernahme sich der Erschließungsträger gegenüber der Gemeinde in dem Erschließungsvertrag verpflichten kann. Hinzu kommt das vereinbarte Trägerhonorar.

Umstritten ist allerdings, ob der Erschließungsträger auch solche Erschließungskosten an die Eigentümer weitergeben kann, zu deren Tragung er sich gegenüber der Gemeinde verpflichtet hat, obwohl sie den Rahmen der Angemessenheit oder des sachlichen Zusammenhangs i.S.d. § 124 Abs. 3 S. 1 BauGB überschreiten. Hierzu hat die Rechtsprechung die Auffassung vertreten, ein Grundstückseigentümer könne gegen einen Zahlungsanspruch des Erschließungsträgers einwenden, er brauche die Kosten nicht zu tragen, soweit die Gemeinde nicht berechtigt gewesen sei, den Erschließungsträger zu einer Kostenübernahme zu verpflichten.

Vgl. BVerwG, U. v. 19.10.1984 - 8 C 52.83 -, NJW 1985, S. 642.

Um zu verhindern, daß der Anspruch des Erschließungsträgers gegen die einzelnen Grundstückseigentümer auf Zahlung ihres jeweiligen Erschließungskostenanteils mit der Wirksamkeit des Erschließungsvertrages steht und fällt, wurde in der Praxis zwischen Erschließungsträger und den einzelnen Grundstückseigentümern früher häufig anstelle einer bloßen Kostenerstattungsvereinbarung ein **Geschäftsbesorgungs- oder Werkvertrag** abgeschlossen. Auf diese Weise wurde zwischen Erschließungsträger und den einzelnen Grundstückseigentümern jeweils ein gesondertes Leistungsaustauschverhältnis begründet. Der Nachteil dieser Konstruktion liegt darin, daß der Erschließungsträger mit den Grundstückseigentümern nach dem BMF-Schreiben vom 31.05.2002 nur mit gesondertem Ausweis der Umsatzsteuer abrechnen kann. Daher wird sie in der Praxis seitdem nicht mehr angewandt.

Auch bei Abschluß einer bloßen Kostenerstattungsvereinbarung mit den einzelnen Eigentümern hat der Erschließungsträger aber grundsätzlich die Möglichkeit, die Anwendbarkeit des § 124 Abs. 3 S. 1 BauGB ausdrücklich auszuschließen.

Vgl. *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 124 Rdnr. 56; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 148; vgl. auch *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 361, der § 124 Abs. 3 S. 1 BauGB nicht für eine Rechtsnorm hält, die zumindest auch dem Schutz Dritter dient.

11. Fremdanlieger

Durch die nach dem Erschließungsvertrag herzustellenden Erschließungsanlagen werden häufig auch Grundstücke erschlossen, die nicht im Eigentum des Erschließungsträgers stehen (sog. Fremdanliegergrundstücke). Gelingt es dem Erschließungsträger, mit den Eigentümern dieser Grundstücke zivilrechtliche Vereinbarungen über eine anteilige Kostentragung abzuschließen, gibt es weder rechtliche noch wirtschaftliche Probleme.

Die **Fremdanliegerproblematik** entsteht aber dann, wenn derartige freiwillige Kostenregelungen – aus welchen Gründen auch immer – scheitern.

Vgl. *Dombert*, BauR 1999, S. 588, 589; zur Problematik eines „nachträglichen“ Fremdanliegers vgl. BVerwG, U. v. 16.05.2000 - 4 C 4.99 -, NVwZ 2000, S. 1285.

Ansprüche des Erschließungsträgers gegen den Fremdanlieger auf einen anteiligen Ersatz der Erschließungskosten bestehen weder aus Geschäftsführung ohne Auftrag noch aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Vgl. BGH, U. v. 08.11.1973 - VII ZR 246/72 -, NJW 1974, S. 96; OVG Saarland, U. v. 07.11.1988 - 1 R 322/87 -, DÖV 1989, S. 861; BVerwG, U. v. 22.03.1996 - 8 C 17.94 -, NVwZ 1996, S. 794, 795.

Fehlt in dem Erschließungsvertrag eine sogenannte Fremdanliegerklausel, kann die Gemeinde die Fremdanlieger nicht zu Erschließungsbeiträgen heranziehen, da ihr kein anderweitig nicht gedeckter Aufwand i.S.v. § 129 Abs. 1 S. 1 BauGB entstanden ist. Die Gemeinde ist auch nicht ermächtigt, dem Erschließungsträger abweichend von den Regelungen des Erschließungsvertrages den auf die Fremdanlieger entfallenden Kostenanteil *nachträglich* zu erstatten. Dies ergibt sich daraus, daß nach vollständiger Erfüllung des Erschließungsvertrages durch den Erschließungsunternehmer endgültig feststeht, daß ihr kein beitragsfähiger Aufwand entstanden ist.

Vgl. BVerwG, U. v. 18.09.1981 - 8 C 21.81 -, DVBl. 1982, S. 79; *Quaas*, BauR 1999, S. 1113, 1122; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 55.

Für die Fremdanliegerproblematik gibt es zwei **Lösungsmöglichkeiten**:

- Der rechnerisch auf die Fremdanliegergrundstücke entfallende Erschließungskostenanteil wird von dem Erschließungsträger, den anderen Grundstückseigentümern im Erschließungsgebiet oder der Gemeinde übernommen oder
- zwischen Gemeinde und Erschließungsträger wird eine Vertragsgestaltung gewählt, die geeignet ist, einen beitragsfähigen Erschließungsaufwand der Gemeinde zu begründen, um ihr dadurch die Möglichkeit zu eröffnen, den Fremdanlieger durch eine Veranlagung zu einem Erschließungsbeitrag an den für die Erschließung entstehenden Kosten zu beteiligen (sog. Fremdanliegerklausel).

KAG-Beiträge kann die Gemeinde dagegen von den Eigentümern der Fremdanliegergrundstücke in beiden Fällen erheben, obwohl ihr für die Teile der Wasserversorgungs- und Abwassereinrichtungen im Erschließungsgebiet kein anderweitig nicht gedeckter Aufwand entstanden ist.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 158 f.

Ob die **Übernahme der rechnerisch auf die Fremdanliegergrundstücke entfallenden Erschließungskosten durch den Erschließungsträger oder die anderen Grundstückseigentümer** im Erschließungsgebiet die Grenze der Angemessenheit oder des sachlichen Zusammenhangs i.S.v. § 124 Abs. 3 S. 1 BauGB überschreitet, ist in erster Linie eine Frage der Höhe des jeweiligen Erschließungsvorteils. Je größer die Zahl der Fremdanliegergrundstücke im Erschließungsgebiet ist, desto höher muß der Erschließungsvorteil desjenigen zu veranschlagen sein, der bereit ist, die Erschließungskostenanteile der Fremdanlieger zu tragen.

Vgl. *Döring*, NVwZ 1994, S. 853, 854; *Reif*, BWGZ 1994, S. 200, 209; einen weiten Angemessenheitsbegriff legen offenbar zugrunde OVG Saarland, U. v. 07.11.1988 - 1 R 322/87 -, DÖV 1989, S. 861 sowie *Stüer*, DVBl. 1995, S. 649, 652.

Das Gebot der Angemessenheit steht einer vollständigen Kostenübernahme durch den Erschließungsträger allerdings dann nicht entgegen, wenn dieser bewußt das Risiko eines internen Ausgleichs mit den Fremdanliegern übernimmt. Gleiches gilt, wenn die Fremdanliegergrundstücke bereits anderweitig erschlos-

sen sind und durch die herzustellenden Erschließungsanlagen ausschließlich eine Zweitterschließung erhalten.

Vgl. *Döring*, NVwZ 1994, S. 853, 854; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 159.

Abb.: Fremdanlieger

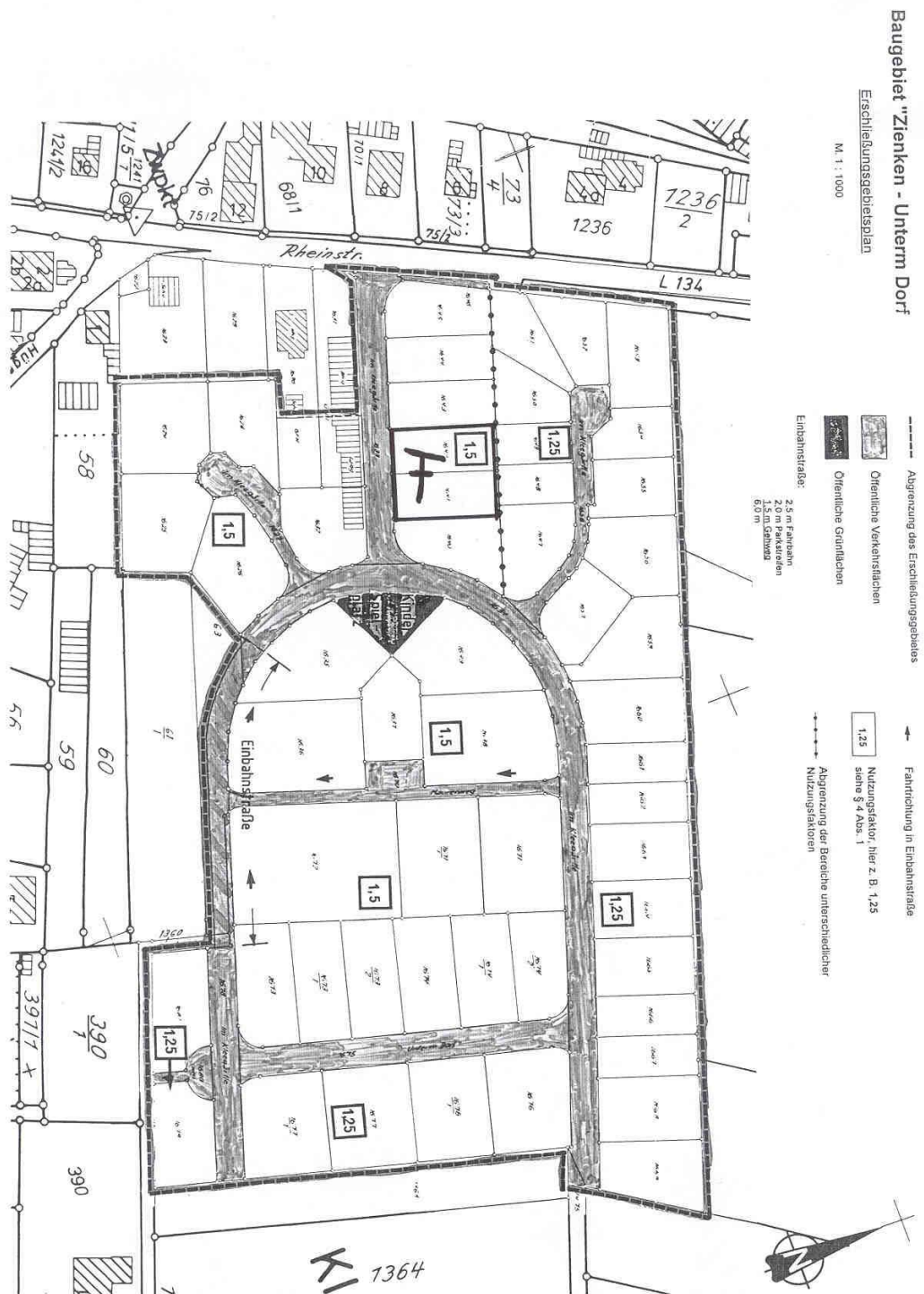
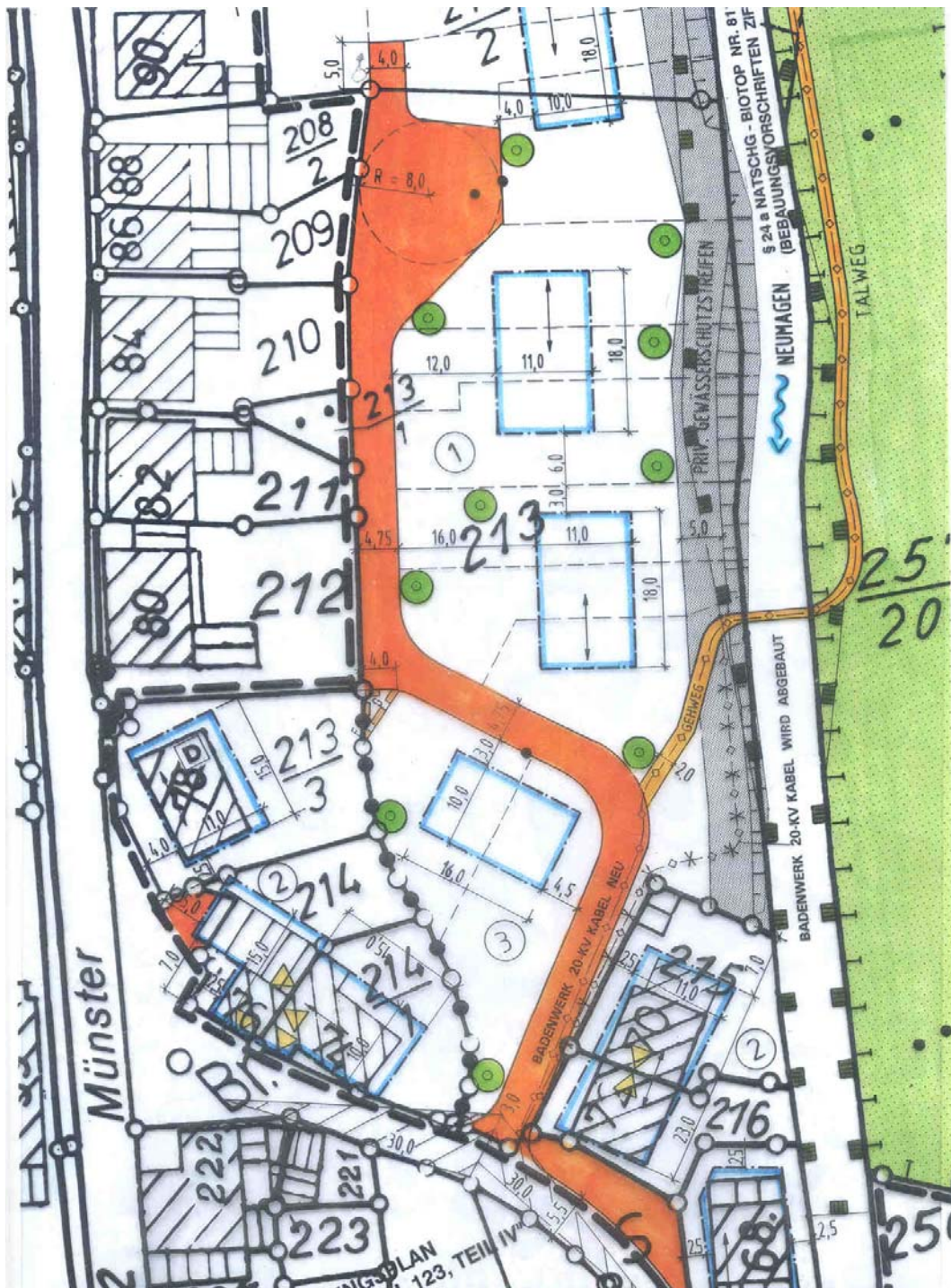


Abb.: Fremdanlieger, die eine Zweiterschließung erhalten



Die unbefriedigende Folge dieses Modells, das die Fremdanlieger quasi als „Trittbrettfahrer“ kostenlos einen Erschließungsvorteil erhalten, läßt sich durch eine **Fremdanliegerklausel** vermeiden. Diese beruht auf folgender Vertragskonstruktion: Der Erschließungsträger schließt im Rahmen des Erschließungsvertrages mit der Gemeinde einen gesonderten Werkvertrag für die rechtlich selbständige Erschließungsanlage ab, durch die die Fremdanlieger erschlossen werden. Bereits mit Abschluß des Werkvertrages entsteht der Gemeinde ein beitragsfähiger Erschließungsaufwand, auch wenn dieser erst aktualisiert wird, wenn der Erschließungsträger der Gemeinde den Werklohn in Rechnung stellt.

Vgl. BVerwG, U. v. 22.03.1996 - 8 C 17.94 -, NVwZ 1996, S. 794.

Diese Vertragskonstruktion ermöglicht es der Gemeinde, den beitragsfähigen Erschließungsaufwand beitragsrechtlich korrekt nach § 131 Abs. 1 S. 1 BauGB auf *alle* durch die von der hergestellten Erschließungsanlage erschlossenen Grundstücke zu verteilen und vor allem die Eigentümer der Fremdanliegergrundstücke wie bei einer Erschließung in ihrer eigenen Regie zu einem Erschließungsbeitrag in gesetzlich maximal zulässiger Höhe heranzuziehen.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 159; Langenfeld, BWNotZ 1997, S. 73, 76; BVerwG, U. v. 22.03.1996 - 8 C 17.14 -, NVwZ 1996, S. 794.

Dieses Ergebnis ließe sich nicht erreichen, wenn die vertragliche Verpflichtung der Gemeinde auf die Erstattung ausschließlich der den Grundstücken der Fremdanlieger zuzuordnenden Erschließungskosten beschränkt würde. Nach der gesetzlichen Verteilungsregelung des § 131 Abs. 1 S. 1 BauGB wäre dieser Betrag nämlich auf alle von der hergestellten Anlage erschlossenen Grundstücke zu verteilen. Dies hätte zur Folge, daß den Fremdanliegern nur ein Bruchteil dieser Kosten auferlegt werden könnte.

Vgl. BVerwG, U. v. 22.03.1996 - C 17.94 -, NVwZ 1996, S. 794.

Im Rahmen des Erschließungsvertrages werden zweckmäßigerweise zugleich **Einzelheiten über die Abwicklung der** dem Erschließungsträger gegen die Gemeinde zustehenden **Werklohnforderung** geregelt. Hierzu kann vereinbart werden, daß der Erschließungsbeitrag für die erschlossenen Grundstücke des Erschließungsträgers nach § 133 Abs. 3 S. 5 BauGB abgelöst und der Ablösungsbetrag auf die im übrigen bestehende Werklohnforderung angerechnet wird.

Vgl. BVerwG, U. v. 22.03.1996 - 8 C 17.94 -, NVwZ 1996, S. 794.

Hinsichtlich der restlichen Werklohnforderung des Erschließungsträgers gegen die Gemeinde kann vereinbart werden, daß die Fälligkeit eintritt, nachdem die Fremdanlieger ihre Erschließungsbeiträge gezahlt haben.

Vgl. BVerwG, U. v. 22.03.1996 - C 17.94 -, NVwZ 1996, S. 794.

Das gleiche Ergebnis läßt sich auch über den Abschluß eines Vorfinanzierungsvertrages anstelle eines Werkvertrages erreichen.

Vgl. *Quaas*, BauR 1999, S. 1113, 1122; *Rodrega*, NVwZ 1997, S. 633; *Dombert*, BauR 1999, S. 588, 592.

Die genannte Konstruktion führt dazu, daß der von der Gemeinde zu zahlende Werklohn den gesamten beitragsfähigen Erschließungsaufwand umfaßt, obwohl sie diesen Aufwand nach den Vorschriften des Erschließungsbeitragsrechts nur in Höhe des umlagefähigen Erschließungsaufwands auf Erschließungsträger und Fremdanlieger abwälzen kann. Das bedeutet: Der Gemeindeanteil in Höhe von 10 % des beitragsfähigen Aufwands verbleibt nach § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB bei ihr.

Im Hinblick auf die Regelung des § 124 Abs. 2 Sätze 2 und 3 BauGB bestehen aber keine Bedenken, daß sich der Erschließungsträger in einer weiteren, von der Kostenvereinbarung getrennten Abrede im Rahmen des Erschließungsvertrages verpflichtet, den nach einer erschließungsbeitragsrechtlichen Abrechnung bei der Gemeinde verbleibenden Anteil zu übernehmen.

Vgl. *Quaas*, BauR 1999, S. 1113, 1123; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 29; anderer Ansicht *Rodrega*, NVwZ 1997, S. 633, 635.

Die beschriebene Vertragskonstruktion und deren Abwicklung erfordert allerdings einen hohen Verwaltungsaufwand. *Quaas* weist zu Recht darauf hin, daß die Gemeinde zur Ermittlung der auf die Fremdanliegergrundstücke entfallenden Beiträge wie bei einer von ihr selbst durchgeführten Erschließung eine umfassende Beitragserhebung anstellen muß. Hierzu gehört die Ermittlung der beitragsfähigen Aufwendungen und der gesamten Verteilungsfläche einschließlich der Grundstücke des Erschließungsträgers und ihrer eigenen.

Vgl. *Quaas*, BauR 1999, S. 1113, 1122 f.

Aufgrund des hohen Verwaltungsaufwands dieser Konstruktion wird in der Praxis die erste Lösungsmöglichkeit einer Kostenübernahme durch den Erschließungsträger oder die anderen Eigentümer nicht selten als geringeres Übel angesehen, vor allem wenn es sich nur um einzelne, kleine Fremdanliegergrundstücke handelt.

12. Umsatzsteuerrechtliche Optimierung

Zur Vermeidung der doppelten Umsatzsteuer bei Erschließungsverträgen mit einem sogenannten „grundbesitzlosen Erschließungsträger“ kommen nach dem Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 31.05.2002 (IV B 7 S 7100-167/02) folgende zwei Modelle in Betracht:

- Im sogenannten „**Doppelverpflichtungsmodell**“ als neue Form des öffentlich-rechtlichen Erschließungsvertrages nach § 124 BauGB verpflichtet sich der Erschließungsträger gegenüber der Gemeinde zur Herstellung und Übertragung der Erschließungsanlagen (Verpflichtung 1). Daneben verpflichten sich die Grundstückseigentümer gegenüber der Gemeinde zur Übernahme der durch die Erschließung entstehenden Kosten (Verpflichtung 2).

Zivilrechtliche Leistungsvereinbarungen zwischen Erschließungsträger und den Grundstückseigentümern bestehen dabei nicht. Zur Erfüllung des Vergütungsanspruchs des Erschließungsträgers tritt die Gemeinde die ihr aus der Verpflichtung 2 bestehenden Kostenerstattungsansprüche gegen die Grundstückseigentümer an den Erschließungsträger ab. Dieser macht seine daraus erwachsenden Vergütungsansprüche durch Abrechnung mit den Grundstückseigentümern (ohne gesonderten Ausweis der Umsatzsteuer) geltend.

- Bei dem sogenannten „**Kostenträgungsmodell**“ verpflichtet sich der Erschließungsträger nach § 124 BauGB gegenüber der Gemeinde ebenfalls zur Herstellung und Übertragung der Erschließungsanlagen. Daneben verpflichten sich die Grundstückseigentümer gegenüber dem Erschließungsträger durch privatrechtlichen Vertrag zur anteiligen Übernahme der durch die Erschließung entstehenden Kosten. Hierbei handelt es sich um eine einseitige Verpflichtung der Grundstückseigentümer. Ein zivilrechtliches Leistungsaustauschverhältnis zwischen Erschließungsträger und Grundstückseigentümer wird hierdurch nicht begründet. Daher kann der Erschließungsträger mit den Grundstückseigentümern ohne gesonderten Ausweis der Umsatzsteuer abrechnen.

Vgl. Bundesministerium der Finanzen, Schreiben vom 31.05.2002 - IV B 7-S 7100-167/02 -.

Dagegen rechnet der Erschließungsträger mit den Grundstückseigentümern beim sogenannten „**Direktträgungsmodell**“ mit gesondertem Ausweis der Umsatzsteuer ab. Da sich der Erschließungsträger bei diesem Modell durch privatrechtliche Verträge zusätzlich gegenüber den Grundstückseigentümern zur Erschließung verpflichtet, entsteht zwischen Erschließungsträger und Grundstückseigentümern - anders als in den beiden vorgenannten Modellen - ein Leistungsaustauschverhältnis.

Vgl. Bundesministerium der Finanzen, Schreiben vom 31.05.2002 - IV B 7-S 7100-167/02 -.

V. Der Durchführungsvertrag zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan gemäß § 12 BauGB

1. Die „Klammerfunktion“ des Durchführungsvertrages

Der in § 12 BauGB geregelte vorhabenbezogene Bebauungsplan dient der Schaffung des Baurechts für ein konkretes Vorhaben. Der vorhabenbezogene Bebauungsplan gilt als Vorzeigeeinstrument einer kooperativen Planung i.S. einer „public-private-partnership“. Das Ergebnis eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans ließe ich zwar in der Regel genauso gut durch einen „normalen“ Bebauungsplan in Verbindung mit städtebaulichen Verträgen erreichen. Auch unter Beschleunigungsaspekten bringt der vorhabenbezogene Bebauungsplan in der Regel keinen Zeitvorteil gegenüber der Vorgriffsgenehmigung des § 33 Abs. 2 BauGB. Außerdem kann die Vollzugsorientierung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans sogar zu zusätzlichen abwägungsrelevanten bzw. verwaltungsaufwendigen Problemen führen. Gleichwohl wurde das Institut des vorhabenbezogenen Bebauungsplans in das Dauerrecht des § 12 BauGB übernommen. Den tragenden Vorteil hierfür sah die Begründung zum Gesetzesentwurf in der aus dem Vorhabenbezug folgenden Reduzierung des Abwägungsmaterials (ohne Reduzierung der Abwägungsanforderungen) und der vollzugsorientierte Klarstellung der Mitverantwortung des Vorhabenträgers.

Vgl. BT-Drucks. 13/6392, S. 51; Bericht der Expertenkommission zur Novellierung des BauGB, 1994, Rdnrn. 154 bis 156.

Vor allem aber erlaubt der vorhabenbezogene Bebauungsplan gegenüber dem „normalen“ Bebauungsplan eine deutlich präzisere planerische Feinsteuerung, da die Gemeinde bei der Festsetzung des Vorhabens nicht strikt an die Baugebietstypen der §§ 2 ff. BauNVO gebunden ist.

Vgl. *Burmeister*, VBIBW 2002, S. 245, 251.

Der **vorhabenbezogene Bebauungsplan** ist eine „**Paketlösung**“ aus drei Teilen:

- dem Vorhaben- und Erschließungsplan des Investors,
- der gemeindlichen Satzung über den vorhabenbezogenen Bebauungsplan und
- dem zwischen Vorhabenträger und Gemeinde abzuschließenden Durchführungsvertrag.

Das Schrifttum zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan ist umfangreich und kaum noch übersehbar; vgl. neben den Standardkommentierungen u.a. *Busse/Grziwotz*, VEP-Der Vorhaben- und Er-

schließungsplan, 1. Aufl. 1999; *Meißner/Horstkotte*, Vertragsgestaltung beim vorhabenbezogenen Bebauungsplan, RWS-Vertragsmuster 25, 2000; *Schliepkorte*, Der Vorhaben- und Erschließungsplan - Die rechtlichen Grundlagen für Praktiker, 3. Aufl. 2001; *Uechtritz*, Vorhabenbezogener Bebauungsplan - Hinweise für die Praxis, in: *Tothe/Uechtritz/Wochner* (Hrsg.), RWS-Forum 19, ImmobilienR 2000, S. 29 ff.; *Reidt*, LKV 2000, S. 417; ders., BauR 1998, S. 909; *Menke*, NVwZ 1998, S. 577; *Erbguth*, VerwArch. 89 (1998), S. 189; *Turiaux*, NJW 1999, S. 391; *Wirth*, BauR 1999, S. 130; *Dolde/Menke*, NJW 1999, S. 1070, 1082; *Thurow*, UPR 2000, S. 16; *Dolderer*, UPR 2001, S. 41; *Fischer*, DVBl. 2001, S. 258; *Antweiler*, BauR 2002, S. 348; *Burmeister*, VBIBW 2002, S. 245.

Der Durchführungsvertrag bildet gewissermaßen die „Klammer“ zwischen dem Vorhaben- und Erschließungsplan und der Satzung über den vorhabenbezogenen Bebauungsplan. Der vorhabenbezogene Bebauungsplan ist ohne Durchführungsvertrag grundsätzlich nichtig, obwohl er anders als der Vorhaben- und Erschließungsplan nicht Bestandteil der Satzung über den vorhabenbezogenen Bebauungsplan ist.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, NK-U. v. 14.11.2002 - 5 S 1635/00 -, BauR 2003, S. 504.

Als Folge der Klammerfunktion des Durchführungsvertrages verlangt dessen Legaldefinition in § 12 Abs. 1 BauGB einen bestimmten Mindestinhalt. Fehlt er, schlägt dieser Fehler auf den vorhabenbezogenen Bebauungsplan durch und macht ihn nichtig.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 26 m.w.N.

2. Inhalt des Durchführungsvertrages

Bei dem Inhalt des Durchführungsvertrages ist zwischen dem gesetzlich verlangten Mindestinhalt und den sonstigen Regelungen zu unterscheiden. Zum **Mindestinhalt eines Durchführungsvertrages** gehört zumindest eine Verpflichtung des Vorhabenträgers zur Realisierung des Vorhabens innerhalb einer bestimmten Frist sowie zur wenigstens teilweisen Tragung der Kosten für die Planung. Verpflichtungen des Vorhabenträgers zur Durchführung der Erschließung innerhalb einer bestimmten Frist sowie zur vollständigen oder teilweisen Übernahme der Erschließungskosten zählen dagegen nur dann zum vorgeschriebenen Mindestinhalt, wenn Erschließungsmaßnahmen tatsächlich erforderlich sind.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnrn. 26, 28; vgl. auch OVG Münster, U. v. 16.10.1997 - 11 a D 116/96.NE, NVwZ-RR 1998, S. 632, 633.

a) Verpflichtung zur Realisierung des Vorhabens innerhalb einer bestimmten Frist

Der Vorhabenträger muß sich in dem Durchführungsvertrag zwingend zur Realisierung des Vorhabens innerhalb einer bestimmten Frist verpflichten. Darin besteht der wesentliche Unterschied des vorhabenbezogenen Bebauungsplans zu einem „normalen“ Bebauungsplan (auch i.V.m. städtebaulichen Verträgen).

Vgl. nur *Turiaux*, NJW 1999, S. 391, 392; *Burmeister*, VBIBW 2002, S. 245; zu einem Ausnahmefall vgl. OVG Koblenz, U. v. 30.08.2001 - 1 C 11768/00 -, UPR 2002, S. 39: Verzicht auf Fristbestimmung bei bereits verwirklichtem Vorhaben.

aa) Vorhaben

Vorhaben i.S.d. § 12 Abs. 1 BauGB können sich auf Neubauvorhaben, Um- oder Ausbauten sowie auf Nutzungsänderungen beziehen.

Vgl. *Reidt*, BauR 1998, S. 909, 912 f. nach dessen Auffassung der Vorhabenbegriff des § 12 Abs. 1 BauGB weiter ist als derjenige des § 29 i.V.m. § 30 Abs. 2 BauGB; ebenso OVG Münster, U. v. 16.10.1997 - 11 a D 116/96 NE -, NVwZ-RR 1998, S. 632, 633.

Wie die Verwendung des Plurals „Vorhaben“ in § 12 Abs. 1 BauGB zeigt, ist der Vorhaben- und Erschließungsplan nicht auf ein einzelnes Vorhaben beschränkt. Möglich ist ebenso die gemeinsame Errichtung mehrerer Bauvorhaben, z.B. mehrerer Wohnhäuser oder einer Tankstelle mit Hotel.

Vgl. *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 12 Rdnrn. 48, 51; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 20; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 274.

Auch bei mehreren Vorhaben, für die in einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan Baurecht geschaffen werden soll, kommt allerdings nur *ein* Vorhabenträger in Betracht, wobei sich mehrere Projektträger z.B. in Form einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zusammenschließen können.

Vgl. hierzu im einzelnen *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 12 Rdnrn. 56 ff.

Reine Erschließungsmaßnahmen genügen dagegen für ein Vorhaben i.S.v. § 12 Abs. 1 BauGB nicht.

Vgl. nur *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 20; *Müller*, BauR 1996, S. 491, 493.

Vor allem stellt sich die Frage nach dem notwendigen **Konkretisierungsgrad des Vorhabens** i.S.v. § 12 Abs. 1 BauGB. Hierzu ist die konkrete Beschreibung des Projekts nach *Art und Maß der baulichen Nutzung* ausreichend, aber auch erforderlich.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, B. v. 25.11.1996 - 8 S 1151/96 -, NVwZ 1997, S. 699, 700.

Außerhalb von Art und Maß der baulichen Nutzung kann die Regelungsdichte eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans danach geringer sein als die eines qualifizierten Bebauungsplans. Umgekehrt sind die Konkretisierungsanforderungen für Art und Maß der baulichen Nutzung jedoch höher als bei einem „normalen“ Bebauungsplan. Dies ergibt sich aus dem erforderlichen konkreten Projektbezug, der voraussetzt, daß die Identität des Vorhabens hinreichend bestimmt ist.

Vgl. OVG Magdeburg, U. v. 29.06.1993 - K 6/92 -, LKV 1994, S. 220; OVG Bautzen, U. v. 08.12.1993 - 1 S 81/93 -, LKV 1995, S. 84.

Daran fehlt es hinsichtlich der **Art der baulichen Nutzung**, wenn in dem vorhabenbezogenen Bebauungsplan lediglich ein Baugebietstyp im Sinne der §§ 2 ff. BauNVO festgesetzt wird.

Vgl. *Uechtritz*, Vorhabenbezogener Bebauungsplan - Hinweise für die Praxis, in: *Tothe/Uechtritz/Wochner* (Hrsg.), RWS-Forum 19, ImmobilienR 2000, S. 29, 37; *Reidt*, LKV 2000, S. 417, 418; *Busse/Grziwotz*, VEP-Der Vorhaben- und Erschließungsplan, Rdnr. 377; ähnlich auch OVG Münster, U. v. 16.10.1997 - 11 a D 116/96.NE -, NVwZ-RR 1998, S. 632, wonach die Festsetzungen eines Baugebiets nach der BauNVO „in der Regel“ nicht ausreichend sind; anderer Ansicht Birk, NVwZ 1995, S. 625, 630.

Das bedeutet allerdings nicht, daß die Beschreibung des Vorhabens den Konkretisierungsgrad eines Baugesuchs erreichen muß.

Vgl. *Uechtritz*, Vorhabenbezogener Bebauungsplan - Hinweise für die Praxis, in: *Tothe/Uechtritz/Wochner* (Hrsg.) RWS-Forum 19, ImmobilienR 2000, S. 29, 38.

In geringem Umfang können in das Vorhaben auch *einzelne Angebots- und Vorratselemente* aufgenommen werden, um eine gewisse Flexibilität bei seiner Verwirklichung zu ermöglichen. Außerdem braucht die Durchführungsverpflichtung nicht in vollem Umfang vollstreckungsfähig zu sein, da das Vorhaben sonst unverhältnismäßig genau konkretisiert werden müßte.

Vgl. Bericht der Expertenkommission zur Novellierung des BauGB, 1995, Rdnr. 162.

Die Frage nach dem notwendigen Konkretisierungsgrad des Vorhabens hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung stellt sich insbesondere bei Errichtung eines **Einkaufszentrums**. Ein solches Vorhaben kann auch durch die Verwendung von **Rahmenvorgaben** hinreichend konkretisiert werden. Zu den erforderlichen Rahmenvorgaben eines Einkaufszentrums gehören vor allem die Angabe der zulässigen Gesamtverkaufsfläche, eine Positiv- oder Negativliste über die insgesamt zulässigen Sortimente sowie die Festlegung, in welchem Umfang Randsortimente zulässig sind. Innerhalb des so gesteckten Rahmens ist der konkrete „Nutzungsmix“ von Büro-, Geschäfts- und Einzelhandelsnutzung einer Flexibilität zugänglich. Das gleiche gilt für die einzelnen Sortimente im Rahmen der festgelegten zulässigen Einzelhandelsnutzung. Es ist deshalb nicht erforderlich, die zulässige Nutzung in den einzelnen vorgesehenen Ladeneinheiten jeweils ausschließlich auf eine Branche zu beschränken (z.B Shop 1 Schuhmarkt, Shop 2 Sportartikel, Shop 3 Bäckerei, Shop 4 Tabakwaren etc.).

Vgl. *Burmeister*, VBIBW 2002, S. 245, 247.

Anderenfalls wäre in der Regel spätestens nach dem ersten Mieterwechsel eine Änderung der Satzung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans und des Durchführungsvertrages erforderlich. Ferner wird die Vorhabenträger die Ladenflächen häufig erst nach Abschluß des Durchführungsvertrages vermieten. Gerade bei umfangreichen und komplexen Vorhaben mit einer langen Projektlaufzeit muß er in der Lage sein, die Nutzungen einer geänderten Nachfrage und entsprechenden Änderungswünschen der künftigen Betreiber anzupassen.

Außerdem muß das **Maß der baulichen Nutzung** für das Vorhaben festgelegt werden.

Vgl. BVerwG, U. v. 06.06.2002 - 4 CN 4.01 -, BauR 2002, S. 1655: keine strikte Bindung an § 17 BauNVO.

Der Umfang der Durchführungsverpflichtung kann hinreichend konkret bestimmt sein, wenn hierzu Höchst- und Mindestmaße i.S.v. § 16 Abs. 4 BauNVO festge-

setzt werden. Das dürfte in der Regel der Fall sein, wenn bestimmt wird, daß die Geschosßflächenzahl (GFZ) des Vorhabens zwischen 0,6 und 0,8 liegen muß. Je größer die zulässige „Spannbreite“ festgelegt wird, desto eher besteht die Gefahr, daß das Vorhaben nicht mehr den erforderlichen Konkretisierungsgrad erreicht.

Vgl. *Busse/Grziwotz*, VEP-Der Vorhaben- und Erschließungsplan, Rdnr. 150.

Die Durchführungsverpflichtung des § 12 Abs. 1 BauGB bezieht sich auf das **gesamte** Vorhaben. Sie darf sich nicht lediglich auf einen Teil des Vorhabens beschränken.

Vgl. OVG Bautzen, U. v. 8.12.1993 - 1 S 81/93 -, LKV 1995, S. 84; *Busse/Grziwotz*, VEP-Der Vorhaben- und Erschließungsplan, Rdnr. 93, 156.

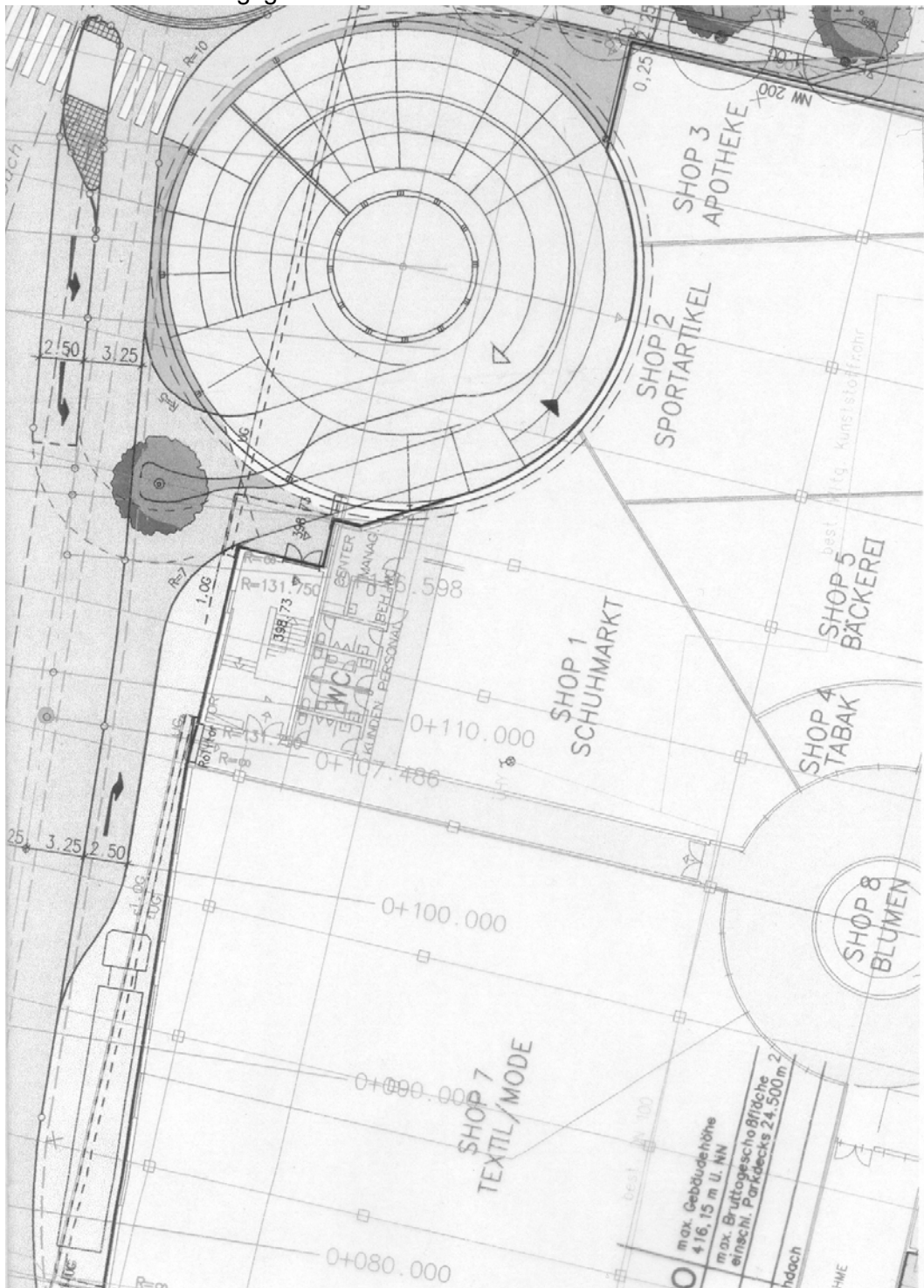
Die Verpflichtung zur Realisierung des gesamten Vorhabens bzw. der gesamten Vorhaben kann nicht dadurch umgangen werden, daß einzelne Vorhaben oder wesentliche Teile eines Vorhabens aus dem Vorhaben- und Erschließungsplan ausgelagert und im vorhabenbezogenen Bebauungsplan nach § 12 Abs. 4 BauGB als (Bau-)Flächen im Sinne einer reinen Angebotsplanung festgesetzt werden. § 12 Abs. 4 BauGB ermöglicht zwar die Festsetzung einzelner Erweiterungs- oder Reservebauflächen. Ihr Umfang muß jedoch deutlich kleiner sein, als der des zu realisierenden Vorhabens.

Vgl. *Reidt*, BauR 1998, S. 909, 911; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 55; *Burmeister*, VBIBW 2002, S. 245, 248.

Die Durchführungsverpflichtung muß sich nur auf die **Errichtung** des Vorhabens beziehen. Das Vorhaben ist „durchgeführt“, wenn es baulich realisiert ist. Eine Nutzungs- oder Betriebspflicht braucht deshalb nicht vereinbart zu werden.

Vgl. *Busse/Grziwotz*, VEP-Der Vorhaben- und Erschließungsplan, Rdnr. 154, 270; VGH Baden-Württemberg, B. v. 11.11.1996 - 5 S 2595/96 -, BauR 1997, S. 271; vgl. auch OVG Münster, U. v. 06.04.2001 - 7 a D 143/00 NE -: die Verpflichtung, innerhalb einer bestimmten Frist einen Bauantrag zu stellen, genügt nicht als Durchführungsverpflichtung.

Abb.: Konkretisierungsgrad des Vorhabens



bb) Realisierungsfrist

Darüber hinaus muß in dem Durchführungsvertrag nach § 12 Abs. 1 S. 1 BauGB eine bestimmte Frist für die Durchführung des Vorhabens vereinbart werden. Das Fristende muß nicht datumsmäßig bestimmt sein, die Bestimmbarkeit genügt (z.B. drei Jahre nach Bestandskraft der Baugenehmigung).

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12, Rdnr. 27 m.w.N.

Die Realisierungsfrist kann **für einzelne**, genau zu bestimmende **Bauabschnitte gestaffelt** festgelegt werden. Die maximale Dauer der Durchführungsfrist ist gesetzlich nicht vorgegeben. Bei der Bemessung der Frist zu berücksichtigen sind Umfang und Komplexität des Projekts, die voraussichtlich benötigte Zeit bis zur Erteilung der Baugenehmigung, zur Entscheidung über die Finanzierung des Vorhabens und zum Abschluß von Verträgen mit künftigen Erwerbbern oder Betreibern sowie die geschätzte Dauer der Bauzeit unter Einbeziehung möglicher witterungsbedingter und sonstiger Verzögerung. Hierfür kann ein ausreichender Sicherheitszuschlag einkalkuliert werden. Der Spielraum ist erst dann überschritten, wenn das Fristende so weit in die Zukunft hinausgeschoben ist, daß eine Realisierungspflicht faktisch nicht mehr besteht.

Vgl. *Busse/Grziwotz*, VEP-Der Vorhaben- und Erschließungsplan, Rdnr. 157; *Uechtritz*, vgl. *Uechtritz*, Vorhabenbezogener Bebauungsplan - Hinweise für die Praxis, in: *Tothe/Uechtritz/Wochner* (Hrsg.) RWS-Forum 19, ImmobilienR 2000, S. 29, 40, *Burmeister*, VBIBW 2002, S. 245, 248.

Eine **Verlängerung der Durchführungsfrist mit Zustimmung der Gemeinde** ist **möglich**. Eine solche einseitige Verlängerungsmöglichkeit verstößt nicht gegen § 12 Abs. 1 S. 1 BauGB, da sie ausschließlich im Ermessen der Gemeinde liegt und von dem Vorhabenträger nicht beeinflusst werden kann.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, B. v. 25.11.1996 - 8 S 1151/96 -, NVwZ 1997, S. 699, 701.

Die Verpflichtung zur Durchführung des Vorhabens innerhalb der Frist darf aber *nicht* unter eine von der Gemeinde nicht zu beeinflussende auflösende Bedingung gestellt werden. Danach ist es rechtlich unzulässig, die Realisierung weiterer Bauabschnitte von der erfolgreichen Vermarktung oder Rentabilität des im ersten Bauabschnitt erstellten Teilvorhabens abhängig zu machen.

Vgl. OVG Bautzen, U. v. 14.07.1994 - 1 S 142/93 -, NVwZ 1995, S. 181, 182.

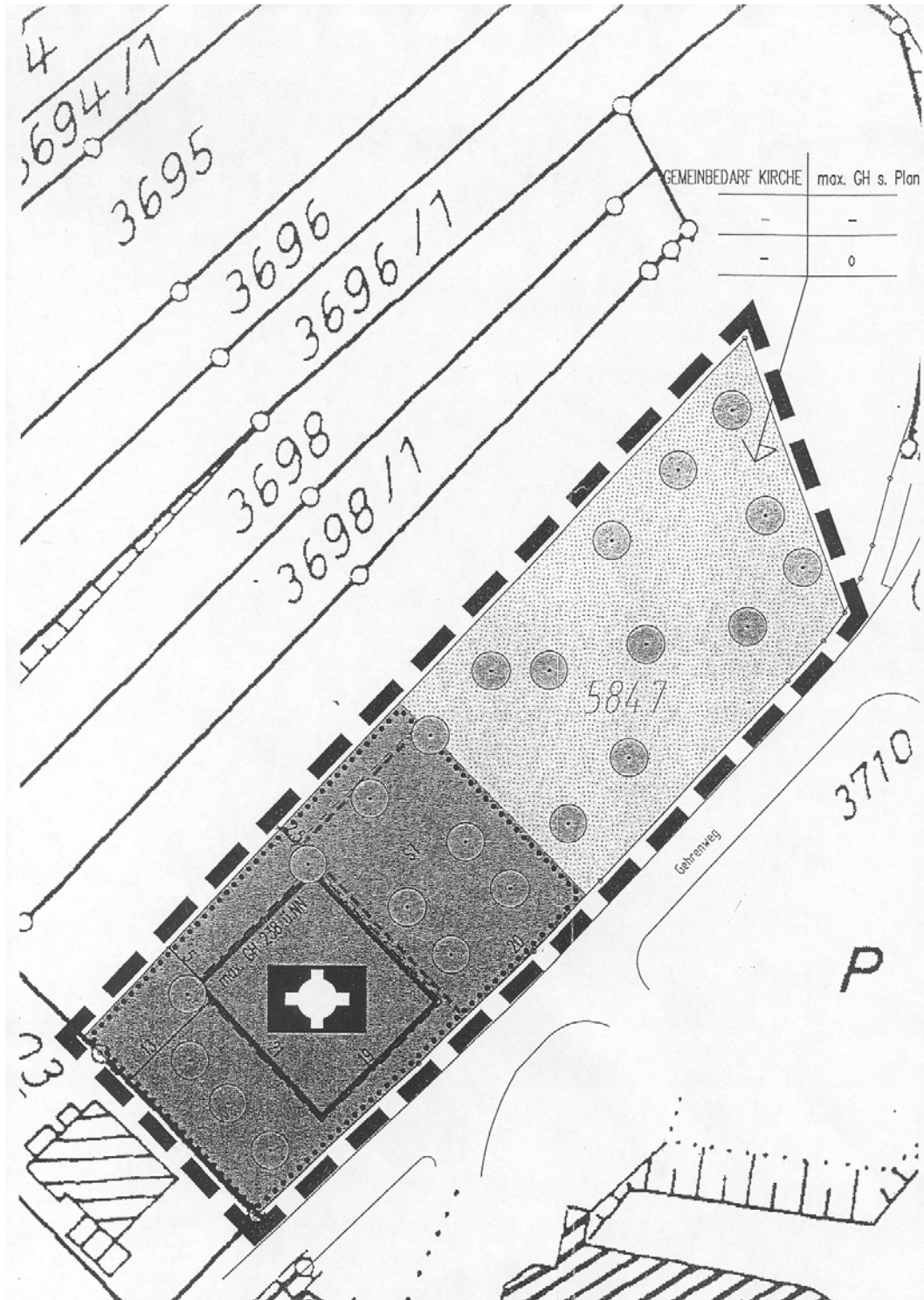
b) Verpflichtung zur Durchführung der Erschließung innerhalb einer bestimmten Frist

In der Regel muß sich der Vorhabenträger in dem Durchführungsvertrag ebenfalls verpflichten, die für das Vorhaben erforderlichen Erschließungsanlagen innerhalb einer bestimmten Frist herzustellen. Für die konkrete Ausgestaltung der einzelnen Regelungen kann auf die Ausführungen zum Erschließungsvertrag verwiesen werden. Im Unterschied zum Erschließungsvertrag, dem eine baugebietsbezogene Erschließung zugrundeliegt, beschränkt sich die Herstellungsverpflichtung allerdings auf die grundstücksbezogene Erschließung des vorgesehenen einzelnen Vorhabens im Sinne einer gesicherten Erschließung gemäß § 30 Abs. 2 BauGB.

Die Realisierung von Erschließungsmaßnahmen durch den Erschließungsträger gehört jedoch nicht zum Mindestinhalt des Durchführungsvertrages. Eine Realisierungspflicht scheidet insbesondere aus, **wenn** zur Herbeiführung der Zulässigkeit des Vorhabens **keine Erschließungsmaßnahmen erforderlich sind**, da die zu bebauenden Grundstücke bereits voll erschlossen sind. Auch wenn das Gesetz von einem Vorhaben- *und* Erschließungsplan spricht, würde es zu einer unverhältnismäßigen Einengung des Anwendungsbereichs des § 12 BauGB führen, wenn die Gemeinde von dem Instrument des vorhabenbezogenen Bebauungsplans nur dann Gebrauch machen könnte, wenn zur Herbeiführung der Zulässigkeit eines Vorhabens *auch* die Durchführung von Erschließungsmaßnahmen erforderlich wäre.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, B. v. 25.11.1996 - 8 S 1151/96 -, NVwZ 1997, S. 699, 700; *Thurow*, UPR 2000, S. 16, 19; *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 12 Rdnr. 54; *Menke*, NVwZ 1998, S. 577, 578; anderer Ansicht *Bielenberg*, ZfBR 1996, S. 6, 7; nach OVG München, U. v. 06.04.2001 - z a D 143/00 NG -, sind Mängel des Durchführungsvertrages im ergänzenden Verfahren nach § 215 a BauGB heilbar.

Abb.: Vorhabenbezogener Bebauungsplan im Falle eines bereits vollständig erschlossenen Vorhabens



Obwohl der Vorhabenträger erforderliche Erschließungsmaßnahmen in der Regel selbst durchführen wird, ist es **nicht ausgeschlossen, daß die Gemeinde die Erschließung ganz oder teilweise** anstelle des Vorhabenträgers **selbst durchführt**. Die Übernahme von Erschließungsmaßnahmen durch den Vorhabenträger ist also keine Anwendungsvoraussetzung des Vorhaben- und Erschließungsplans.

Vgl. *Menke*, NVwZ 1998, S. 577, 578; *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 12 Rdnr. 55; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 28.

c) Verpflichtung, die Planungs- und Erschließungskosten ganz oder teilweise zu übernehmen

Zu den Mindestvereinbarungen des Durchführungsvertrages nach § 12 Abs. 1 S. 1 BauGB zählt ferner eine vollständige oder teilweise Übernahme der Planungs- und Erschließungskosten (einschließlich der Kosten für Ausgleichsmaßnahmen i.S.v. § 1 a Abs. 3 BauGB) durch den Vorhabenträger. Fallen keine Erschließungskosten oder Kosten für Ausgleichsmaßnahmen an, erledigt sich freilich eine hierauf bezogene Kostenübernahmeverpflichtung.

Die Kostenregelung im Durchführungsvertrag muß zu allen anfallenden Kosten für die Planung und für die Erschließung eine ausdrückliche Kostenverteilung vorsehen. So ist es unzureichend, wenn ein Durchführungsvertrag nur für die Planungskosten und die Kosten einzelner Erschließungsmaßnahmen Regelungen enthält, nicht aber für die übrigen Erschließungskosten.

Vg. OVG Bautzen, U. v. 14.07.1994 - 1 S 142/93 -, NVwZ 1995, S. 181, 182.

Wie Gemeinde und Vorhabenträger die Kosten untereinander aufteilen, ist dagegen grundsätzlich ihnen überlassen. Dem Gestaltungsspielraum der Vertragspartner sind allerdings nach zwei Seiten Grenzen gesetzt. Stets muß sich der Vorhabenträger überhaupt an den Planungs- und Erschließungskosten beteiligen. Zum anderen unterliegt der Durchführungsvertrag im wesentlichen den gleichen Zulässigkeitsgrenzen wie der Erschließungsvertrag, insbesondere auch dem Gebot der Angemessenheit nach § 124 Abs. 3 S. 1 BauGB. Eine vollständige Übernahme der Erschließungskosten durch den Vorhabenträger kann etwa dann unangemessen sein, wenn Erschließungsmaßnahmen in erheblichem Umfang auch der Erschließung anderer Vorhaben und Gebiete dienen.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 32; *Reidt*, BauR 1998, S. 909, 917; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 279, der allerdings betont, dem Vorhabenträger könnten die notwendigen Kosten der Erschließung

seines Vorhabens ohne Verstoß gegen das Gebot der Angemessenheit stets vollständig auferlegt werden, auch wenn dadurch Vorteile für Drittgrundstücke entstünden (ebd.).

Ob die Übernahme der rechnerisch auf etwaige Fremdanliegergrundstücke entfallenden Erschließungskosten durch den Vorhabenträger die Grenze der Angemessenheit oder des sachlichen Zusammenhangs überschreitet, dürfte nach dem gleichen Maßstab zu beurteilen sein wie bei der Fremdanliegerproblematik beim Erschließungsvertrag.

Innerhalb des so gesteckten Rahmens haben Gemeinde und Vorhabenträger einen Spielraum, wie sie die Planungs- und Erschließungskosten untereinander aufteilen.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 31; modifizierend *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB § 12 Rdnr. 101: Die Kostenbeteiligung der Gemeinde sei zwar nicht ausgeschlossen, bedürfe aber einer besonderen rechtlichen Rechtfertigung.

Danach kann die Gemeinde z.B. im Rahmen einer zulässigen Wirtschaftsförderung eine Eigenbeteiligung über den 10%igen Anteil des § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB hinaus übernehmen, um einem Betrieb die Standortentscheidung zu erleichtern.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 280 f.; zusätzlich ist allerdings darauf zu achten, daß die teilweise Übernahme der Erschließungskosten durch die Gemeinde die Voraussetzungen einer zulässigen kommunalen Wirtschaftsförderung nach den Vorschriften des kommunalen Wirtschaftsrechts erfüllt und keine wettbewerbswidrige Beihilfe nach EU-Recht darstellt.

Praxistip:

Will sich ein Vorhabenträger an den Erschließungskosten sogar nur in geringem Maße beteiligen, wie wenn er zu einem Erschließungsbeitrag und zu entsprechenden KAG-Beiträgen herangezogen würde, kann die Gemeinde ihm als Verhandlungsposition entgegenhalten, daß sie das Instrument des vorhabenbezogenen Bebauungsplans nicht gewählt hat, um sich schlechter zu stellen als bei einer konventionellen Baulandentwicklung und -erschließung.

d) Realisierungswille und -fähigkeit

Die Durchführungsverpflichtung setzt ferner voraus, daß der **Vorhabenträger zur Durchführung des Vorhabens bereit sowie objektiv und subjektiv innerhalb des vereinbarten Zeitraums in der Lage** ist. Das setzt in der Regel voraus, daß er Eigentümer der Flächen ist, auf die sich der Plan erstreckt. Ebenfalls ausreichend ist allerdings ein dingliches Anwartschaftsrecht, wie es der Käufer eines Grundstücks besitzt, zu dessen Gunsten im Grundbuch eine Auflassungsvormerkung eingetragen ist. Gleiches gilt für ein Erbbaurecht.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, B. v. 25.11.1996 - 8 S 1151/96 -, NVwZ 1997, S. 699, 701; VGH München, U. v. 24.07.2001 - 1 N 00.1574 -, NVwZ-RR 2002, S. 260, 262: Ausreichend ist eine qualifizierte Anwartschaft in Form einer grundbuchrechtlichen Sicherung auf Eigentumsübertragung; *Bielenberg*, ZfBR 1996, S. 6, 8; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 37; vgl. zur Grundstückssicherung auch *Burmeister* u.a., in: *Heuer/Schiller* (Hrsg.), Spezialimmobilien, 1998, S. 458 ff.

Für gewerbliche Vorhaben (z.B. einer Tankstelle) ist u.U. auch ein schuldrechtlicher Mietvertrag des Vorhabenträgers ausreichend.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 m.w.N.

Bezieht sich das Vorhaben auf ein gemeindeeigenes Grundstück, ist ein Nutzungsrecht des Vorhabenträgers im Zeitpunkt des Abschlusses des Durchführungsvertrages ausnahmsweise entbehrlich.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 37 m.w.N.

Ist der Vorhabenträger nicht mit dem künftigen Betreiber identisch, ist zur Planzielverwirklichung erforderlich, daß der Inhalt des Durchführungsvertrages mit dem Inhalt des zwischen Vorhabenträger und künftigem Betreiber abzuschließenden oder bereits abgeschlossenen Mietvertrages kompatibel ist.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, B. v. 11.11.1996 - 5 S 2595/96 -, BauR 1997, S. 271, 272.

Subjektiv ist der Vorhabenträger zur Realisierung des Vorhabens in der Lage, wenn er nachweist, das Vorhaben und seine Erschließung finanzieren zu können. Hierüber muß sich die Gemeinde grundsätzlich in gewissen Grenzen Gewißheit verschaffen.

Vgl. OVG Bautzen, U. v. 14.07.1994 - 1 S 142/93 - , NVwZ 1995, S. 181; vgl. aber auch VGH Baden-Württemberg, B. v. 11.11.1996 - 5 S 2595/96 -, BauR 1997, S. 271, 273 f.: Entbehrlichkeit einer Bonitätsprüfung, wenn keine Anhaltspunkte vorliegen, an der Bonität des Vorhabenträgers zu zweifeln (z.B. wenn dieser bereits zahlreiche Projekte ähnlicher Art erfolgreich verwirklicht hat).

Die Finanzierungsbestätigung einer Bank ist hierfür in der Regel ausreichend; die Beibringung einer Bankbürgschaft durch den Vorhabenträger ist dagegen nur bei besonderen Umständen angezeigt.

Vgl. OVG Bautzen, U. v. 14.07.1994 - 1 S 142/93 - , NVwZ 1995, S. 181; Müller, BauR 1996, S. 491, 495.

Bestehen aufgrund eines konkreten Altlastenverdacht Zweifel an der tatsächlichen Durchführbarkeit des Vorhabens, ist es Sache des Vorhabenträgers, durch ein Gutachten nachzuweisen, daß der Altlastenverdacht entweder unbegründet ist oder die Altlasten gemessen an dem späteren Nutzungszweck hinreichend saniert werden können.

Vgl. Quaas, in: Schrödter, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12, Rdnr. 39 m.w.N.

e) Sonstige Regelungen

In dem Durchführungsvertrag können daneben weitere Regelungen getroffen werden, z.B. Folgekostenvereinbarungen. Grund und Grenzen solcher Bestimmungen richten sich nach den allgemeinen Regeln des § 11 BauGB.

f) Muster eines Durchführungsvertrages

Durchführungsvertrag

zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan

"SB Warenhaus ..."

Die Stadt...
(nachfolgend Stadt genannt),
vertreten durch Herrn Oberbürgermeister ...

und die ...

(nachfolgend Vorhabenträger genannt),

vertreten durch Herrn ... als deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer

schließen folgenden Vertrag:

TEIL I ALLGEMEINES

§ A 1 Gegenstand des Vertrages

- (1) Gegenstand des Vertrages sind das Vorhaben "*SB Warenhaus mit ...* und die Erschließung des Grundstücks im Vertragsgebiet.
- (2) Das Vertragsgebiet umfaßt die im Lageplan (Anlage 1) umgrenzten Grundstücke.

§ A 2 Bestandteile des Vertrages

Bestandteile des Vertrages sind

- a) der Lageplan mit den Grenzen des Vertragsgebietes (Anlage 1),
- b) der Plan zur Durchführung des Vorhabens vom ... (Anlage 2),
- c) der Plan zur Durchführung der Erschließungsmaßnahmen einschließlich
 - Entwässerungsplan (Anl. 3)
 - Straßen-, Wege- und Grünordnungsplan (Anl. 4)
- d) die von der Stadt genehmigte Ausbauplanung für die Erschließungsanlagen mit Baubeschreibung (Anl. 5)

TEIL II VORHABEN

§ V 1 Beschreibung des Vorhabens

Das Vorhaben betrifft die Errichtung eines SB Warenhauses mit Parkdecks...

§ V 2

Durchführungsverpflichtung

- (1) Der Vorhabenträger verpflichtet sich zur Durchführung des Vorhabens nach den Regelungen dieses Vertrages und den Festsetzungen des vorhabenbezogenen Bebauungsplans.
- (2) Er wird spätestens 3 Monate nach Rechtskraft der Baugenehmigung mit dem Vorhaben beginnen und es innerhalb von 24 Monaten fertigstellen.

§ V 3

Weitere Anforderungen an das Vorhaben und Nutzungsbindungen

- (1) Bei der Realisierung des Vorhabens sind weitere Anforderungen zu erfüllen, nämlich: ...
- (2) Hinsichtlich der zu errichtenden Parkdecks im Vertragsgebiet übernimmt der Vorhabenträger gegenüber der Stadt folgende Verpflichtungen: ...

§ V 4

Sicherung

Zur Sicherung der in § V 2 und V 3 eingegangenen Bindungen verpflichtet sich der Vorhabenträger, der Stadt für jede einzelne Zuwiderhandlung gegen eine in § V 2 oder § V 3 aufgeführte Regelung eine Vertragsstrafe in Höhe von € ... zu zahlen.

§ V 5

Vorbereitungsmaßnahmen

Der Vorhabenträger wird alle für die Erschließung und Bebauung der Grundstücke erforderlichen Vorbereitungsmaßnahmen durchführen. Dazu gehören:...

TEIL III ERSCHLIESSUNG

§ E 1

Herstellung der Erschließungsanlagen

- (1) Der Vorhabenträger übernimmt die Herstellung der in § E 3 genannten Erschließungsanlagen im Vertragsgebiet gemäß den sich aus § E 2 ergebenden Vorgaben auf eigene Kosten.
- (2) Die Stadt verpflichtet sich, die Erschließungsanlagen bei Vorliegen der in § E 8 genannten Voraussetzungen in ihre Unterhaltung und Verkehrssicherungspflicht zu übernehmen.

§ E 2 **Fertigstellung der Anlagen**

- (1) Der Vorhabenträger verpflichtet sich, die in den beigefügten Plänen dargestellte Entwässerung (Anl. 3) sowie die Straßen- und Wegeflächen und Grünanlagen (Anl. 4) in dem Umfang fertigzustellen, der sich aus der von der Stadt genehmigten Ausbauplanung gemäß Anlage 5 ergibt. Die Fertigstellungsfrist des § V 2 gilt entsprechend. Die Erschließungsanlagen sollen zeitlich entsprechend den Erfordernissen der Bebauung erstellt werden und, spätestens bis zur Fertigstellung der anzuschließenden Bauten benutzbar sein.
- (2) Erfüllt der Vorhabenträger seine Verpflichtungen nicht oder fehlerhaft, so ist die Stadt berechtigt, ihm schriftlich eine angemessene Frist zur Ausführung der Arbeiten zu setzen. Erfüllt der Vorhabenträger bis zum Ablauf dieser Frist die vertraglichen Verpflichtungen nicht, so ist die Stadt berechtigt, die Arbeiten auf Kosten des Vorhabenträgers auszuführen, ausführen zu lassen oder von diesem Vertrag zurückzutreten.

§ E 3 **Art und Umfang der Erschließungsanlagen**

- (1) Die Erschließung nach diesem Vertrag umfaßt:
 - a) die Freilegung der öffentlichen Erschließungsflächen
 - b) die Herstellung der öffentlichen Abwasseranlagen im Vertragsgebiet nach Maßgabe der von der Stadt genehmigten Ausbauplanung;
 - c) die Herstellung der folgenden öffentlichen Straßen, Wege und Plätze im Vertragsgebiet nach Maßgabe der von der Stadt genehmigten Ausbauplanung einschließlich
 - Fahrbahnen,
 - Parkflächen,
 - Geh-/Fuß- und Radwege,
 - Straßenentwässerung,
 - Straßenbeleuchtung,
 - Straßenbegleitgrün,
 - Straßenbenennungsschilder,
 - Verkehrszeichen.
- (2) Der Vorhabenträger hat notwendige bau-, wasserrechtliche oder sonstige Genehmigungen, Zustimmungen bzw. Anzeigen der Stadt vor Baubeginn vorzulegen.

§ E 4 **Ausschreibungen, Vergabe und Bauleitung**

- (1) Mit der Ausschreibung und Bauleitung der Erschließungsanlagen beauftragt der Vorhabenträger das Ingenieurbüro ..., das die technisch beste und wirtschaftlichste Abwicklung der Baumaßnahme bietet. Der Abschluß des Ingenieurvertrages zwischen dem Vorhabenträger einerseits und dem Ingenieurbüro andererseits erfolgt im Einvernehmen mit der Stadt .
- (2) Der Vorhabenträger verpflichtet sich, den Inhalt der Ausschreibung von Bauleistungen, die Leistungsverzeichnisse (vor deren Ausgabe) sowie die Auswahl der aufzufordernden Bieter mit der Stadt abzustimmen. Die Auftragserteilung für Bauleistungen bedarf jeweils der vorherigen Zustimmung der Gemeinde.
- (3) Die erforderlichen Katastervermessungsarbeiten werden einem öffentlich bestellen Vermessungsingenieur mit der Auflage in Auftrag gegeben, alle Arbeiten mit der Stadt abzustimmen.

§ E 5 **Baudurchführung**

- (1) Der Vorhabenträger hat durch Abstimmung mit Versorgungsträgern und sonstigen Leitungsträgern sicherzustellen, daß die Versorgungseinrichtungen für das Vertragsgebiet (z.B. Telekomkabel, Strom-, Gas-, Wasserleitung) so rechtzeitig in die Verkehrsfläche verlegt werden, daß die zügige Fertigstellung der Erschließung nicht behindert und ein Aufbruch fertiggestellter Anlagen ausgeschlossen wird. Das gleiche gilt für die Herstellung der Hausanschlüsse für die Grundstücksentwässerung an die öffentliche Abwasseranlage.
- (2) Die Herstellung der Straßenbeleuchtung hat der Vorhabenträger im Einvernehmen mit der Stadt durch den zuständigen Versorgungsträger zu veranlassen.
- (3) Der Baubeginn ist der Stadt vorher schriftlich anzuzeigen. Die Stadt oder ein von ihr beauftragter Dritter sind berechtigt, die ordnungsgemäße Ausführung der Arbeiten zu überwachen und unverzügliche Beseitigung festgestellter Mängel zu verlangen.
- (4) Der Vorhabenträger hat im Einzelfall auf Verlangen der Stadt von den für den Bau der Anlage verwendeten Materialien nach den hierfür geltenden Richtlinien Proben zu entnehmen und diese in einem von beiden Vertragsparteien anerkannten Baustofflaboratorium untersuchen zu lassen sowie die Untersuchungsbefunde der Stadt vorzulegen. Der Vorhabenträger verpflichtet sich weiter, Stoffe oder Bauteile, die diesem Vertrag nicht entsprechen, innerhalb einer von der Stadt bestimmten Frist zu entfernen.

- (5) Vor Beginn der Hochbaumaßnahmen sind die Entwässerungsanlagen und die vorgesehenen Straßen als Baustraßen herzustellen. Schäden, einschließlich der Straßenaufbrüche an den Baustraßen, sind vor Fertigstellung der Straßen fachgerecht durch den Vorhabenträger zu beseitigen. Mit der Fertigstellung der Erschließungsanlagen darf erst nach Beendigung der Hochbaumaßnahmen begonnen werden.

§ E 6

Haftung und Verkehrssicherung

- (1) Vom Tage des Beginns der Erschließungsarbeiten an, im jeweiligen Abschnitt, übernimmt der Vorhabenträger im gesamten Vertragsgebiet die Verkehrssicherungspflicht.
- (2) Der Vorhabenträger haftet bis zur Übernahme der Anlagen für jeden Schaden, der durch die Verletzung der bis dahin ihm obliegenden allgemeinen Verkehrssicherungspflicht entsteht und für solche Schäden, die infolge der Erschließungsmaßnahmen an bereits verlegten Leitungen oder sonstwie verursacht werden. Der Vorhabenträger stellt die Stadt insoweit von allen Schadensersatzansprüchen frei. Diese Regelung gilt unbeschadet der Eigentumsverhältnisse. Vor Beginn der Baumaßnahme ist das Bestehen einer ausreichenden Haftpflichtversicherung nachzuweisen.

§ E 7

Gewährleistung und Abnahme

- (1) Der Vorhabenträger übernimmt die Gewähr, daß seine Leistungen zur Zeit der Abnahme durch die Stadt die vertraglich vereinbarten Eigenschaften haben, den anerkannten Regeln der Technik und Baukunst entsprechen und nicht mit Fehlern behaftet sind, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Zweck aufheben oder mindern.
- (2) Die Gewährleistung richtet sich nach den Regeln der VOB und beträgt 5 Jahre. Sie beginnt mit der Abnahme der einzelnen mangelfreien Erschließungsanlage durch die Stadt.
- (3) Der Vorhabenträger zeigt der Stadt die vertragsgemäße Herstellung der Anlage schriftlich an. Die Stadt setzt einen Abnahmetag auf einen Tag innerhalb von vier Wochen nach Eingang der Anzeige fest. Die Bauleistungen sind von der Stadt und dem Vorhabenträger gemeinsam abzunehmen. Das Ergebnis ist zu protokollieren und von beiden Vertragsparteien zu unterzeichnen. Werden bei der Abnahme Mängel festgestellt, so sind diese innerhalb von zwei Monaten, vom Tag der gemeinsamen Abnahme an gerechnet, durch den Vorhabenträger zu beseitigen. Im Falle des Verzuges ist die Stadt berechtigt, die Mängel auf Kosten des Vorhabenträgers beseitigen zu lassen. Wird die Abnahme wegen wesentlicher

Mängel verweigert, kann für jede weitere Abnahme ein Entgelt von € ... angefordert werden. Dies gilt auch, wenn der Vorhabenträger beim Abnahmetermin nicht erscheint.

§ E 8 **Übernahme und Erschließungsanlagen**

- (1) Im Anschluß an die Abnahme der mangelfreien Erschließungsanlagen übernimmt die Stadt diese in ihre Baulast, wenn sie Eigentümerin der öffentlichen Erschließungsfläche geworden ist und der Vorhabenträger vorher
 - a) in zweifacher Ausfertigung die vom Ingenieurbüro sachlich und fachtechnisch festgestellten Schlußrechnungen mit den dazugehörigen Aufmaßen, Abrechnungszeichnungen und Massenberechnungen einschließlich Bestandsplänen übergeben hat,
 - b) die Schlußvermessung durchgeführt und eine Bescheinigung eines öffentlich bestellten Vermessungsingenieurs über die Einhaltung der Grenzen übergeben hat, aus der sich weiterhin ergibt, daß sämtliche Grenzzeichen sichtbar sind,
 - c) einen Bestandsplan über die Entwässerungseinrichtung übergeben hat,
 - d) Nachweise erbracht hat über
 - aa) Untersuchungsbefunde der nach der Ausbauplanung geforderten Materialien,
 - bb) die Schadensfreiheit der erstellten Kanalhaltungen durch einen von beiden anerkannten Sachverständigen.
- (2) Die nach Absatz 1 vorgelegten Unterlagen und Pläne werden Eigentum der Stadt.
- (3) Die Stadt bestätigt die Übernahme der Erschließungsanlagen in ihre Verwaltung und Unterhaltung schriftlich.
- (4) Die Widmung der Straßen, Wege und Plätze erfolgt durch die Stadt; der Vorhabenträger stimmt hiermit der Widmung zu.

§ E 9 **Kosten der Grundstücksentwässerung, Entwässerungsbeiträge**

- (1) Die für den Bau von Teilen der öffentlichen Abwasseranlage entstandenen und anerkannten Kosten – abzüglich ... % als Anteil für die Straßenentwässerung – werden auf die nach der im Zeitpunkt des Vertragsab-

schlusses gültigen Satzung für die in § 1 Abs. 1 des Vertrages genannten Grundstücke zu erhebenden Entwässerungsbeiträge angerechnet.

- (2) Übersteigen die anerkannten Kosten – abzüglich ... % (vgl. Abs. 1) – die Höhe des satzungsmäßigen Entwässerungsbeitrages, so hat der Erschließungsträger keinen Anspruch auf Erstattung der über die Höhe des Entwässerungsbeitrages hinausgehenden Kosten.

TEIL IV SCHLUSSBESTIMMUNGEN

§ S 1 Kostentragung

- (1) Der Vorhabenträger trägt die Kosten dieses Vertrages und die Kosten seiner Durchführung. § E 9 bleibt unberührt.
- (2) Die Vorschriften des Vorvertrages zum Durchführungsvertrag vom ... bleiben unberührt.
- (3) Sofern der Stadt ein Aufwand für die Verschaffung des Eigentums an den öffentlichen Flächen entsteht, wird dieser vom Vorhabenträger innerhalb eines Monats nach Aufforderung erstattet.

§ S 2 Rechtsnachfolge

Der Vorhabenträger verpflichtet sich, die in diesem Vertrag vereinbarten Pflichten und Bindungen seinem Rechtsnachfolger mit Weitergabepflicht weiterzugeben. Der heutige Vorhabenträger haftet der Stadt als Gesamtschuldner für die Erfüllung des Vertrages neben einem etwaigen Rechtsnachfolger, soweit die Stadt ihn nicht ausdrücklich aus der Haft entläßt.

§ S 3 Ausgleichsmaßnahmen

- (1) Der Vorhabenträger verpflichtet sich, die im vorhabenbezogenen Bebauungsplan festgesetzten bzw. in einem städtebaulichen Vertrag zwischen Stadt und Unterer Naturschutzbehörde vereinbarten Ausgleichsmaßnahmen einschließlich der Entwicklungs- und Bestandspflege durchzuführen: Die Durchführung ist mit der unteren Naturschutzbehörde abzustimmen.
- (2) Die Ausgleichsmaßnahmen sind spätestens 6 Monate nach Fertigstellung des Bauvorhabens fertigzustellen.

§ S 4 Schutz des Mutterbodens

Mutterboden, der bei der Durchführung des Vorhabens und der Erschließung im Vertragsgebiet ausgehoben wird, ist in nutzbarem Zustand zu erhalten und vor Vernichtung oder Vergeudung zu schützen. Seine Verbringung außerhalb des Vertragsgebietes bedarf der Zustimmung der Stadt.

§ S 5 Sicherheitsleistungen

- (1) Zur Sicherung aller sich aus §§ E 1 – E 8 und § S 3 für den Vorhabenträger ergebenden Verpflichtungen leistet er Sicherheit in Höhe von € ... (in Worten: ...) durch die Übergabe einer unbefristeten selbstschuldnerischen Bürgschaft eines als Zoll- und Steuerbürgern zugelassenen Kreditinstituts. Die Bürgschaft wird durch die Stadt entsprechend dem Baufortschritt in Teilbeträgen von je € ... freigegeben. Bis zur Vorlage der Gewährleistungsbürgschaft erfolgen die Freigaben höchstens bis zu 90% der Bürgschaftssumme nach S. 1.
- (2) Im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Vorhabenträgers ist die Stadt berechtigt, noch offenstehende Forderungen Dritter gegen den Vorhabenträger für Leistungen aus diesem Vertrag aus der Bürgschaft zu befriedigen.
- (3) Nach der Abnahme der Maßnahme und Vorlage der Schlußrechnungen mit Anlagen ist für die Dauer der Gewährleistungsfrist eine Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von 5 % der Baukosten vorzulegen. Nach Eingang wird die verbliebene Vertragserfüllungsbürgschaft freigegeben.
- (4) Die Bürgschaften sind auf den Vordrucken der Stadt auszustellen.
- (5) Mehrere Vertragspartner der Stadt haften gesamtschuldnerisch für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen.

§ S 6 Haftungsausschluß

- (1) Aus diesem Vertrag entstehen der Stadt keine Verpflichtungen zur Aufstellung des vorhabenbezogenen Bebauungsplanes. Eine Haftung der Stadt für etwaige Aufwendungen des Vorhabenträgers, die dieser im Hinblick auf die Aufstellung des vorhabenbezogenen Bebauungsplanes tätigt, ist ausgeschlossen.
- (2) Für den Fall der Aufhebung des Bebauungsplanes (§ 12 Abs. 6 BauGB) können Ansprüche gegen die Stadt nicht geltend gemacht werden. Dies gilt auch für den Fall, daß sich die Nichtigkeit des Baubauungsplanes im Verlauf eines gerichtlichen Streitverfahrens herausstellt.

§ S 7 Schlußbestimmungen

- (1) Vertragsänderungen oder -ergänzungen bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform. Nebenabreden bestehen nicht. Der Vertrag ist zweifach ausgefertigt. Die Stadt und der Vorhabenträger erhalten je eine Ausfertigung.
- (2) Die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen berührt die Wirksamkeit der übrigen Regelungen dieses Vertrages nicht. Die Vertragsparteien verpflichten sich, unwirksamen Bestimmungen durch solche zu ersetzen, die dem Sinn und Zweck des Vertrages rechtlich und wirtschaftlich entsprechen.

§ S 8 Wirksamwerden

- (1) Der Vertrag wird erst wirksam, wenn der vorhabenbezogene Bebauungsplan in Kraft tritt oder wenn eine Baugenehmigung nach § 33 BauGB erteilt wird.
- (2) § S 6 Abs. 1 wird abweichend von Abs. 1 sofort wirksam.

..., den ... 2002

..., den ... 2002

.....

.....

Oberbürgermeister ...
für die Stadt

Herr ... für den Vorhabenträger

3. Anspruch des Vorhabenträgers auf Durchführung des Satzungsverfahrens?

Dem Abschluß des Durchführungsvertrages ist die Einleitung des Bebauungsplanverfahrens zeitlich vorgelagert. Nach § 12 Abs. 2 BauGB hat die Gemeinde auf Antrag des Vorhabenträgers über die Einleitung des Bebauungsplanverfahrens nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Das Antragsrecht des Vorhabenträgers nach dieser Vorschrift bezieht sich in der Regel auf die Verfahrenssituation, daß zumindest ein vorläufiger Plan und ein mit der Gemeinde ausgehandelter Entwurf eines Durchführungsvertrages vorliegt und nunmehr darüber zu befinden ist, ob das Bebauungsplanverfahren eingeleitet wird. Dabei täuscht die Formulierung des § 12 Abs. 2 BauGB, eine Bindung der Gemeinde vor, die nicht besteht:

Vgl. VGH Baden-Württemberg, B. v. 22.03.2000 - 5 S 444/00 -, NVwZ 2000, S. 1060; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 42; Bericht der Expertenkommission zur Novellierung des Baugesetzbuches, 1995, Rdnr. 160.

Die Rechtsposition des Vorhabenträgers erschöpft sich nämlich in einem Initiativrecht und einem Anspruch auf Befassung und Entscheidung durch die Gemeinde, d.h. in einem Anspruch darauf, daß diese überhaupt entscheidet, ob sie das Satzungsverfahren einleitet und damit eine Grundlage für die Beurteilung des Risikos weiterer Investitionen durch den Vorhabenträger schafft. § 12 Abs. 2 BauGB begründet jedoch keinen Anspruch des Vorhabenträgers auf einen bestimmten Inhalt der Entscheidung. Die Gemeinde unterliegt dabei keinen materiell-rechtlichen Bindungen, insbesondere muß sie keine vorgezogene planerische Abwägungsentscheidung oder eine an planerischen Kriterien orientierte Auswahlentscheidung zwischen mehreren konkurrierenden Vorhabenträgern treffen.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, B. v. 22.03.2000 - 5 S 444/00 -, NVwZ 2000, S. 1060; *Menke*, NVwZ 1998, S. 577, 579; *Reidt*, BauR 1998, S. 909, 913; zu der Fallgestaltung, daß die Gemeinde ein Projekt i.S.d. § 12 BauGB „ausschreibt“ vgl. *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 12 Rdnr. 110.

Dies ergibt sich daraus, daß § 12 Abs. 2 BauGB an den Anforderungen des § 2 Abs. 3 und Abs. 4 BauGB zu messen ist, wonach auf die Aufstellung, Änderung, Ergänzung und Aufhebung von Bauleitplänen und städtebaulichen Satzungen kein Anspruch besteht und ein solcher Anspruch auch nicht durch Vertrag begründet werden kann. Diese Grundsätze gelten auch im Rahmen des § 12 Abs. 2 BauGB, so daß eine Ermessensreduzierung auf Null mit der Folge einer Verpflichtung zur Einleitung eines Bebauungsplanverfahrens ausgeschlossen ist.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, B. v. 22.03.2000 - 5 S 444/00 -, NVwZ 2000, S. 1060; a.A. *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 12 Rdnr. 111, *Dolderer*, UPR 2001, S. 41, 42, der die Auffassung vertritt, die Einleitungsentscheidung sei kein Planaufstellungsbeschluß i.S.d. § 2 Abs. 1 S. 2 BauGB, sondern schließe ein dem Bebauungsplanverfahren vorgelegtes eigenständiges „Vorverfahren“ ab.

§ 12 Abs. 2 BauGB steht also einer uneingeschränkten „Verfahrensherrschaft“ der Gemeinde in keinsten Weise entgegen. Nach Auffassung des VGH Baden-Württemberg fehlt der Entscheidung der Gemeinde nach § 12 Abs. 2 sogar der Verwaltungsakt-Charakter, da diese keine Regelung i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG trifft.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, B. v. 22.03.2000 - 5 S 444/00 -, NVwZ 2000, S. 1060; anderer Ansicht u.a. *Reidt*, BauR 1998, S. 909, 913, *Dolderer*, UPR 2001, S. 41, 43.

Konkurrieren mehrere Vorhabenträger um die Einleitung des vorhabenbezogenen Bebauungsplanverfahrens über ihren Vorhaben- und Erschließungsplan, ist die Einleitungsentscheidung zugunsten des einen Vorhabenträgers auch nach Auffassung derjenigen, die der Entscheidung nach § 12 Abs. 2 BauGB Verwaltungsakt-Charakter zubilligen, im Hinblick auf die zurückgesetzten Vorhabenträger kein Verwaltungsakt mit Doppelwirkung i.S.d. § 80 a VwGO.

Vgl. *Dolderer*, UPR 2001, S. 41, 43 f.

4. Öffentliche Auslegung des Entwurfs des Durchführungsvertrages?

Nach § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB sind die Entwürfe von Bauleitplänen mit dem Erläuterungsbericht oder der Begründung auf die Dauer eines Monats öffentlich auszulegen. Beim vorhabenbezogenen Bebauungsplan stellt sich die Frage, ob der Entwurf des Durchführungsvertrages ebenfalls ausgelegt werden muß. Hierbei ist zu differenzieren:

Grundsätzlich ist eine öffentliche Auslegung des Durchführungsvertrages entbehrlich. Der Durchführungsvertrag wird im Unterschied zum Vorhaben- und Erschließungsplan kein Bestandteil des vorhabenbezogenen Bebauungsplans (vgl. § 12 Abs. 3 S. 1 BauGB). Ebenso wenig ist der Durchführungsvertrag (bzw. sein Entwurf) Bestandteil der Begründung des Planentwurfs. Beschränkt sich der Inhalt des Durchführungsvertrages auf die nach § 12 Abs. 1 BauGB vorgesehene Mindestregelung, verlangt auch die Anstoßfunktion der Auslegung keine andere Beurteilung.

Vgl. OVG Münster, U. v. 16.10.1997 - 11 a D 116/96.NE -, NVwZ-RR 1998, S. 632, 633; *Reidt*, BauR 1998, S. 909, 914; *Thurrow*, UPR 2000, S. 16, 18.

Eine andere Sichtweise ist jedoch angezeigt, soweit der Durchführungsvertrag Regelungen enthält, die für die Beurteilung der in Aussicht genommenen Vorhaben und der Erschließung von Bedeutung sind. Dies ist z.B. bei der konkreten Ausgestaltung von Schallschutzmaßnahmen zugunsten der Nachbarschaft der Fall.

Vgl. *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 12 Rdnr. 135; *Reidt*, BauR 1998, S. 909, 914; *Thurrow*, UPR 2000, S. 16, 18; offen gelassen von OVG Münster, U. v. 16.10.1997 - 11 a D 116/96.NE -, NVwZ-RR 1998, S. 632, 633.

Eine Auslegung des Durchführungsvertrages kann aber auch in diesem Fall vermieden werden, indem die für die Bürgerbeteiligung wesentlichen Punkte des Durchführungsvertrages in dem Erläuterungsbericht bzw. der Planbegründung dargestellt werden.

Vgl. *Reidt*, BauR 1998, S. 909, 914; *Thurrow*, UPR 2000, S. 16, 18.

5. Vertragsabschluß

a) Kein Abschlußzwang

Der Vorhabenträger kann die Gemeinde selbst im Falle intensiver Abstimmung nicht zum Abschluß des Durchführungsvertrages zwingen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 12 Abs. 2 BauGB. Diese Vorschrift verleiht dem Vorhabenträger bereits kein subjektives Recht auf Einleitung eines Bebauungsplanverfahrens. Erst recht kann daraus kein Anspruch auf Abschluß des Durchführungsvertrages abgeleitet werden. Auch die Abschlußfreiheit ist Ausfluß der uneingeschränkten "Verfahrensherrschaft" der Gemeinde.

b) Zeitpunkt des Vertragsabschlusses

Nach § 12 Abs. 1 S. 1 BauGB muß der Durchführungsvertrag zeitlich **vor dem Satzungsbeschluß** über den vorhabenbezogenen Bebauungsplan abgeschlossen werden.

Hierfür ist der Abschluß des endgültigen Durchführungsvertrages vor dem Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses erforderlich; ein bloßer Teilvertrag über die grundsätzliche „Abstimmung“ des Vorhabens reicht nicht aus.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 281 f.

§ 12 Abs. 1 S. 1 BauGB setzt nicht nur voraus, daß der Durchführungsvertrag vor dem Satzungsbeschluß von dem Vorhabenträger sowie dem Bürgermeister (und – soweit erforderlich – von weiteren vertretungsberechtigten Personen) unterschrieben ist. Hinzu kommen muß, daß das zuständige Beschlussorgan der Gemeinde (in der Regel der Gemeinderat) dem Durchführungsvertrag vor dem Satzungsbeschluß zugestimmt hat. Ist für beide Entscheidungen der Gemeinderat zuständig, können beide Beschlüsse in der gleichen Sitzung gefaßt werden. Die Zustimmung zu dem Durchführungsvertrag muß allerdings mindestens einen Tagesordnungspunkt vor dem Satzungsbeschluß erfolgen.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 283 f.

Eine **notarielle Beurkundung des Durchführungsvertrages** ist dagegen **in der Regel entbehrlich**. Verpflichtet sich der Vorhabenträger in dem Durchführungsvertrag, der Gemeinde die Erschließungsflächen unentgeltlich zur Verfügung zu stellen, bedarf es nicht notwendig einer Eigentumsübertragung. Vielmehr läßt sich das angestrebte Ergebnis auch dadurch erreichen, daß der Vorhabenträger in dem Durchführungsvertrag seine – nicht dem Formerfordernis des § 311 b BGB unterliegende – Zustimmung zu der Widmung der betreffenden Fläche als öffentliche Verkehrsfläche gibt.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, B. v. 25.11.1996 - 8 S 1151/96 -, NVwZ 1997, S. 699, 700 f., der im übrigen davon ausgeht, daß selbst eine unterstellte Formnichtigkeit der Vereinbarung über die Zurverfügungstellung der notwendigen Erschließungsflächen nicht die Gesamtnichtigkeit des Durchführungsvertrages zur Folge hätte.

c) Rechtsfolgen eines fehlenden Vertragsabschlusses im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses

Fehlt es an den vorgenannten Voraussetzungen zum Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses, ist der vorhabenbezogene Bebauungsplan unwirksam.

Vgl. OVG Bautzen, U. v. 14.07.1994 - 1 S 142/93 -, NVwZ 1995, S. 181; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 24; *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 12 Rdnr. 98; Die Gegenansicht (z.B. VGH Baden-Württemberg, B.v. 25.11.1996 - 8 S 1151/96 -, NVwZ 1997, S. 699) ist durch die Klarstellung des Gesetzgebers in § 12 Abs. 1 S. 1 BauGB überholt.

Ist der Durchführungsvertrag nicht rechtsgültig vor dem Satzungsbeschluß abgeschlossen worden, so handelt es sich um einen *beachtlichen materiell-rechtlichen Mangel*. Die Beachtlichkeit des Fehlers ergibt sich daraus, daß er in § 214 Abs. 2 oder 3 BauGB nicht ausdrücklich als unbeachtlich bezeichnet ist.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 284; vgl. auch *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, Vorbem. §§ 214-216, Rdnr. 2.

Die Gemeinde dürfte allerdings die *Möglichkeit* haben, nach einem rechtsgültigen Abschluß des Durchführungsvertrages den Satzungsbeschluß *in einem ergänzenden Verfahren nach § 215 a Abs. 1 BauGB* zu wiederholen und dadurch *den Fehler zu beheben*.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 285; vgl. auch *Schmidt*, NVwZ 2000, S. 977.

Ein unwirksamer vorhabenbezogener Bebauungsplan kann dagegen *nicht* in einen wirksamen Bebauungsplan *umgedeutet* werden. Dies gilt auch dann, wenn der vorhabenbezogene Bebauungsplan trotz der Regelung des § 12 Abs. 3 S. 2 BauGB nur Festsetzungen nach den Katalogen des § 9 BauGB und der BauNVO trifft und damit den gleichen Inhalt wie ein Bebauungsplan hat. Die fehlende Umdeutungsmöglichkeit ergibt sich daraus, daß Bebauungspläne keine Rechtsgeschäfte i.S.v. § 140 BGB sind, der mutmaßliche Wille der Gemeinde schon wegen der Regelung in § 12 Abs. 6 BauGB (Regelaufhebung) einer Umdeutung zuwiderläuft und es für eine Umdeutung von Bebauungsplänen an einer gesetzlichen Grundlage fehlt, die z.B. mit § 47 VwVfG vergleichbar wäre.

Vgl. nur *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 10.

d) Wirksamwerden des Durchführungsvertrages

Von dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu unterscheiden ist die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Vertrag rechtlich wirksam wird. Auch ohne ausdrückliche Regelung wird der Durchführungsvertrag in der Regel erst wirksam, wenn der vorhabenbezogene Bebauungsplan in Kraft getreten oder eine bestandskräftige Baugenehmigung nach § 33 BauGB erteilt worden ist.

Vgl. *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 12 Rdnr. 99.

Hiervon ausgenommen sind jedoch Regelungen über die Tragung der Planungskosten. Diese verbleiben nach der Grundstruktur des § 12 Abs. 1 BauGB auch dann beim Vorhabenträger, wenn der vorhabenbezogene Bebauungsplan scheitert, es sei denn, im Durchführungsvertrag ist ausdrücklich etwas anderes vereinbart.

6. Durchführungsvertrag und Satzung

a) § 2 Abs. 3 BauGB

Nach § 2 Abs. 3 BauGB besteht auf die Aufstellung, Änderung, Ergänzung oder Aufhebung eines Bauleitplans oder einer sonstigen städtebaulichen Satzung kein Anspruch, wobei ein solcher Anspruch auch nicht durch Vertrag begründet werden kann. Diese Vorschrift findet auch auf den vorhabenbezogenen Bebauungsplan Anwendung. Danach kann der Abschluß des Durchführungsvertrages keinen Anspruch des Vorhabenträgers auf einen Satzungsbeschluß der Gemeinde über den vorhabenbezogenen Bebauungsplan begründen.

Vgl. nur *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 12 Rdnr. 120.

Auch im Verfahren der Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans kann die Abwägung u.U. als einzig rechtmäßiges Ergebnis zur Ablehnung des Vorhabens führen.

Vgl. nur *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 286.

b) Durchführungsvertrag und Abwägung

Durch den Abschluß des Durchführungsvertrages wird zwar der Satzungsbeschluß der Gemeinde nicht vorweggenommen.

Vgl. zu den Voraussetzungen einer Vorabbindung BVerwG, U. v. 05.07.1974 - 4 C 50.72 -, BVerwGE 45, S. 309, 321.

Der **Durchführungsvertrag** ist aber **Bestandteil des Abwägungsmaterials** für den vorhabenbezogenen Bebauungsplan und damit eine gesetzlich vorgesehene Bestätigung, daß der Abwägungsvorgang nicht „auf sozusagen planerisch freiem Feld“ stattfindet.

Vgl. OVG Münster, U. v. 07.02.1997 - 7 a D 134/95.NE - NVwZ 1997, S. 697; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 24; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 287.

Die entscheidende Frage lautet, mit welchem Gewicht der Durchführungsvertrag in die Abwägung eingestellt werden kann und darf. Hierzu wird teilweise die Auffassung vertreten, aus der gemeindlichen Vertragsunterzeichnung lasse sich auch eine Gewichtungsvorgabe in der Abwägung ableiten. Dies hätte zur Folge, daß der Durchführungsvertrag eine vom Gesetz vorgesehene teilweise Vorabbindung darstellen würde.

So *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 287.

Ein solcher relativer Vorrang des Durchführungsvertrages in der Abwägung läßt sich dem Gesetz jedoch nicht entnehmen.

Vgl. nur *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 12 Rdnr. 111.

Die Grenze zwischen einer zulässigen Gewichtung des Durchführungsvertrages und einer unzulässigen Vorwegbindung der Gemeinde verläuft in gleicher Weise wie bei vorgeschalteten tatsächlichen oder rechtlichen Bindungen im „normalen“

Bebauungsplanverfahren. Eine unzulässige Verkürzung der Interessenabwägung des Gemeinderats beim abschließenden Satzungsbeschuß liegt danach insbesondere dann vor, wenn sich die Gemeinde den Vorstellungen des Vorhabenträgers in einer Weise unterordnet, daß sie nur noch als dessen Vollzugsinstanz erscheint.

Vgl. *Reidt*, BauR 1998, S. 909, 916 m.w.N.

Praxistip:

Zur Vermeidung von Abwägungsfehlern sollte der Durchführungsvertrag in der Abwägung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans nicht zu stark gewichtet werden und erst recht nicht in dem Abwägungsprotokoll als ausschlaggebender Grund für den Satzungsbeschuß bezeichnet werden.

c) Widerspruchsfreiheit

Durchführungsvertrag und vorhabenbezogener Bebauungsplan dürfen sich nicht widersprechen.

Vgl. *Krautzberger*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 12 Rdnr. 17.

Nur so läßt sich eine bebauungsplankonforme Zielverwirklichung erreichen. Um die nach § 12 Abs. 1 S. 1 BauGB erforderliche Widerspruchsfreiheit zu gewährleisten, ist es empfehlenswert, den Durchführungsvertrag erst unmittelbar vor dem Satzungsbeschuß über den vorhabenbezogenen Bebauungsplan abzuschließen. Ist der Durchführungsvertrag bereits in einem frühen Verfahrensstadium abgeschlossen worden und führen Anregungen der Träger öffentlicher Belange oder Privater zu einer Änderung des Vorhabens, so ist der Durchführungsvertrag vor dem Satzungsbeschuß entsprechend anzupassen.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 290 f.

Nach dem Satzungsbeschuß ist eine von den Festsetzungen des vorhabenbezogenen Bebauungsplans abweichende Änderung des Durchführungsvertrages möglich, soweit dem Vorhabenträger in zulässiger Weise eine hiermit korrespondierende Befreiung nach § 30 Abs. 2 i.V.m. § 31 Abs. 2 BauGB erteilt wird.

d) Verlagerung der Konfliktbewältigung in den Durchführungsvertrag

Nicht selten streben Vorhabenträger und Gemeinde an, bestimmte Regelungen nicht in dem Vorhaben- und Erschließungsplan als Bestandteil der Satzung zu treffen, sondern lediglich in dem Durchführungsvertrag. Eine solche Überlegung liegt z.B. dann nahe, wenn nach der Offenlage eine Planänderung angezeigt ist, zugleich aber eine erneute Offenlage vermieden werden soll.

Vgl. *Thurrow*, UPR 2000, S. 16, 19.

Ein zulässiges Mittel einer Verlagerung der Konfliktbewältigung können nur solche Regelungen sein, für die eine Bindung der Baugenehmigungsbehörde nicht erforderlich ist. Regelungen, die für die Baugenehmigungsbehörde bindende Wirkung haben sollen, müssen in den Vorhaben- und Erschließungsplan als Bestandteil der Satzung aufgenommen werden. Vereinbarungen im Durchführungsvertrag begründen hingegen grundsätzlich nur Rechte und Pflichten im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, B. v. 25.11.1996 -8 S 1151/96 - NVwZ 1997, S. 699, 700; *Bielenberg*, ZfBR 1996, S. 6, 10; *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 12 Rdnr. 119.

Zu dem nicht in den Durchführungsvertrag verlagerbaren Mindestinhalt des vorhabenbezogenen Bebauungsplans gehören danach in Anlehnung an § 30 Abs. 1 BauGB insbesondere Festsetzungen über die Art und das Maß der baulichen Nutzung, die überbaubare Grundstücksfläche, die Bauweise und die öffentlichen Erschließungsflächen, wobei allerdings nach § 12 Abs. 3 S. 2 BauGB keine Bindung an den Katalog der Festsetzungsmöglichkeiten des § 9 BauGB i.V.m. der BauNVO besteht.

Vgl. *Thurrow*, UPR 2000, S. 16, 19.

Regelungen, die nicht zum Mindestinhalt des Vorhaben- und Erschließungsplans zählen, können dagegen ohne weiteres in den Durchführungsvertrag verlagert werden. Für naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen ist dies in § 1 a Abs. 3 S. 3 BauGB ausdrücklich vorgesehen. Praktisch bedeutsam ist vor allem die Frage, ob Festlegungen zu passiven Lärmschutzmaßnahmen ebenfalls ausschließlich im Durchführungsvertrag vereinbart werden können. Dies hat die Rechtsprechung in Anlehnung an die Grundsätze zur Verlagerung der Konfliktlösung aus dem Bauleitplanverfahren auf das nachfolgende Baugenehmigungsverfahren (vgl. hierzu BVerwG, NJW 1995, S. 2572) in mehreren Fällen angenommen.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, B. v. 25.11.1996 - 8 S 1151/96 - NVwZ 1997, S. 699, 700; OVG Münster, U. v. 07.02.1997 - 7 a D 134/95 NE - NVwZ 1997, S. 697; OVG Münster, U. v. 16.10.1997 - 11 a D 116/96.NE -, NVwZ-RR 1998, S. 632, 635 f.

Die Verlagerungsmöglichkeit begründet die Rechtsprechung u.a. damit, die vertragliche Bindung zwischen Gemeinde und Vorhabenträger stelle die Einhaltung und Durchsetzbarkeit der erforderlichen Schallschutzmaßnahmen ausreichend sicher. Dies überzeugt jedoch nur dann, wenn die entsprechenden Regelungen zugleich als Vertragsbestimmungen zugunsten der betroffenen Nachbarn ausge-

legt werden und diesen damit ein selbständiges einklagbares Recht auf Durchführung der erforderlichen Lärmschutzmaßnahmen auf ihrem Grundstück zugebilligt wird.

D. Vertragsmanagement

I. Begriff des Vertragsmanagements

1. Elemente des Vertragsmanagements

Das Vertragsmanagement erfolgt projektvorbereitend sowie projektbegleitend und übernimmt als Element des Projektmanagements (hier: des kommunalen Flächenmanagements) einzelne Projektmanagementfunktionen. Nach der DIN 69905 ist das Vertragsmanagement ein „Aufgabengebiet innerhalb des Projektmanagements zur Steuerung der Gestaltung des Abschlusses, der Fortschreibung und der Abwicklung von Verträgen zur Erreichung der Projektziele“. In ähnlicher Weise definiert Heussen, daß das Vertragsmanagement alle planerischen und organisatorischen Tätigkeiten umfaßt, die dazu dienen, einen Vertrag zu gestalten und zu realisieren.

Vgl. *Heussen*, in: *ders.* (Hrsg.), Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement, 2. Aufl. 2002, S. 15.

Als Teil des kommunalen Flächenmanagements erfordert das Vertragsmanagement eine integrierte Lösung wirtschaftlicher, technischer, rechtlicher und politischer Probleme, bei deren Bewältigung auch organisatorische, strategische und kommunikative Aspekte zu berücksichtigen sind. Je komplexer die Aufgabenstellung ist, desto eher lassen sich die Probleme nur durch ein sorgfältig ausgewähltes fachübergreifendes Projektteam bewältigen. Ein solches Projektteam setzt sich in der Regel aus Planer, Jurist, Projektentwickler und ggfs. weiteren Fachleuten zusammen. Wesentliche Erfolgsbedingung für eine solche Projektgruppe ist, daß die einzelnen Fachleute bereit und in der Lage sind, eng und kooperativ zusammenzuwirken und gemeinsame integrierte Lösungen zu erarbeiten. Dies setzt voraus, daß die einzelnen Beteiligten sich nicht darauf beschränken, ihren eigenen Fachbeitrag zu leisten.

Vgl. zu einer solchen fachübergreifenden Zusammenarbeit allgemein *Heussen*, in: *ders.* (Hrsg.), Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement, 2. Aufl. 2002, S. 70 ff.

Nach *Heussen* setzt sich das Vertragsmanagement allgemein aus 5 Elementen zusammen:

- Vertragsplanung,
- Vertragsdesign,
- Vertragsverhandlung,
- Vertragsdurchführung,
- Vertragscontrolling.

Vgl. hierzu im einzelnen *Heussen*, in: *ders.* (Hrsg.), Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement, 2. Aufl. 2002, S. 15 ff., 27 ff.

Für das Vertragsmanagement als Teil des kommunalen Flächenmanagements im Rahmen einer kooperativen Baulandentwicklung und –erschließung werden nachfolgend insbesondere die Elemente der Vertragsplanung (Vertragsmanagement als Teil des kommunalen Flächenmanagements, die städtebauliche Kalkulation, realistische Einschätzung der eigenen Verhandlungsposition) sowie die Erfolgsbedingungen der Verhandlungsführung einschließlich der Besonderheiten beim Abschluß städtebaulicher Verträge näher beleuchtet. Im Unterschied zum Vertragsmanagement im Rahmen des zivilen Baurechts liegt der Schwerpunkt des Vertragsmanagements beim Abschluß städtebaulicher Verträge nicht in der laufenden Überwachung der Vertragserfüllung. Die Elemente der Vertragsdurchführung und des Vertragscontrollings bleiben hier deshalb ausgespart.

2. Vertragsmanagement und Vertragsgestaltung

Im Unterschied zum Vertragsmanagement handelt es sich bei der Vertragsgestaltung um eine primär juristische Aufgabenstellung. Die Vertragsgestaltung dient neben der Zweckverwirklichung in erster Linie dazu, die angestrebten Regelungen in eine rechtssichere Form zu „gießen“, um etwaige spätere gerichtliche Auseinandersetzungen bereits im Vorfeld zu vermeiden.

Vgl. *Heussen*, in: *ders.* (Hrsg.), Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement, 2. Aufl. 2002, S. 15; *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 10: Zweckverwirklichung und Störfallvorsorge.

Die einzelnen rechtlichen Regelungen sollten einerseits möglichst rechtlich eindeutig formuliert werden. Andererseits müssen gerade die Formulierungen von sensiblen Punkten von allen Vertragspartnern akzeptiert werden. Dies führt nicht selten zu Kompromißformulierungen, die auch strategisch plazierte Ungenauigkeiten einschließen können.

Idealtypisch baut die Vertragsgestaltung gewissermaßen auf dem bereits ausgehandelten Verhandlungsergebnis auf. In der Praxis besteht zwischen Vertragsmanagement und Vertragsgestaltung jedoch eine enge Wechselwirkung. Aufgrund dieser engen Verzahnung beschränkt sich eine qualifizierte projektvorbereitende und projektbegleitende Rechtsberatung in der Regel nicht auf die reine Vertragsgestaltung, sondern erstreckt sich auch auf den Bereich des Vertragsmanagements. Je stärker dies der Fall ist, umso stärker ist ein fachübergreifender Ansatz erforderlich.

II. Vertragsmanagement als Teil des kommunalen Flächenmanagements

1. Vorausschauendes kommunales Flächenmanagement in Zeiten knapper Haushaltskassen

Das kommunale Vertragsmanagement beim Abschluß städtebaulicher Verträge ist Teil des kommunalen Flächenmanagements. Günstige Rahmenbedingungen des kommunalen Flächenmanagements bilden eine wesentliche Voraussetzung für den erfolgreichen Abschluß von einzelnen städtebaulichen Verträgen. Zwar sind die Ressourcen einer Gemeinde (z.B. ihre finanzielle Ausstattung mit Personal- und Sachmitteln) von vornherein begrenzt. So beschränken sich viele Gemeinden auch heute noch darauf, lediglich im Einzelfall auf Antrag reaktiv tätig zu werden. Damit verbunden sind häufig Defizite bei der Information, der Kommunikation, der Koordination, der Kooperation und der Organisation.

Vgl. *Schäfer/Neubauer/Bernhart*, in: Ministerium für Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr (Hrsg.), *Flächenmanagement in Brandenburg*, 2. Aufl. 1999, S. 119.

In Zeiten knapper Haushaltskassen werden die kommunalen Handlungsmöglichkeiten zusätzlich noch eingeschränkt. Gleichwohl lassen sich häufig auch auf der Grundlage vorhandener knapper Mittel verbesserte Rahmenbedingungen schaffen, die neue Handlungsspielräume eröffnen.

Durch ein vorausschauendes kommunales Flächenmanagement können organisatorische Mängel auch in Zeiten knapper Haushaltskassen weitgehend behoben werden. Je enger der Gemeinderat und die Verwaltung dabei zusammenwirken, desto größer sind die Optimierungsmöglichkeiten. Je nach Fallkonstellation haben insbesondere folgende Rahmenbedingungen Einfluß auf das Vertragsmanagement:

2. Verknüpfung mit der Liegenschaftspolitik und dem Haushaltsrecht

In vielen Fällen ist die Verknüpfung mit der Liegenschaftspolitik, den haushaltsrechtlichen Regelungen und der mittelfristigen Investitionsplanung eine wesentliche Voraussetzung für ein erfolgreiches Vertragsmanagement. Dies gilt häufig in den Fällen, in denen die Gemeinde die Initiative für eine vorsorgende Baulandpolitik ergreift. Eine Verknüpfung mit der Liegenschaftspolitik kann aber auch bei Projekten von Bedeutung sein, die von einem Eigentümer oder Investor an die Gemeinde herangetragen werden, etwa wenn für ein privates Vorhaben Ausgleichsflächen außerhalb des Plangebiets benötigt werden.

Vertragsmanagement und Liegenschaftspolitik können insbesondere durch Einrichtung eines sogenannten **revolvierenden Bodenfonds** miteinander verknüpft werden, dessen Verwaltung beispielsweise einer kommunalen Entwicklungsgesellschaft übertragen werden kann. Bei diesem Bodenfonds handelt es sich um ein wirtschaftlich selbständiges Sondervermögen, in das alle im Eigentum der Gemeinde stehenden Grundstücke eingebracht werden, die nicht unmittelbar für die Erfüllung kommunaler Aufgaben benötigt werden. Auch Flächenpools für besondere Zweckbestimmungen können hierin einbezogen werden (z.B. Ausgleichsflächenpools).

Vgl. *Schäfer/Lau/Specovius*, in: Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.) Baulandbereitstellung, bodenpolitische Grundsatzbeschlüsse, 2001, S. 37.

Die Gefahr eines unkoordinierten Neben- oder sogar Gegeneinander von Bodenfonds einerseits und Grundstücks-/Gebäudemanagements für die von der Verwaltung eigengenutzten Immobilien andererseits kann am besten dadurch vermieden werden, daß die einzelnen Fachressorts frühzeitig in die Strategie eingebunden werden.

Vgl. DST-Positionspapier, 2001, S. 9.

Aufgabe des Bodenfonds ist ein **gezielter An- und Verkauf von Grundstücken, der sich strategisch an den stadtentwicklungspolitischen und fiskalischen Zielen der Gemeinde orientiert**. So kann z.B. der Ankauf eines städtebaulich exponierten ehemaligen Kasernengeländes in Betracht kommen, sofern eine städtebauliche Kalkulation ergibt, daß das Grundstück mit Gewinn weiterveräußert werden kann. Meistens ist hierfür die Schaffung von Baurecht für eine höherwertige Nutzung erforderlich. Die Höhe des Ankaufspreises richtet sich u.a. nach der Zuordnung des Rückbau-, Entsorgungs- und Altlastenrisikos sowie nach der Gewinnverteilung bei einer etwaigen bebauungsplanbedingten Wertsteigerung der Flächen. Im Rahmen eines anschließenden Erwerbenauswahlverfahrens können neben- oder nacheinander etwa folgende Vergabekriterien herangezogen werden:

- die Höhe des Kaufpreises unter bestimmten Kaufvertragsbedingungen,
- die finanzielle Bonität des Investors,
- die Qualität des Nutzungs- und Erschließungskonzeptes (inkl. Nutzungsmix, Andienungs- und Parkierungskonzept) bei bestimmten Vorgaben und
- die Qualität des Betreiberkonzeptes.

Ähnliche Chancen bieten sich oft beim Erwerb von brachliegenden ehemaligen Gewerbeflächen in teilweise besten innerstädtischen Lagen im Falle einer Insolvenz, einer Betriebsverlagerung oder einer Bereinigung des Portfolios im Hinblick auf betrieblich nicht mehr notwendige Flächen. Gleiches gilt für den Erwerb von Bahnflächen für bahnfremde Nutzungen.

Vgl. zum hiermit verbundenen Sonderproblem der Entwidmung BVerwG, U. v. 16.12.1988 – 4 C 48.86 -, BVerwGE 81, S. 111; BVerwG, B. v. 27.04.1998 – 4 B 33.98 -, NVwZ-RR 1998, S. 542.

Für die Weiterveräußerung sollten auch hier konkrete Vergabekriterien aufgestellt werden.

Dagegen sollten bei der Bereitstellung von „bezahlbaren Grundstücken“ im Rahmen von Einheimischenmodellen für Wohn- und Gewerbestandteile vom Gemeinderat abstrakt-generelle **Vergaberichtlinien** bzw. Verbilligungsgrundsätze verabschiedet werden.

Auch außerhalb von revolving-Bodenfonds kann es sinnvoll sein, Einnahmen aus bestimmten Grundstücksverkäufen nicht dem allgemeinen Haushalt zufließen zu lassen, sondern **zweckgebunden** weiterzuverwenden.

Vgl. Schäfer/Lau/Specovius, in: Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.) Baulandbereitstellung, bodenpolitische Grundsatzbeschlüsse 2001, S. 37.

Außerdem bietet es sich an, bestimmte Entwicklungsvorhaben mit höherer Priorität in die **mittelfristige Investitionsplanung** aufzunehmen, wie dies z.B. in München gehandhabt wird.

Vgl. Schäfer/Lau/Specovius, in: Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.), Baulandbereitstellung, bodenpolitische Grundsatzbeschlüsse, 2001, S. 38.

3. Qualifizierung der Arbeitsmethodik

a) Städtebauliche Kalkulation

Die städtebauliche Kalkulation spielt für die finanzielle Grundlage des Vertragsmanagements sowie für die Transparenz und die Akzeptanz bei den Vertragspartnern eine zentrale Rolle.

Vgl. *Schäfer/Lau/Specovius*, in: Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.), *Baulandbereitstellung, bodenpolitische Grundsatzbeschlüsse*, 2001, S. 40.

Ihre Grundlagen werden deshalb in einem gesonderten Kapitel vorgestellt.

b) Einsatz systematischer Analyse- und Bewertungsgrundlagen

Zur besseren Beurteilung und Steuerung der Bauland- und Siedlungsentwicklung können u.a. flächendeckende digitale Baulandkataster gem. § 200 Abs. 3 BauGB sowie Baulückenprogramme erstellt und ständig fortgeschrieben werden.

Vgl. *Schmidt/Eichstaedt*, *Das Baulandkataster. Handlungsanleitung für die Praxis*, 2000, mit zahlreichen Beispielnachweisen.

In diesen Zusammenhang gehört auch die Entwicklung von Flächenbilanzen.

Vgl. DST-Positionspapier, 2001, S. 3 f.

c) Zusammenarbeit mit dem Gutachterausschuß für die Wertermittlung

Bei vielen Baulandentwicklungsprojekten spielen Wertermittlungsfragen eine wichtige Rolle. Dies gilt etwa im Rahmen von gemeindlichen Aufkauf- oder Zwischenerwerbsmodellen. Gerade bei dem Ankauf von Konversionsflächen (ehemalige Kasernenflächen, Bahngrundstücke oder innerstädtische Gewerbebrachen) stellt die zu erwartende bebauungsplanbedingte Wertsteigerung je nach Vertragsgestaltung ein wichtiges Kriterium für die Höhe des Kaufpreises bzw. für die Höhe der zu entrichtenden Folgekosten dar, die Voraussetzung oder Folge des Vorhabens sind. Wertermittlungsfragen werden daneben im Rahmen von städtebaulichen Sanierungsmaßnahmen oder städtebaulichen Entwicklungsmaßnahmen aufgeworfen. In derartigen Fällen ist es oft sinnvoll, den Gutachterausschuß bereits frühzeitig zu informieren und zu konsultieren.

4. Anforderungen an die Mitarbeiter der Verwaltung

Ein vorausschauendes kommunales Flächenmanagement stellt auch neue Anforderungen an die Qualifikation und die Ausbildung der Mitarbeiter. Eine sachgerechte Projektdurchführung setzt u. a. voraus, daß sich die beteiligten Mitarbei-

ter auch in die Situation des privaten Vorhabenträgers hineinversetzen können. Hierzu benötigen sie *Kenntnisse über die Arbeitsweisen, Denkweisen, Kalkulationsgrundlagen und -ziele der privaten Partner*.

Vgl. *Beckmann/Witte*, in: Ministerium für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), *Stadtentwicklung, Neue Kooperationsformen und Partnerschaften*, 2000, S. 24, die darauf hinweisen, daß umgekehrt auch die privaten Partner Kenntnisse und Erfahrungen über öffentlich-rechtliche Grundlagen, Zuständigkeiten/Kompetenzen, Entscheidungsabläufe, Verfahrenserfordernisse, Öffentlichkeitsbeteiligung etc. benötigen.

Häufig ist es erst auf dieser Grundlage möglich,

- vorhandene, tiefwurzelnde Vorurteile gegenüber Investoren „aufzubrechen“,
- zu erkennen, daß den Gewinnchancen des Vorhabenträgers auch entsprechende Verlustrisiken gegenüberstehen,
- nachzuvollziehen, daß der Vorhabenträger zur Finanzierung des Gesamtprojekts oft auf die rasche Vermarktung eines ersten Teilabschnitts angewiesen ist,
- ein realistisches Maß an Vertrauen gegenüber den Investoren zu entwickeln,
- die Mischung von „Zuckerbrot und Peitsche“, d. h. von Entgegenkommen auf der einen Seite sowie Drohungen und Einschüchterungen des Vorhabenträgers auf der anderen Seite („Sonst stirbt das Projekt“), richtig einzuschätzen und
- ein Gespür dafür zu entwickeln, zu welchem Zeitpunkt und zu welchen Themen der Investor nachzuverhandeln versucht (z.B. an Stelle von 5.000 m² Verkaufsfläche inkl. 5 % innenstadtrelevante Randsortimente sollen plötzlich 5.000 m² Verkaufsfläche + 1.500 m² Verkaufsfläche für den Werkverkauf + 5 % innenstadtrelevantes Randsortiment ausgewiesen werden).

Ferner ist gerade bei städtebaulichen Großprojekten (z.B. bei der Entwicklung von gewerblich-industriellen Brachflächen, von militärischen Konversionsflächen, von entbehrlichen Flächen der Deutsche Bahn AG, der Deutsche Post AG oder der Deutsche Telekom AG) aufgrund der Komplexität der Vorhaben eine *interaktive und interdisziplinäre projektorientierte Bearbeitung* nötig, die häufig zusätzlich unter erheblichem Zeitdruck steht.

Vgl. *Beckmann/Witte*, in: Ministerium für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), *Stadtentwicklung, Neue*

Kooperationsformen und Partnerschaften, 2000,
S. 24.

Dies erfordert insbesondere einen Abbau von Ressortdenken und eine Orientierung auf ein Projektdenken. Veranschaulichen läßt sich dies anhand der Stadtplanung. Im Rahmen der traditionellen Angebotsplanung war die Frage der Wirtschaftlichkeit von Vorhaben eher zweitrangig. Bei einem umsetzungsorientierten kommunalen Flächenmanagement gewinnt dagegen die Frage der Wirtschaftlichkeit und Finanzierbarkeit eines Projekts zentrale Bedeutung. Durch die gegebenen wirtschaftlichen Zwänge wird der städtebauliche Gestaltungsspielraum nicht unerheblich eingeschränkt. Dies erfordert einen Wandel der bestehenden „Planungskultur“ der Gemeinden in die Richtung, daß in partnerschaftlichem Zusammenwirken *für beide Seiten Vorteile* entstehen. Dagegen kann es in der Regel auch nicht im Interesse eines Projekts liegen, daß sich die Stadtplanung den wirtschaftlichen Projektzielen vollständig unterordnet und sich unter Verzicht auf städtebauliche Qualität auf die Vermittlung von „Deals“ beschränkt. Gerade bei großen Konversionsflächen ist es die Aufgabe der Stadtplanung, nicht die Entwicklung des Gesamtareals aus den Augen zu verlieren, während sich der Vorhabenträger oft gerne auf einzelne, einfach und schnell zu vermarktende „Filletstücke“ fokussiert.

Zur projektorientierten Arbeitsweise gehört bei Großvorhaben auch, sich mit dem Vorhabenträger auf klare Rahmenvorgaben zu verständigen, die auch abschnittsweise realisiert werden können, und im übrigen ein Höchstmaß an Flexibilität zuzulassen.

5. Schaffung einer projektbezogenen Organisationsstruktur

Eine besonders wichtige Voraussetzung für ein erfolgreiches Vertragsmanagement ist die Schaffung einer geeigneten projektbezogenen Organisationsstruktur. In der Praxis ist gerade dieser Bereich vielfach optimierungsfähig und -bedürftig. Dabei ist zwischen der externen Organisationsstruktur beim Zusammenwirken mit privaten Vorhabenträgern und der (verwaltungs-) internen Organisationsstruktur zu unterscheiden. Allerdings gibt es in beiden Bereichen kein Patentrezept, das für sämtliche Gemeinden und Projekte gleichermaßen geeignet ist.

a) Externe Organisationsstruktur beim Zusammenwirken mit privaten Vorhabenträgern

aa) Informelles Zusammenwirken

Bei überschaubaren und eher konfliktfrei erscheinenden Projekten in kleineren Gemeinden genügt in der Regel ein informelles Zusammenwirken zwischen Gemeinde und Vorhabenträger. Dadurch wird eine flexible Abwicklung ermöglicht. Dagegen ist eine förmliche Organisationsstruktur bei derartigen Vorhaben meist ineffektiv, da der Aufwand außer Verhältnis zum Nutzen stünde.

bb) Einrichtung einer gemeinsamen Lenkungsgruppe

Mit zunehmender Größe, Komplexität und Konflikthanfälligkeit eines Projekts sind eine formelle Organisation und Abwicklung sinnvoll. Hierfür bedarf es einer möglichst klaren Verantwortungs-, Ablauf- und Aufbaustruktur. Als geeignete Organisationsform kommt insbesondere die Einrichtung einer gemeinsamen Lenkungsgruppe zur Steuerung der Vorbereitung und Durchführung in Betracht. Für die Funktionsfähigkeit einer Lenkungsgruppe sind insbesondere folgende Voraussetzungen erforderlich:

- die Entscheidungskompetenzen der Lenkungsgruppe müssen präzise festgelegt sein;
- die Vertreter der einzelnen Partner sollten „aufgabenangepasste Prokura“ haben, um notwendige Vorentscheidungen im Sinne des Projektfortschritts treffen zu können;
- zu der Entscheidungsebene des jeweiligen Partners ist eine unmittelbare Rückkoppelungsmöglichkeit erforderlich;
- um fehlende oder wechselnde politische Vorgaben zu vermeiden, ist eine kontinuierliche enge Abstimmung mit den politischen Entscheidungsträgern erforderlich;
- zur Wahrung einer einheitlichen Informationsgrundlage ist ein geeignetes Informations- und Berichtssystem einzurichten;
- die Erledigung der festgelegten Aufgaben innerhalb der vereinbarten Zeit ist fortlaufend zu überprüfen;
- bei arbeitsintensiven „heißen“ Phasen ist zu überlegen, ob in regelmäßigen Abständen institutionalisierte Besprechungsrunden (sog. jour fixe) stattfinden oder ob Besprechungen nur bei Bedarf einberufen werden.

Vgl. *Schäfer/Neubauer/Bernhard*, in: Ministerium für Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr des Landes Brandenburg (Hrsg.), *Flächenmanagement in Brandenburg*, 2. Aufl. 1999, S. 128 ff.; *Beckmann/Witte*, in: Ministerium für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), *Stadtentwicklung, Neue Kooperationsformen und Partnerschaften*, 2000, S. 24.

Um die unterschiedlichen und zum Teil erheblich konkurrierenden oder konfligierenden Interessenlagen, Mentalitäten und Handlungsphilosophien zu einem für alle Beteiligten akzeptablen Ausgleich zu bringen, empfiehlt es sich in vielen Fällen *für beide Seiten*, **Moderatoren** einzusetzen. Dies gilt besonders bei komplexen und konfliktträchtigen Großprojekten. Meist ist es sinnvoll, die Moderatoren-

funktion externen privaten Dienstleistern zu übertragen. Wesentliche Erfolgsbedingungen eines externen Moderators ist jedoch, daß ihm ein interner Koordinator als „Andockstation“ innerhalb der Verwaltung zur Verfügung steht.

cc) Benennung eines Ansprechpartners

In den meisten Fällen ist es aus Gründen der Effizienz und der Akzeptanz sinnvoll, wenn die Gemeinde für ein Projekt *einen* verantwortlichen Gesprächspartner benennt, der die Aufgabe hat, die Abstimmungen mit dem Vorhabenträger, mit den einzelnen Fachabteilungen der Verwaltung, mit den Trägern öffentlicher Belange sowie mit der kommunalen Vertretungskörperschaft bzw. den zuständigen Ausschüssen begleitend zu koordinieren und sicherzustellen.

Vgl. *Beckmann/Witte*, in: Ministerium für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport des Landes Nordrhein-Westfalen, Stadtentwicklung, Neue Kooperationsformen und Partnerschaften, 2000, S. 19; *Schäfer/Lau/Specovius*, in: Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.), Baulandbereitstellung, bodenpolitische Grundsatzbeschlüsse, 2000, S. 39.

Dies sollte möglichst der verwaltungsinterne Projektleiter sein. Zu der Aufgabe des Ansprechpartners der Gemeinde gehört auch die Koordination, welche Beteiligten bei welchen Besprechungen teilnehmen. Erfahrungsgemäß werden einzelne Fachressorts an dem Verfahren nur unvollständig oder sogar nur punktuell beteiligt und haben dann entsprechende Informationsdefizite. Um dies jedenfalls teilweise zu vermeiden, ist es unverzichtbar, das bereits oben angesprochene Informations- und Berichtssystem einzurichten.

b) Verwaltungsinterne Organisationsstruktur

Die Gestaltung der Organisationsstruktur beim Zusammenwirken mit privaten Vorhabenträgern hat in der Regel auch Rückwirkungen auf die verwaltungsinterne Organisationsstruktur.

aa) Abwicklung im Rahmen der bestehenden „Linienorganisation“

Bei einem informellen Zusammenwirken mit dem privaten Vorhabenträger im Rahmen eines überschaubaren Projekts in einer kleineren Gemeinde lassen sich die erforderlichen Koordinations- und Kooperationsstrenge eines Projekts in der Regel im Rahmen der bestehenden „Linienorganisation“ bewältigen, da es hier vor allem auf das Zusammenwirken einiger weniger Personen ankommt.

Vgl. *Schäfer/Lau/Specovius*, in: Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen

(Hrsg.), Baulandbereitstellung, bodenpolitische Grundsatzbeschlüsse, 2001, S. 38 f.

bb) Bildung einer fachübergreifenden Projektgruppe

Ist im Zuge eines komplexen Vorhabens eine Lenkungsgruppe zwischen Gemeinde und Vorhabenträger eingerichtet worden, empfiehlt es sich, verwaltungsintern eine **fachübergreifende Projektgruppe** zu bilden. Projektgruppen bestehen aus Personen, die für eine begrenzte Dauer die Planung oder Durchführung eines Projekts übernehmen. Sie haben für ihren Zuständigkeitsbereich Entscheidungsbefugnis. Die einbezogenen Mitarbeiter werden für dieses Aufgabenfeld aus der gewohnten „Linienorganisation“ herausgelöst. Für die Funktionsfähigkeit einer Projektgruppe sind zunächst die gleichen Voraussetzungen erforderlich wie bei einer Lenkungsgruppe. Zusätzlich ist einem Ressort die *Federführung* zu übertragen, um eine klare Aufgabenzuweisung sicherzustellen. Welches Ressort hierfür am besten geeignet ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, wobei die Federführung u. U. abschnittsweise wechseln kann. Außerdem ist ein *Projektleiter* zu benennen.

Gerade in Zeiten personeller Engpässe infolge Stellenabbaus ist jeweils genau zu prüfen, welche Ressorts mit welchen einzelnen Mitarbeitern in die Projektgruppe einbezogen werden. In vielen Fällen wird es auch sinnvoll sein, externe private Dienstleister als Moderator in die verwaltungsinterne projektbezogene Organisationsstruktur einzubeziehen.

Bei großen Flächenentwicklungen kann es ferner zweckmäßig sein, einen wesentlichen Teil der Vorbereitung auf kommunal beherrschte Entwicklungsgesellschaften zu übertragen. Dies bietet sich vor allem in den Fällen an, in denen die Gemeinde nicht nur als Träger der Planungshoheit gefragt ist, sondern auch als Grundstückseigentümer oder als potentieller Betreiber.

Vgl. *Beckmann/Witte*, in: Ministerium für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport des Landes Nordrhein-Westfalen, Stadtentwicklung, Neue Kooperationsformen und Partnerschaften, 2000, S. 24.

6. Professionelle Öffentlichkeitsarbeit

Gerade bei politisch umstrittenen städtebaulichen Großprojekten ist eine professionelle Öffentlichkeitsarbeit erforderlich, um die nötige Akzeptanz in der Bevölkerung zu gewinnen. Dabei handelt es sich um einen besonders sensiblen Bereich. Lehnt sich ein Beteiligter in der Öffentlichkeit „zu weit aus dem Fenster“ oder hält er sich umgekehrt zu stark „bedeckt“, führt dies bei dem anderen Vertragspartner häufig zu erheblichen Mißstimmungen. In vielen Fällen ist es deshalb ratsam, Presseerklärungen, Pressekonferenzen und ähnliches sorgfältig mit allen Beteiligten abzustimmen. Die Kunst der Öffentlichkeitsarbeit besteht darin, die richtigen Informationen zur richtigen Zeit zur Verfügung zu stellen. Schließen

die Parteien z.B. einen städtebaulichen Vertrag ab, der zu seiner Wirksamkeit noch der Zustimmung des Aufsichtsrats des Vorhabenträgers bedarf, sollte der Vertragsabschluß in der Regel erst nach dessen Zustimmung der Öffentlichkeit bekanntgegeben werden.

Zur Öffentlichkeitsarbeit gehören auch Broschüren, in denen die Grundsätze und Bedingungen der Baulandentwicklung sowie die dafür vorgesehenen Verfahren mit Formularen und Mustern dargestellt werden.

Vgl. u.a. Landeshauptstadt München (Hrsg.), Die sozialgerechte Bodennutzung. Der Münchner Weg, 2. Aufl. 2000.

Als flankierende Maßnahme der Öffentlichkeitsarbeit bietet es sich ferner an, regelmäßige Evaluierungen durchzuführen. Diese können dazu beitragen, daß die politische Akzeptanz erhöht und Mängel offengelegt werden.

Vgl. *Schäfer/Lau/Specovius*, in: Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.), Baulandbereitstellung, bodenpolitische Grundsatzbeschlüsse, 2001, S. 40 mit Anwendungsbeispielen.

III. Die städtebauliche Kalkulation

1. Grundlagen der städtebaulichen Kalkulation

Grundlage einer realistischen städtebaulichen Kalkulation für die Baulandentwicklung und -erschließung ist eine **Gegenüberstellung der erzielbaren Einnahmen und der Investitionskosten**, die auf der Basis einer Vollkostenrechnung zu ermitteln sind. Die Phase der Baulandentwicklung und -erschließung umfaßt die Bauleitplanung, eine etwa erforderliche Umlegung sowie die Erschließung. Sie ist aus Sicht der Gemeinde mit der erstmaligen endgültigen Herstellung der Erschließungsanlagen im Baugebiet abgeschlossen. Aus Sicht des Eigentümers bzw. Investors endet diese Phase mit vollständiger Vermarktung der baureifen und erschlossenen Grundstücke.

Maßgeblicher **Zeithorizont** für die städtebauliche Kalkulation ist deshalb der Zeitpunkt, in dem die erschlossenen und baureifen Grundstücke in dem vorgesehenen Baugebiet voraussichtlich vollständig vermarktet sein werden. Dabei sind die hierfür erzielbaren Einnahmen den Investitionskosten gegenüberzustellen, die erforderlich sind, um die Grundstücke zu erschließen und baureif zu machen. Zu einer städtebaulichen Kalkulation auf der Basis einer Vollkostenrechnung gehört auch eine an dem zeitlichen Ablauf der Maßnahme orientierte Erlös- und Kostenplanung, aus der sich entnehmen läßt, zu welchem Zeitpunkt jeweils welche Kosten oder Einnahmen anfallen. Eine solche Kosten- und Erlösplanung ist

die Grundlage für die Ermittlung des Finanzierungsbedarfs und damit der Finanzierungskosten. In vielen Fällen können z.B. in den ersten drei Jahren keine Einnahmen angesetzt werden. Ist der Vorhabenträger noch nicht Eigentümer der Baugrundstücke, lassen sich die für das Projekt verkraftbaren Kosten des Grunderwerbs durch entsprechende Rückrechnung ermitteln.

Die möglichen Erlöse und Kosten von späteren Hochbaumaßnahmen sind dagegen nicht Bestandteil der städtebaulichen Kalkulation für die Baulandentwicklung und -erschließung. Je nach dem Projektziel des Eigentümers/Investors kann es allerdings sinnvoll sein, zusätzlich auch die Bauausführungsphase für die Hochbaumaßnahmen in die Wirtschaftlichkeitsberechnung einzustellen.

2. Ermittlung der erzielbaren Einnahmen

a) Ermittlung der Nettobaulandfläche

Grundlage für die Ermittlung der erzielbaren Einnahmen ist die künftige **Nettobaulandfläche** des Baugebiets. Dabei handelt es sich um die Grundstücksflächen, die an bauwillige Dritte veräußert werden können.

Erster Schritt hierfür ist die Ermittlung der Bruttobaulandfläche. Deren Größe fällt in der Regel mit dem räumlichen Geltungsbereich des künftigen Bebauungsplans zusammen.

Als zweiter Schritt sind in methodischer Anlehnung an das Umlegungsverfahren (vgl. § 55 Abs. 2 und Abs. 5 BauGB) folgende Flächen auszuscheiden, um das Bruttobauland zu ermitteln:

- Örtliche Verkehrsflächen für Straßen, Wege einschließlich Fuß- und Wohnwege und für Plätze sowie für Sammelstraßen,
- Flächen für Parkplätze, Grünanlagen einschließlich Kinderspielplätze und Anlagen zum Schutz gegen schädliche Umwelteinwirkungen i.S.d. Bundes-Immissionsschutzgesetzes, soweit sie nicht schon Bestandteil der vorgenannten Verkehrsanlagen sind, sowie für Regenklär- und Regenüberlaufbecken,
- die im räumlichen Geltungsbereich des Bebauungsplans gelegenen Flächen zum Ausgleich i.S.d. § 1 a Abs. 3 BauGB,
- sonstige Flächen, für die nach dem Bebauungsplan eine Nutzung für öffentliche Zwecke vorgesehen ist.

In der Praxis werden die vom Bruttobauland abzuziehenden Flächen vereinfacht etwa wie folgt zusammengefaßt:

- Flächen für die innere Erschließung,

- Flächen für die äußere Erschließung,
- Flächen für Grünanlagen einschließlich Flächen für Lärmschutzbereiche.

Erfahrungswerte zeigen, daß der **Anteil des Nettobaulands** stark schwanken kann. Nach einer Studie des Rationalisierungskuratoriums der Deutschen Wirtschaft RKW e.V. liegt der Anteil des Nettobaulands bei wirtschaftlichen Erschließungsanlagen in Neubaugebieten bei ca. 70 %. Er kann jedoch auch 65 % oder weniger betragen. Für die Szenariobetrachtung im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung kann in vielen Fällen von einer Flächendifferenzierung zwischen 62 und 72 % Nettobauland ausgegangen werden. Macht die Gemeinde die Ausweisung als Bauland von einem Flächenbeitrag oder der Bereitstellung von Flächen für Folgelasten abhängig, kann der Anteil der verfügbaren Nettobaulandfläche auch niedriger liegen. Dies sollte möglichst frühzeitig geklärt werden, um eine hinreichend sichere Kalkulationsgrundlage zu erhalten.

b) Ermittlung des marktgerechten Preises pro m² erschlossenes Nettobauland

Die Ermittlung eines marktgerechten Preises pro m² erschlossenes Nettobauland erfolgt in der Regel in mehreren Stufen. Im Zuge einer Machbarkeitsstudie zu Beginn des Verfahrens wird meist erst eine Grobabschätzung vorgenommen. Als Quellen hierfür reichen häufig bereits die einschlägigen Bodenrichtwerte der Gemeinde sowie Aussagen der Sparkasse und der örtlichen Makler zu den derzeitigen Marktpreisen für erschlossene Wohn- bzw. Gewerbegrundstücke. Faktoren wie Marktentwicklung und Konkurrenzprojekte bleiben dagegen in diesem Stadium meist noch unberücksichtigt. Durch eine Best-Case und Worst-Case-Betrachtung kann auf dieser Basis eine Bandbreite des erzielbaren Preises pro m² erschlossenes Nettobauland ermittelt werden. In gleicher Weise läßt sich daraus i.V.m. der ermittelten Nettobaulandfläche der Gesamterlös grob abschätzen.

Die Erlösschätzung ist während des Verfahrens zu verfeinern. Hierfür sind in der Regel eigene Marktanalysen des Eigentümers/Investors unabdingbar. Bei einer solchen Marktanalyse sind insbesondere die Faktoren Marktentwicklung und Konkurrenzprojekte einzustellen. In vielen Regionen ist derzeit ein Käufermarkt zu beobachten, bei dem Interessenten zwischen mehreren vergleichbaren Angeboten auswählen können. Die Prognose, zu welchem Preis wieviel Grundstücke nachgefragt werden, hängt u.a. ab von der Lage des Baugebiets, den möglichen Gebäudestrukturen (Einzelhäuser, Doppelhäuser, Reihenhäuser, Geschosswohnungsbau), der Infrastruktur des Baugebiets, der Erschließungssituation, der Entfernung zu Verdichtungsräumen mit vielen Arbeitsplätzen sowie von der Verfügbarkeit und den Preisen von Grundstücken in anderen vorhandenen und geplanten Baugebieten der Gemeinde sowie im maßgeblichen Einzugsbereich.

3. Ermittlung der Investitionskosten auf der Basis einer Vollkostenrechnung

a) Faktoren der Investitions-Vollkostenrechnung

Bei der Ermittlung der Investitionskosten kommt es entscheidend darauf an, daß *alle* Kostenpositionen einschließlich der Finanzierungskosten in realistischer Weise in die Rechnung eingestellt werden. Welche einzelnen Faktoren bei der Investitions-Vollkostenrechnung zu berücksichtigen sind, läßt sich dem folgenden Muster entnehmen.

Muster einer Vollkostenrechnung (Quelle: Kommunalentwicklung LEG Baden-Württemberg GmbH Regionalbüro KSG Karlsruhe)

PRIVATE BAULANDERSCHLIESSUNG KALKULATION		KSG	
Projekt:		Datum:	
TABELLE A: HERSTELLUNGSKOSTEN		Blatt 1	
IV Planungskosten		in TDM	
	Verkehrsanlagen/Straßen/innere Erschließung		II
	Verkehrsanlagen/äußere Erschließung		
	Entwässerungsanlagen/Schmutzwasser innen		
	Entwässerungsanlagen/Regenwasserbehandlung		
	Planung von Maßnahmen für die Vorflut		
	Wasserversorgung		
	Ing. Bauten		
	Landschaftspflegerische Planungen		
	Bauvermessung		
	Lärmschutzmaßnahmen		
	Hochwasserschutzmaßnahmen		
	Bauleiung		
	Veröffentlichung, Ausschreibung		
	Unvorhergesehenes		
	Zwischensumme (netto)	0	0
	zzgl. 16 % Mehrwertsteuer	0	0
IV	Zwischensumme (brutto)	0	0
V	Herstellungskosten der Erschließungsanlagen	in TDM	
	Verkehrsanlagen/innere Erschließung		II
	Verkehrsanlagen/äußere Erschließung		
	Entwässerungsanlagen (Schmutzwasser) innere Erschl.		
	Entwässerungsanlagen (Schmutzwasser) äußere Erschl.		
	Regenwasserbehandlung		
	Wasserversorgungsanlagen		
	Öffentliche Grünanlagen/Spielplätze		
	Ausgleichsmaßnahmen (Bau- und Pflanzkosten)		
	Lärmschutzmaßnahmen		
	Hochwasserschutzmaßnahmen		
	Räumung des Baufeldes (Angleichungen)		
	Straßenbeleuchtung		
	Unvorhergesehenes		
	Zwischensumme (netto)	0	0
	zzgl. 16 % Mehrwertsteuer	0	0
V	Zwischensumme (brutto)	0	0

PRIVATE BAULANDERSCHLIESSUNG KALKULATION		KSG	
Projekt:		Datum:	
TABELLE A: HERSTELLUNGSKOSTEN		Blatt 2	
IV Planungskosten		in TDM	
I	Kosten der Bauleitplanung	in TDM	
	Städtebaul. Entwurf/Wettbewerb		II
	Ausarbeitung Bebauungsplan (HOAI)		
	Grünordnungsplan		
	Ermittlung des Ausgleichs nach § 8a BNatG		
	Baugrunduntersuchungen/Geolog.		
	Untersuchung Alltlasten		
	Vorplanung/Untersuchung Oberflächenentwässerung		
	Vorplanung Straßen		
	Vorplanung Abwasser		
	Entwurfsvermessung		
	Schalltechn. Untersuchungen/Gutachten		
	Emissionsberechnungen/Abstandsermittlung		
	Unvorhergesehenes		
	Zwischensumme (netto)	0	0
	zzgl. 16 % Mehrwertsteuer	0	0
I	Zwischensumme (brutto)	0	0
II	Kosten der Bodenordnung	in TDM	
	Vermessungskosten (incl. Mwst.)		II
	Notarkosten		
	Grundwerbssteuer		
	Eintragungskosten		
	Verfahrenskosten		
II	Zwischensumme (brutto/netto)	0	0
III	Folgekosten	in TDM	
	Grundenwerb für Ausgleichsmaßnahmen		
	Entschädigungen für Ausgleichsmaßnahmen		
	Kostenanteile für Verkehrsanlagen äußere Erschl.		
	Kostenanteil für Entwässerungsanlagen äußere Erschl. (Fläche x 1,50 DM/qm)		
	Kostenanteil (Wasserversorgung) zentrale Einrichtung		
	Kostenanteil (kommunale Infrastruktur)		
	Kostenanteil		
	Räumung/Baufeld/Kostensatz		
	Klarbeitrag/Ablosung (Fläche x 2,0 DM/qm)		
		
	Grundenwerb für Lärm/Immissionsschutz		
III	Zwischensumme (brutto/netto)	0	0

PRIVATE BAULANDERSCHLIESSUNG KALKULATION		KSG	
Projekt:		Datum:	
TABELLE A: HERSTELLUNGSKOSTEN		Blatt 3	
		I in TDM II	
VI	Finanzierungskosten während der Bauzeit		
	Finanzierungskosten Bauleitplanung		
	Finanzierungskosten Bodenordnung		
	Finanzierungskosten Folgekosten		
	Finanzierungskosten Planungskosten		
	Finanzierungskosten Herstellungskosten		
VI	Zwischensumme (brutto/netto)	0	0
VII	Honorare Erschließungsträger		
	Honorar Vorbereitung (Ankauf)		
	Honorar Bodenordnung		
	Honorar Durchführung		
	<small>(Nettsumme IV, Planungskosten + Nettsumme V, Herstellungskosten der Erschließungsanlagen)</small>		
	Zwischensumme (netto)	0	0
	zzgl. 16 % Mehrwertsteuer	0	0
VII	Zwischensumme (brutto)	0	0
Zusammenfassung			
		I	II
I	Kosten der Bauleitplanung (netto)	0	0
II	Kosten der Bodenordnung (brutto/netto)	0	0
III	Folgekosten (brutto/netto)	0	0
IV	Planungskosten (netto)	0	0
V	Herstellungskosten der Erschließungsanlagen (netto)	0	0
VI	Finanzierungskosten während der Bauzeit (brutto/netto)	0	0
VII	Honorare Erschließungsträger (netto)	0	0
	Gesamter Aufwand Herstellung (netto)	0	0
	Gesamter Aufwand Herstellung (brutto)	0	0

PRIVATE BAULANDERSCHLIESSUNG KALKULATION		KSG	
Projekt:		Datum:	
TABELLE B: GRÜNDERWERB			
		Flist. Nr.	qm
		DM/qm	I in TDM II
1.	Erwerbskosten		
	1. Fläche		0
	2. Fläche		
	3. Fläche		
	4. Fläche		
	Zwischensumme		0
	Entschädigungen		
	Vertragskosten		
	Notarkosten (1%)		0
	Eintragungskosten		
	Sonstiges		
	Gründerwerbssteuer (3,5 %)		0
	Summe Gründerwerbskosten		0
2.	Bewirtschaftung der Grundstücke (ohne Zinsen)		I in TDM II
	Honorar Gründerwerb		
	Verwaltungsaufwand	Faktor	Jahre
I		0	0
II		0	0
	Summe Bewirtschaftungskosten		0
3.	Vertrieb		I in TDM II
	Vertrieb eigene Kosten)	
	Fremdkosten (Makler))	pauschal
	Vertriebskonzeption)	
	Marketingmaßnahmen)	
	Summe Vertriebskosten		0
	Gesamter Aufwand Gründerwerb		0

PRIVATE BAULANDERSCHLIESSUNG KALKULATION		Datum:		KSG		
Projekt: TABELLE C: FINANZIERUNG						
1.	Grundstück ab Übernahme	Kaufpreis in DM	Jahre	Zinssatz	I	II
					in TDM	
	1. Fläche	0			0	0
	2. Fläche	0				
	Summe Finanzierungskosten Grundstück				0	0
2.	Herstellungskosten ab Fertigstellung	Kosten in TDM	Jahre	Zinssatz	I	II
					in TDM	
	1. Fläche netto	0			0	0
	2. Fläche netto	0				
	1. Fläche brutto	0			0	0
	2. Fläche brutto	0				
	Summe Finanzierung Herstellungskosten netto				0	0
3.	Sonstige Finanzierungskosten	Kosten in DM	Jahre	Zinssatz	I	II
					in TDM	
	Vorfianzierung von Erschließungst.				0	0
	Vorfianzierung Infrastruktur				0	0
	Summe Finanzierungskosten Sonstiges				0	0
	Gesamter Finanzierungsaufwand (netto)				0	0
	Gesamter Finanzierungsaufwand (brutto)				0	0

PRIVATE BAULANDERSCHLIESSUNG KALKULATION		Datum:		KSG	
Projekt: TABELLE D: HONORARE /GESELLSCHAFT					
1.	Vorbereitung der Maßnahme		I	in DM	II
	Klärung der Aufgabenstellung				0
	Klärung der Mitwirkungsbereitschaft der Grundstückseigentümer				0
	Erstellung des Konzepts				0
	Zwischensumme Vorbereitung				0
2.	Projektsteuerung		I	in DM	II
	Vorbereitung/Wettbewerb				0
	Bauleitplanung				0
	Ausbauplanung				0
	Zwischensumme Projektsteuerung				0
3.	Bodenordnung		I	in DM	II
	Freiwillige Bodenordnung				0
	Gesetzliches Verfahren				0
	Zwischensumme Bodenordnung				0
4.	Wirtschaftliche Betreuung der Eigentümer		I	in DM	II
	Abwicklung der Erschließungsmaßnahme (Tabelle A "VII Honorar Durchführung")				0
	Zwischensumme Betreuung				0
5.	Kosten - Übernahme von Grundstücken		I	in DM	II
	Honorar Grunderwerb (Tabelle B, Punkt 2)				0
	Verwaltungsaufwand (Tabelle B, Punkt 2)				0
	Kosten Projektgesellschaft				0
	Kosten Vertrieb (gesondert zu vereinbaren)				0
	Zwischensumme Grundstücksübernahme				0
	Gesamtaufwand Honorare				0

PRIVATE BAULANDERSCHLIESSUNG KALKULATION		KSG	
Projekt:	Datum:		
E: BAULANDPREISE			
<i>Ermittlung der Gesamtkoste/Baulandpreise in TDM</i>			
	I	II	brutto II
Tabelle A: Herstellungskosten	0	0	0
Tabelle B: Grunderwerb	0	0	0
Tabelle C: Finanzierung	0	0	0
Tabelle D: Honorare/Gesellschaft	in A + B enthalten		
Gesamtkosten	0	0	0
Einnahmen von Dritten/Zuschüsse			
Einnahmen von Drittanliegern	0	0	0
Zuschüsse	0	0	0
Gesamteinnahmen von Dritten	0	0	0
auf Bauland umzulgender Betrag	0	0	0
	I	II	
Bruttofläche Erschließungsgebiet öffentliche Fläche	in qm		
Nettobauland (nur Fläche I)			
Kosten je qm Nettobauland			
Kosten je qm Bauland	I	II	brutto II
A: Herstellungskosten	0	0	0
B: Grunderwerb	0	0	0
C: Finanzierung	0	0	0
D: Honorare/Gesellschaft	in A + B enthalten		
Gesamtkosten in DM/qm Bauland	0	0	0

b) Ermittlung der einzelnen Kostenpositionen

Ein erfahrenes Projektentwicklungsbüro ist in der Lage, die meisten Kostenpositionen aus Erfahrungswerten und Schätzungen mit relativ hoher Genauigkeit herzuleiten. Dies gilt insbesondere für die Ermittlung der Erschließungskosten.

Spezielle Untersuchungen sind dagegen in der Regel für die Ermittlung der Kosten einer etwaigen Altlastensanierung oder der Kosten einer etwaigen Verfüllung oder Verdichtung erforderlich.

4. Zeitliche Erlös-, Kosten- und Finanzplanung

Für die professionelle Abwicklung eines Baulandentwicklungsprojekts bedarf es einer sorgfältigen zeitlichen Erlös-, Kosten- und Finanzplanung, die den gesamten Zeitraum einer Baulandentwicklung und -erschließung **bis zur vollständigen Vermarktung der baureifen und erschlossenen Grundstücke** abdeckt.

Vgl. *Dransfeld*, Bodenwirtschaft – die städtebauliche Kalkulation, 2002; *Geuenich/Josten/Teigel*, Baulandentwicklung durch Bodenmanagement, 2002; *Dieterich/Dransfeld*, Wirtschaftliche Baulandentwicklung unter Kostenbetei-

ligung von Eigentümer und Investor, Skript zum Seminar BW 980012 des Landesverbandes Baden-Württemberg des vhw am 14.05.1998, S. 16.

Diese – ständig fortzuschreibende – Kalkulation orientiert sich an dem zeitlichen Ablauf einer Maßnahme nach einzelnen Planungs- und Bauabschnitten. Wie eine solche Kalkulation aussieht, läßt sich dem folgenden Muster entnehmen, wobei diese Aufstellung nicht nur für ein einzelnes Jahr, sondern für sämtliche Jahre bis zum voraussichtlichen Abschluß des Projekts vorzunehmen ist.

Ein weiterer wichtiger Aspekt des Kosten- und Finanzmanagements liegt darin, daß sich die Kosten nach Projektfortschritt immer weniger beeinflussen lassen. Dies hat zur Folge, daß die Rentabilität eines Projekts möglichst frühzeitig sichergestellt werden sollte, weil es in späteren Verfahrensstadien immer schwerer wird, erfolgreich „gegenzusteuern“.

5. Dynamische Betrachtung (Barwertmethode)

Neben der bisher beschriebenen, eher statischen Betrachtung kommt auch eine dynamische Betrachtung im Wege der sogenannten Barwertmethode in Betracht. Das Grundprinzip der Barwertmethode besteht in der *Abzinsung von Einnahmen und Ausgaben auf einen fixierten Zeitpunkt*.

Vgl. *Falk* (Hrsg.), Fachlexikon Immobilienwirtschaft, 2. Aufl. 2000, S. 78.

Bei der Baulandentwicklung und -erschließung ist dies der Zeitpunkt, zu dem die baureifen und erschlossenen Grundstücke voraussichtlich vollständig vermarktet sein werden. Die Barwertmethode ermöglicht es dem Vorhabenträger, durch die Abzinsung der jährlichen Beträge mit einem festgelegten Diskontierungssatz verschiedene Szenarien miteinander zu vergleichen. Dadurch können mögliche Veränderungen im Projekt beurteilt werden, z.B. früherer Verkauf der Grundstücke als geplant zu reduzierten Preisen. Die Höhe des Kapitalwertes entscheidet über die einzelnen Alternativen.

IV. Realistische Einschätzung der eigenen Verhandlungsposition

1. Planungshoheit der Gemeinde

Wesentliche Bedingung für ein erfolgreiches Vertragsmanagement ist die **realistische Einschätzung der eigenen Verhandlungsposition**. Ist zur Schaffung von Baurecht für ein Vorhaben die Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans erforderlich, ist der **Eigentümer oder Investor zwingend auf die Mitwirkungsbereitschaft der Gemeinde angewiesen**. Nach § 2 Abs. 1 BauGB liegt die Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans in der Planungshoheit der Gemeinde. Der Eigentümer oder Investor hat darauf nach § 2 Abs. 3 BauGB keinen Anspruch. Die Verteilung der Rechtspositionen zwischen Gemeinde und Vorhabenträger sieht deshalb etwa so aus:

Planungshoheit der Gemeinde

Rechte des Investors/Eigentümers

2. Tatsächliche wirtschaftliche „Machtverhältnisse“

In der Praxis bestimmt sich die Verhandlungsposition der Gemeinde aber regelmäßig **nach den tatsächlichen wirtschaftlichen „Machtverhältnissen“** im konkreten Einzelfall.

Vgl. *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 11 Rdnr. 3, der sogar die These vertritt, die alleinige Befugnis der Gemeinde, Bauleitpläne aufzustellen und damit Baurecht zu schaffen, sei nur ein formelles Recht und keine „Macht“, wenn die Gemeinde etwa auf Einnahmen durch den Investor oder auf seine Investition angewiesen ist; vgl. auch *Kahl*, DÖV 2000, S. 793, 800.

Die „Machtverhältnisse“ können im Einzelfall äußerst unterschiedlich verteilt sein. In den neuen Bundesländern gibt der Investor häufig die Rahmenbedingungen für ein Vorhaben vor.

Vgl. *Erbguth/Witte*, Biete Planung, suche Grundstück – Möglichkeiten und Grenzen städtebaulicher Verträge, DVBl 1999, S. 435; vgl. auch „Diktat des Investors“, in: *Der Spiegel*, Heft 36/1998, S. 62 f.

Anders sieht die Situation etwa in den Regionen München oder Stuttgart aus, in denen die Baulandpreise sehr hoch sind. Dort ist die bebauungsplanbedingte Bodenwertsteigerung so erheblich, daß die Gemeinde es sich leisten kann, ein Bebauungsplanverfahren erst dann einzuleiten, wenn sich der Grundstückseigentümer oder Investor vertraglich verpflichtet hat, die von der Gemeinde im wesentlichen vorgegebenen Bedingungen der Kostenübernahme auch für notwendige Folgeeinrichtungen zu akzeptieren.

Vgl. zur Münchener Praxis, Marie-Luis *Wallraven-Lindl*, Die sozialgerechte Bodenordnung. Der Münchener Weg, in: *Der Bayerische Bürgermeister* 1998, S. 192 ff.; zur Stuttgarter Praxis vgl. Karl-Heinz *von der Heide*, Städtebaulicher Vertrag und Umlegung – Weiterentwicklung des „Stuttgarter Modells“, BWGZ 1996, S. 187 ff.

3. Einzelne „Machtfaktoren“

Im einzelnen bestimmen insbesondere folgende Faktoren die Verhandlungsposition der Gemeinde gegenüber dem Investor/Eigentümer:

- Je höher die zu erwartende Rendite aus dem Projekt ist, desto höher wird in der Regel die Bereitschaft des Investors/Eigentümers zu wirtschaftlichen Zugeständnissen an die Gemeinde sein. Zur Ermittlung der Rendite sind die voraussichtlich erzielbaren Erlöse den voraussichtlichen Gesamtkosten gegenüberzustellen. Die Höhe der Rendite hängt insbesondere von der Höhe der planungsbedingten Bodenwertsteigerung ab. Daneben spielen aber noch mehrere andere Faktoren eine Rolle. Auf der Kosten-seite ist u.a. der Zeitfaktor von Bedeutung. Je kürzer der Zeitraum bis zur Vermarktung dauert, desto niedriger sind die häufig nicht unerheblichen Zinsbelastungen.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.) Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 146 f. m.w.N.

- Je größer umgekehrt das städtebauliche oder wirtschaftliche Interesse der Gemeinde an der Realisierung des Vorhabens ist, desto geringer wird im Zweifel die Bereitschaft des Investors/Eigentümers sein, auf die Forderungen der Gemeinde einzugehen.
- Ist der Interessent bereits Eigentümer des Vorhabengrundstücks, ohne daß ihm zivilrechtlich ein Rücktrittsrecht zusteht, wird er im Zweifel eher geneigt sein, bestimmte Forderungen der Gemeinde zu akzeptieren, als ein Interessent, der mehrere geeignete Standorte in verschiedenen Gemeinden zur Auswahl hat.
- Die Kompromißbereitschaft des Eigentümers wird ferner davon abhängen, ob und wie dringend er auf die Realisierung des Projekts finanziell angewiesen ist. Große Grundstücksgesellschaften wie die DBImm AG können es sich u.U. leisten, auch Grundstücke in attraktiver Lage vorübergehend „liegen zu lassen“, während der Eigentümer einer notleidenden, neben einem bereits bestehenden Wohngebiet gelegenen Gärtnerei sich diese Freiheit kaum nehmen kann.

Schon diese Aufzählung zeigt, daß bei den Vertragsverhandlungen die „Macht der Zahlen“ eine große Rolle spielt. Überschätzt eine Gemeinde die Wirtschaftlichkeit eines Projekts, können die Verhandlungen leicht wegen überzogener Forderungen der Gemeinde scheitern. Umgekehrt schöpft die Gemeinde u.U. ihre Verhandlungsposition nur unzureichend aus, wenn sie die Wirtschaftlichkeit eines Vorhabens zu niedrig einschätzt. Umso wichtiger ist es, daß sich auch die Gemeinde mit der Wirtschaftlichkeitsberechnung des Vorhabens frühzeitig auseinandersetzt.

V. Erfolgsbedingungen der Verhandlungsführung

1. Frühzeitige Einbringung von professionellem Sachverstand

Viele wichtige Weichenstellungen erfolgen bereits zu Beginn der Vertragsverhandlungen. Läßt sich ein Vertragspartner zu diesem Zeitpunkt „über den Tisch ziehen“, so ist eine grundlegende Korrektur des vorläufigen Verhandlungsergebnisses oft nicht mehr möglich, ohne zugleich das gesamte Projekt zu gefährden. Aus diesem Grund empfiehlt es sich gerade bei großen und komplexen Baulandentwicklungsprojekten in der Regel, professionellen Sachverstand bereits frühzeitig einzuschalten. Wird ein Fachmann dagegen erst kurz vor Abschluß des Vertrages beauftragt, wird sich seine Funktion meist darauf beschränken, das ausgehandelte Verhandlungsergebnis in eine rechtssichere Form zu bringen.

2. Strategien zur Bewältigung der „Knackpunkte“

Der Schlüssel für ein erfolgreiches Verhandlungsergebnis liegt häufig darin, die richtige Strategie zur Bewältigung derjenigen „Knackpunkte“ zu finden, die für das Zustandekommen einer Vereinbarung von maßgeblicher Bedeutung sind. Dabei geht es darum, die Grenzen der eigenen Verhandlungsposition auszuloten, ohne den Abbruch der Verhandlungen zu riskieren. Strategisch gibt es hierzu mehrere Möglichkeiten:

a) Die sogenannte „Ran an das Problem-Strategie“

Die Verhandlungspartner können sich *vorab* darauf verständigen, **zunächst über die wesentlichen „Knackpunkte“ des Falls zu verhandeln**. Dabei sind zunächst jeweils die unverzichtbaren und die verhandelbaren Positionen jeder Seite und ihre Gründe dafür sorgfältig herauszuarbeiten. Kennen die Vertragspartner wechselseitig ihre Empfindlichkeiten, können sie gemeinsam an der Lösung der grundlegenden Probleme arbeiten. Dabei ist es wichtig, eine entspannte und vertrauensvolle Verhandlungsatmosphäre zu schaffen, die es ermöglicht, Lösungsvorschläge ohne vorherige Absicherung auch einmal „ins Blaue hinein“ entwickeln zu können. Gelingt es den Vertragspartnern, gemeinsam die entscheidenden Hindernisse zu bewältigen, läßt sich erfahrungsgemäß auch relativ leicht eine Einigung über alle anderen Fragen erzielen.

b) Die Konsensstrategie

Die Konsensstrategie wählt einen vorsichtigeren Weg als die „Ran an das Problem-Strategie“. Sie beruht auf der Grundlage, daß zunächst alle Fragen gelöst werden, für die relativ leicht eine Einigung gefunden werden kann. Auf diese Weise lassen sich die meist wenigen „Knackpunkte“ eines Falles gewissermaßen **„einkreisen“**. Ist für die Vertragspartner überschaubar, daß nur noch ein oder zwei Hindernisse auszuräumen sind, wird sich möglicherweise das Gefühl einstellen, daß eine Lösung in greifbare Nähe gerückt ist.

3. Interessenvertretung mit Augenmaß und Fingerspitzengefühl

„Nichts bis auf die Hefe leeren“ könnte eine passende Antwort auf die Frage sein, ob die eigene Verhandlungsposition bis zum letzten ausgereizt werden soll. Eine Verhandlungsführung, die sich darauf beschränkt, stur auf den eigenen Positionen zu beharren und die Interessen des Vertragspartners zu ignorieren, wird in der Regel nicht zum Erfolg führen. Wie bei allen Verträgen kommt es auch bei den städtebaulichen Verträgen darauf an, eine *ausgewogene Mischung zwischen Geben und Nehmen* zu finden. Eine hartnäckige Verhandlungsführung schließt deshalb keinesfalls aus, dem Vertragspartner in einzelnen Punkten entgegenzukommen. Im Gegenteil: **Mit Augenmaß und Fingerspitzengefühl lassen sich nach unserer Erfahrung die besten Ergebnisse erzielen.**

4. Vertrauensbildung durch gerechte Risiko- und Lastenverteilung

Nach § 2 Abs. 3 BauGB kann ein Anspruch des Vorhabenträgers auf Aufstellung eines Bebauungsplans auch durch einen städtebaulichen Vertrag nicht begründet werden. Der Vorhabenträger trägt danach in der Regel das volle wirtschaftliche Risiko, daß das Bebauungsplanverfahren scheitert. Hat die Gemeinde an der Verwirklichung des geplanten Vorhabens auch ein erhebliches Eigeninteresse, kann sie sich als vertrauensbildende Maßnahme gegenüber dem Vorhabenträger unter bestimmten Voraussetzungen zu einer (teilweisen) vertraglichen Risikoübernahme verpflichten. Dies kann insbesondere in solchen Fällen sinnvoll sein, in denen die zu erwartende Rendite des Vorhabenträgers relativ niedrig ist. Außerdem fällt es dem Vorhabenträger dann häufig leichter, der Gemeinde seinerseits Zugeständnisse zu machen.

5. Strategie zur Versachlichung der Verhandlungen

Bei nicht wenigen Baulandentwicklungsprojekten tauchen plötzlich **kommunalpolitische Hindernisse** auf, die einer Diskussion auf der Sachebene entgegenstehen oder eine solche jedenfalls erschweren. Dies sei durch folgendes Fallbeispiel illustriert:

E ist Eigentümer einer großen Fläche, die als Wohnbaufläche überplant werden soll. Viele Gemeinderatsmitglieder sind der Auffassung, der nicht ganz unvermögende E wolle sich dabei eine „goldene Nase“ verdienen. Um dies zu verhindern stellt die Gemeinde Forderungen, die die Wirtschaftlichkeit des Projekts in Frage stellen.

Eine erfolgsorientierte Verhandlungsführung wird bei dieser Sachlage die **Strategie** verfolgen, **die Diskussion** von der emotionalen Ebene wieder **auf die Sachebene zu lenken**. Zur Versachlichung kann insbesondere Transparenz durch Zahlen beitragen. Dies gilt umso mehr, wenn die Zahlen des Eigentümers von einem von der Gemeinde beauftragten Fachmann im wesentlichen bestätigt wer-

den können. Das beinhaltet eine verständliche und ansprechende Präsentation im Gemeinderat.

6. Interne Verfahrensführung

Eine weitere wichtige Erfolgsbedingung der Verhandlungsführung ist es, daß die auf der eigenen Seite beteiligten Personen in den Verhandlungen „mit einer Zunge sprechen“. Dies erfordert in der Regel eine intensive vorherige interne Abstimmung, da einzelne Ämter innerhalb der Verwaltung häufig durchaus unterschiedliche Interessen verfolgen. Vertragsentwürfe und Änderungen oder Ergänzungen von Vertragsentwürfen sollten ferner stets zunächst von den eigenen Beteiligten durchgesehen und überprüft werden und erst dann an den Vertragspartner weitergeleitet werden. Dies gilt auch und gerade dann, wenn der Vertragsentwurf unter hohem Zeitdruck erstellt worden ist und der Vertragspartner auf eilige Übersendung drängt.

Zum Zielkonflikt zwischen Sachgerechtigkeit und Zeitdruck allgemein vgl. *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 151; *Jerschke* DNotZ-Sonderheft 1989, S. 33.

VI. Besonderheiten des Vertragsmanagements beim Abschluß städtebaulicher Verträge

1. Minimierung des Risikos gemeindlicher Vorlaufkosten

Ein wesentliches Ziel der Gemeinde beim Abschluß städtebaulicher Verträge liegt in der Regel darin, die unmittelbar projektbezogenen Kosten ganz oder teilweise vertraglich auf den Vorhabenträger abzuwälzen. Häufig entstehen aber der Gemeinde Vorlaufkosten (z.B. Planungs- oder Rechtsanwaltskosten). Springt der Investor dann später ab, bleibt die Gemeinde auf diesen Kosten „sitzen“. **In vielen Fällen ist es deshalb sachgerecht, wenn die Gemeinde die Fortführung des Verfahrens davon abhängig macht, daß der Vorhabenträger sich in einem städtebaulichen Vorvertrag verpflichtet, die der Gemeinde entstehenden Vorlaufkosten zu übernehmen.**

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 308.

Dies erscheint insbesondere in solchen Fällen angezeigt, in denen ein Investor, dessen Bonität nicht zweifelsfrei ist, die Gemeinde unter starken Zeit- und Handlungsdruck setzt.

2. Besonderheiten des zeitlichen Vertragsmanagements

Besonders bei Folgekostenvereinbarungen muß die Gemeinde aufpassen, daß sie nicht zu spät kommt. **Folgekostenvereinbarungen und andere städtebauliche Verträge nach § 11 BauGB dürfen** – anders als der Erschließungsvertrag nach § 124 BauGB – **nur bis zum Eintritt der formellen und materiellen Planreife nach § 33 Abs. 1 BauGB abgeschlossen werden.** Bis zu diesem Zeitpunkt kann die Gemeinde die Aufstellung eines Bebauungsplans von der Bereitschaft des Vorhabenträgers zur Zahlung der Folgekosten abhängig machen. Diese Möglichkeit entfällt jedoch, sobald für den Investor ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung entstanden ist. Dies ist mit Eintritt der formellen und materiellen Planreife nach § 33 Abs. 1 BauGB der Fall. Ab diesem Zeitpunkt steht § 11 Abs. 2 S. 2 BauGB dem Abschluß einer Folgekostenvereinbarung entgegen, da der Eigentümer oder Investor auch ohne die Leistung eines Folgekostenbetrages einen Anspruch auf die Gegenleistung, d.h. auf Erteilung der Baugenehmigung hat.

Vgl. BGH, B. v. 13.06.1991 - III ZR 143/90 -, BRS
53 Nr. 70; Oerder, BauR 1998, S. 22, 32.

Zur besseren Strukturierung des Gesamtverfahrens empfiehlt sich gerade bei städtebaulich bedeutsamen Großprojekten eine **mehrstufige Vertragsgestaltung**, bei der die komplexen Problemkreise des Vorhabens rechtlich voneinander abgeschichtet werden. In vielen Fällen wird bereits in der Vorplanungsphase ein städtebaulicher Vor-, Rahmen bzw. Eckpunktevertrag abgeschlossen.

3. Besonderheiten in Fällen mit einer Vielzahl von Eigentümern

In Plangebieten mit vielen Grundstückseigentümern wird die Gemeinde immer wieder mit folgendem Problem konfrontiert: Viele Eigentümer sind zwar durchaus zum Abschluß des gewünschten Vertrages mit der Gemeinde bereit, aber eben nicht alle. Dieses Problem stellt sich in gleicher Weise sowohl bei gemeindlichen Zwischenerwerbsmodellen, bei Einheimischenmodellen ohne gemeindlichen Zwischenerwerb und bei freiwilligen Vereinbarungen unter dem „Mantel“ eines amtlichen Umlegungsverfahrens.

Allen vorgenannten Fallgestaltungen ist gemeinsam, daß die Grundstücksflächen der nicht kooperationswilligen Eigentümer meistens nicht aus dem räumlichen Geltungsbereich des Bebauungsplans ausgespart werden können. Das BVerwG hat entschieden, daß eine Gemeinde bei der Ausweisung eines Wohngebiets auf einer bisher landwirtschaftlich genutzten Fläche im Außenbereich einen inmitten des Wohngebiets liegenden kleineren Bereich (hier: ca. 3.500 m²) nicht allein deshalb unbeplant lassen darf, weil der Eigentümer nicht zum Verkauf an die Gemeinde bereit ist.

Vgl. BVerwG, B. v. 20.05.1995 - 4 NB 23.94 -, NuR
1997, S. 184.

Ebensowenig dürfte es zulässig sein, einen solchen Bereich zwar in den Geltungsbereich des Bebauungsplans aufzunehmen, ihn aber als private Grünfläche festzusetzen, weil der Eigentümer nicht zum Verkauf an die Gemeinde bereit ist.

In solchen Fällen sind intelligente praktische Lösungen gefragt. Handelt es sich um Randflächen, kann es durchaus möglich sein, eine abwägungsfeste städtebauliche Begründung dafür zu finden, die Flächen nicht in den förmlichen Geltungsbereich des Bebauungsplans aufzunehmen. Allerdings ist stets darauf zu achten, daß diese Flächen nach der Bebauung des Baugebiets nicht zu Baulücken werden, die dann kraft Gesetzes nach § 34 BauGB bebaubar werden.

In manchen Fällen kommt auch die Ausweisung eines sogenannten Grünkeils in Betracht, der freilich nicht auf das Grundstück des nicht kooperationswilligen Eigentümers beschränkt werden kann. Ein solches Vorgehen verspricht aber von vornherein nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn diese Flächen nicht in ein Umlegungsgebiet einbezogen zu werden brauchen.

Vgl. hierzu *Dieterich*, Baulandumlegung, 4. Aufl.
2000, Rdnr. 42.

Darüber hinaus ist für eine solche Grünflächenfestsetzung stets eine schlüssige, städtebauliche Begründung erforderlich, die besonderer Sorgfalt bedarf.

Sind die letzten nicht kooperationswilligen Eigentümer nur gegen Einräumung von Sonderkonditionen bereit mitzumachen, sollte die Gemeinde schon zur Vermeidung einer negativen Vorbildwirkung für andere Baugebiete zurückhaltend reagieren. Sofern die Gemeinde gleichwohl bereit ist, diesen Eigentümern die geforderten Sonderkonditionen zu gewähren, ist es aus Gründen der Gleichbehandlung geboten, daß sie auch allen anderen Eigentümern eine entsprechende Nachbesserung der Konditionen anbietet.

Abb.: Einzelne nicht kooperationswillige Eigentümer



4. Besonderheiten in Fällen mit Beteiligung von Erbengemeinschaften

In den meisten Plangebieten ist mindestens eine Erbengemeinschaft als Grundstückseigentümer beteiligt. Erbengemeinschaften zeichnen sich in vielen Fällen dadurch aus, daß die einzelnen Mitglieder untereinander zerstritten sind und eine tiefe Mißgunst gegeneinander hegen. Schwierigkeiten sind dann in der Regel vorprogrammiert. Dies gilt besonders dann, wenn eine Umlegung durchgeführt werden muß. Häufig ist es nicht einmal möglich, alle Mitglieder einer Erbengemeinschaft zu einem gemeinsamen Termin einzuladen. Hinzu kommt, daß die einzelnen Mitglieder der Erbengemeinschaft in der Umlegung oft höchst unterschiedliche Interessen und Ziele verfolgen. Während der eine auf eine Zuteilung in Land besteht, wollen die anderen unbedingt eine Abfindung in Geld.

Die angesprochenen Probleme lassen sich im Rahmen der Umlegung in der Regel durch eine (Teil-) Auflösung der Erbengemeinschaft bewältigen. Die Möglichkeit einer solchen (Teil-) Auflösung einer Erbengemeinschaft mit behördlicher Hilfe im Rahmen des § 59 Abs. 4 BauGB ist allgemein anerkannt. Voraussetzung ist allerdings, daß alle Miterben damit einverstanden sind.

Vgl. OLG Hamm, B. v. 05.03.1996 - 15 W 480/95 - Rpfleger 1996, S. 338; *Dieterich*, Baulandumlegung, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 276; *Stich*, in: *Schlichter/Stich* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum BauGB, 2. Aufl. 1995, § 59 Rdnr. 20.

Im Zuge der (Teil-) Auflösung der Erbengemeinschaft können die im Gesamthandseigentum befindlichen Grundstücke mit Zustimmung aller Miterben geteilt werden, soweit dies dem Zweck der Umlegung entspricht, was jedenfalls bei großen Einwurfsflächen in der Regel der Fall ist.

Vgl. *Dieterich*, Baulandumlegung, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 276.

Jeder Miterbe erhält dann Flächen zugeteilt, an denen er Alleineigentümer wird. Die Zuteilung kann gem. § 59 BauGB auch in der Weise vorgenommen werden, daß Grundstücke aus der Verteilungsmasse auf Weisung des einwerfenden Eigentümers (hier: auf Weisung sämtlicher Miterben) dritten Personen zugewiesen werden, die nicht am Umlegungsverfahren beteiligt sind.

vgl. OLG Hamm, B. v. 05.03.1996 - 15 W 480/95 -, Rpfleger 1996, S. 338; vgl. hierzu auch die Anmerkung von *Grziwotz*, MittBayNot. 1996, S. 454.

Solche Rechtsänderungen im Rahmen des Umlegungsverfahrens haben den Vorteil, daß die Beteiligten Notarkosten und Grunderwerbsteuer sparen.

E. Vertragsgestaltung

I. Vorausschauende Vertragsgestaltung

Eine vorausschauende Vertragsgestaltung verfolgt das Ziel, die Konflikthanfälligkeit eines städtebaulichen Vertrages von vornherein gering zu halten, um dadurch spätere Auseinandersetzungen über etwaige Leistungsstörungen so weit wie möglich zu vermeiden. Zugleich müssen die einzelnen vertraglichen Regelungen aber so abgefaßt werden, daß sie auch von dem Vertragspartner akzeptiert werden. Dies setzt voraus, daß die Vertragsbestimmungen den besonderen Umständen des Einzelfalls einschließlich der eigenen Verhandlungsposition hinreichend Rechnung tragen.

Aufgabe der Vertragsgestaltung ist es zunächst, die einzelnen Leistungspflichten in dem städtebaulichen Vertrag präzise festzulegen (vgl. hierzu die Ausführungen zu den jeweiligen Vertragstypen) und deren Erfüllung unter realistischer Einschätzung des Sicherungsbedarfs angemessen abzusichern. Das erfordert ein **Denken in Alternativen**.

Vgl. hierzu allgemein *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 59.

Ferner können in den Vertrag Regelungen über die Folgen von möglicherweise eintretenden Leistungsstörungen (z.B. bei Nichtentstehen des vorausgesetzten Planungsrechts) sowie über die Folgen einer Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen aufgenommen werden.

Im folgenden werden einige ausgewählte Gestaltungsfragen von übergreifender Bedeutung dargestellt.

II. Vorformulierte Textbausteine oder Maßanfertigung?

Manche Gemeinden verwenden für städtebauliche Verträge vorformulierte Textbausteine, die sie aus früher abgeschlossenen Verträgen oder Vertragsmustern des Städte- und Gemeindetags übernehmen, um Rechtsberatungskosten zu sparen.

Bartholomäi hat hierzu folgendes ausgeführt:

„Es ist grundsätzlich falsch, Verträge mit Hilfe von vorformulierten Textbausteinen und Standardregelungen zu verfassen. Städtebauliche Verträge sind Spezialanfertigungen. Sie müssen problemgenau das zwischen den Vertragspartnern anstehende städtebauliche Hindernis bewältigen. Textbaustei-

ne verführen zur Phantasielosigkeit und sind deswegen eine Fehlerquelle ersten Ranges“.

Vgl. *Bartholomäi*, demnächst in: Dokumentation der Fachtagung „Der Vertrag im Städtebau“, veranstaltet von Volksheimstättenwerk am 20./21.09.2000 in Bonn.

Dem ist lediglich hinzuzufügen, daß die unkritische Verwendung von vorformulierten Textbausteinen nicht nur bei großen Baulandentwicklungsprojekten riskant ist, bei denen ein komplexes Gesamtproblem in überschaubare Teilprobleme zerlegt werden muß. Auch bei kleineren Vorhaben werden oft Regelungen aus dem einschlägigen Vertragsmuster unverändert übernommen, die für die konkrete Fallgestaltung nicht passen. So waren z.B. in einem vom Verfasser zu prüfenden Entwurf eines Durchführungsvertrages über die Errichtung einer Kirche auf einem bereits voll erschlossenen Grundstück sämtliche Standardregelungen über die Verpflichtung des Vorhabenträgers zur Herstellung der Erschließungsanlagen enthalten. Meist sind die Fehler allerdings nicht so leicht erkennbar.

Zum Gebrauch von Formularbüchern und Checklisten allgemein vgl. z.B. *Lichtenberger*, DNotZ 1989, S. 265; *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 149: sie wollen nicht abgeschrieben, sondern kritisch benutzt werden.

III. Sicherungen zur Erfüllung der vertraglichen Pflichten

1. Erforderlichkeit von Sicherungen

Die Gemeinde besteht häufig darauf, daß in dem städtebaulichen Vertrag Sicherungen verankert werden, die ihr der Vorhabenträger zur Absicherung der vertraglich übernommenen Pflichten zu erbringen hat. Dabei kann sie das Ziel verfolgen sicherzustellen, daß der Vorhabenträger die ihm im öffentlichen Interesse auferlegten Bindungen (z.B. die Pflicht zur Durchführung von Ausgleichsmaßnahmen) auch tatsächlich einhält. Außerdem kann sie daran interessiert sein, finanzielle Forderungen gegen den Vorhabenträger (etwa aus einer Folgekostenvereinbarung) abzusichern.

Aus der Sicht vieler Vorhabenträger sind Sicherungen jedoch lästig und kosten nur unnötig Geld. Für Bankbürgschaften etwa muß der Vorhabenträger pro Jahr ca. 0,5 bis 1 % der Bürgschaftssumme aufbringen. Das engt seine finanziellen Dispositionsmöglichkeiten ein. Bestellt er der Gemeinde dingliche Sicherheiten, bereitet ihm u.U. die Bank Schwierigkeiten bei der Kreditgewährung. Darüber hinaus haben nicht wenige Eigentümer oder Investoren gegen einige Sicherheiten gefühlsmäßige Vorbehalte, z.B. gegen die Vereinbarung einer Vertragsstrafe oder gegen die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung. Verhand-

lungen über die Frage ob und wenn ja wie der Vorhabenträger vertragliche Pflichten abzusichern hat, verlaufen deshalb nicht immer ganz unkompliziert.

Zunächst ist stets sorgfältig **zu ermitteln, inwieweit überhaupt ein Sicherungsbedarf der Gemeinde besteht**. Dies läßt sich an folgendem Beispielsfall verdeutlichen:

I plant die Errichtung eines Einkaufszentrums. Mit der Lebensmittelfirma L hat er einen gut dotierten Mietvertrag über einen SB-Lebensmittelmarkt abgeschlossen. In dem Mietvertrag wird L ein Kündigungsrecht für den Fall eingeräumt, daß der Markt nicht bis zum 31.12.2002 fertiggestellt ist. In dem Durchführungsvertrag zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan verpflichtet sich I gegenüber der Gemeinde, bis zum 31.12.2002 folgende Maßnahmen durchzuführen: Fertigstellung des SB-Lebensmittelmarktes, Fertigstellung der Außenanlagen des Einkaufszentrums, Herstellung von 20 öffentlichen Stellplätzen auf einem nahegelegenen gemeindeeigenen Grundstück sowie Durchführung der vertraglich vereinbarten Ausgleichsmaßnahmen an anderer Stelle des Gemeindegebiets.

Auf eine Sicherung der Verpflichtung zur Fertigstellung des SB-Lebensmittelmarktes bis zum 31.12.2002 kann im Durchführungsvertrag ohne weiteres verzichtet werden, da I an der fristgerechten Erfüllung dieser Vertragspflicht ein erhebliches eigenes wirtschaftliches Interesse hat. Eine Sicherung der Fertigstellungsverpflichtung hinsichtlich der Außenanlagen dürfte ebenfalls verzichtbar sein, da im Zweifel schon L dafür sorgen wird, daß die Außenanlagen im Zeitpunkt der Eröffnung des SB-Marktes komplett fertiggestellt sind. Dagegen spricht vieles dafür, die fristgerechte Herstellung der 20 öffentlichen Stellplätze vertraglich abzusichern (z.B. durch eine Vertragsstrafe), da die Herstellung in erster Linie im öffentlichen Interesse liegt. Dies gilt erst recht für die Verpflichtung zur fristgerechten Durchführung der Ausgleichsmaßnahmen.

Steht der Vorhabenträger in ständigen Geschäftsbeziehungen zu der Gemeinde, ist allerdings möglicherweise auch eine Sicherung solcher Vertragspflichten entbehrlich, deren Erfüllung überwiegend im öffentlichen Interesse liegt. Es gilt das Gesetz des Wiedersehens.

Vgl. hierzu *Luhmann*, Vertrauen, 2. Aufl. 1973, S. 39.

Verhält sich der Unternehmer nicht vertragsgetreu, muß er damit rechnen, daß er in der Gemeinde Folgeprojekte – wenn überhaupt – nur noch unter erschwerten Bedingungen durchführen kann.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 227.

Das genannte „informelle Sanktionspotential“ setzt ferner voraus, daß der Vorhabenträger auf wirtschaftlich „gesunden Füßen“ steht. Ferner ist in der Regel eine Sicherung solcher Vertragspflichten erforderlich, deren Durchführung wesentli-

cher Bestandteile des Abwägungsergebnisses ist. So dürfte es z.B. bei der Errichtung einer geplanten Tankstelle meist geboten sein, geeignete vertragliche Sicherungen dafür einzubauen, daß eine vertraglich vereinbarte Lärmschutzwand auch tatsächlich hergestellt wird. Gleiches gilt für dauerhafte Nutzungsbeschränkungen.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 228.

Rechtlich geboten ist die Aufnahme von Sicherungen stets bei der Veräußerung gemeindeeigener Grundstücke im Rahmen von Einheimischenmodellen. Mit der Schaffung von Einheimischenmodellen subventioniert die Gemeinde eine bestimmte Zielgruppe aus legitimen Gründen im öffentlichen Interesse, indem sie Grundstücke zu einem Preis verkauft, der unter dem objektiven Verkehrswert liegt. Aus kommunalrechtlichen Gründen dürfen Gemeinden Grundstücke grundsätzlich nur zum Verkehrswert verkaufen. Veräußern sie – wie im Rahmen eines Einheimischenmodells – Grundstücke unter dem Verkehrswert, sind sie sowohl aus kommunalrechtlichen als auch aus subventionsrechtlichen Gründen verpflichtet, die entsprechende Zweckverwendung sicherzustellen, um einen späteren spekulativen Weiterverkauf der Grundstücke auf dem allgemeinen Grundstücksmarkt zu verhindern.

Vgl. nur BayVGh, U. v. 22.12.1998 - 1 B 94.3288 - , NVwZ 1999, S. 1008, 1011 m.w.N.

2. Auswahl eines angemessenen Sicherungsmittels

§ 11 BauGB enthält keine Regelung über die Sicherung von Vertragspflichten. Die Gemeinde hat zwar grundsätzlich die Möglichkeit, die gesamten durch den städtebaulichen Vertrag eingegangenen Pflichten abzusichern.

Vgl. OVG Münster, U. v. 12.07.1988 - 3 A 1207/85 -, KStZ 1989, S. 94.

Gleichwohl ist bei der Auswahl eines Sicherungsmittels die Grenze der Angemessenheit i.S.v. § 11 Abs. 2 BauGB zu beachten. So dürfte zur Sicherung einer Verpflichtung zur Errichtung eines privaten Vorhabens in der Regel allenfalls eine Vertragsstrafe in Betracht kommen, nicht jedoch eine Vertragserfüllungsbürgschaft. Eine andere Beurteilung ist dagegen für eine Verpflichtung zur Herstellung von öffentlichen Erschließungsanlagen angezeigt, da die Gemeinde sonst damit rechnen muß, selbst in Anspruch genommen zu werden, ohne daß hierfür Haushaltsmittel zur Verfügung stehen.

Wirksame Sicherungsmittel brauchen für den Vorhabenträger nicht immer teuer zu sein. Für die Absicherung einer vertraglich übernommenen Verpflichtung zur Herstellung einer Lärmschutzwand im Zuge der Errichtung einer Tankstelle ist keineswegs die Beibringung einer Bankbürgschaft erforderlich. Der gleiche Si-

cherungseffekt läßt sich erzielen, wenn sich der Vorhabenträger verpflichtet, die Tankstelle nicht vor Fertigstellung der Lärmschutzwand in Betrieb zu nehmen.

3. Einzelne Sicherungsmittel

a) Vertragsstrafe

Ein universell einsetzbares Sicherungsmittel ist die Vereinbarung einer Vertragsstrafe, die auch im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages zulässig ist.

Vgl. nur BVerwG, U. v. 03.03.1995 - 8 C 32/93 -,
NJW 1996, S. 608, 610 m.w.N.

Zweck der Vertragsstrafe ist es, die Erfüllung einer Verbindlichkeit zu sichern und dem Gläubiger den Nachweis eines Schadens zu ersparen.

Vgl. BGH, U. v. 23.06.1988 - VII ZR 117/87 -,
BGHZ 105, S. 24, 27 m.w.N.

Der Vorhabenträger kann sich nach § 339 BGB in einer Vertragsstrafenklausel gegenüber der Gemeinde verpflichten, für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht rechtzeitigen Erfüllung einer in dem städtebaulichen Vertrag vereinbarten Vertragspflicht einen bestimmten Geldbetrag zu zahlen. Gleiches gilt im Fall einer Zuwiderhandlung gegen eine Vertragspflicht (z.B. gegen eine Unterlassungspflicht). Eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe setzt eine ausdrückliche Abrede voraus.

Vgl. nur BGH, U. v. 28.09.1978 - II ZR 10/77 -,
BGHZ 72, S. 174, 178; BGH, U. v. 18.12.1981 - V
ZR 233/80 -, BGHZ 82, S. 393, 402.

Die Höhe einer Vertragsstrafe sollte mit Augenmaß vereinbart werden. Einerseits muß sie für den Vorhabenträger fühlbar sein. Andererseits darf sie ihn nicht knebeln. Als Maßstab für eine angemessene Höhe kommt der Vorteil in Betracht, den der Vorhabenträger wirtschaftlich aus dem städtebaulichen Vertrag zieht. Vertragstechnisch kann die Höhe einer Vertragsstrafe für jede einzelne Vertragspflicht gesondert vereinbart werden. Möglich ist es auch, die zulässige Höhe einer Vertragsstrafe nur durch eine Obergrenze festzulegen und der Gemeinde einen gewissen Spielraum je nach Art und Schwere der Vertragsverletzung einzuräumen.

Vgl. hierzu im einzelnen BGH, U. v. 03.04.1998 -
V ZR 6/87 -, NJW 1998, S. 600, *Bunzel* (Hrsg.),
Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl.
1999, S. 248.

b) Bankbürgschaft

Eine Bankbürgschaft ist das klassische Sicherungsmittel für Zahlungsverpflichtungen. Sie ist vor allem geeignet, das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Vorhabenträgers abzudecken. In der Regel wird sie in der Form der unbefristeten selbstschuldnerischen Bankbürgschaft vereinbart, bei der die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen ist.

Im Bereich der städtebaulichen Verträge kommen Bankbürgschaften in erster Linie beim Erschließungsvertrag zum Einsatz. Häufig wird sowohl eine **Vertragserfüllungsbürgschaft** als auch eine **Gewährleistungsbürgschaft** vereinbart, wobei die Vertragserfüllungsbürgschaft entsprechend dem Baufortschritt schrittweise freigegeben wird. Hat sich die Gemeinde das *Recht zur Ersatzvornahme* für den Fall eingeräumt, daß der Vorhabenträger seine Verpflichtungen nicht, nicht zeitgerecht oder fehlerhaft erfüllt, kann die Vertragserfüllungsbürgschaft auch auf die der Gemeinde entstehenden Kosten der Ersatzvornahme erstreckt werden. Anderenfalls würde das Recht zur Ersatzvornahme bei Zahlungsunfähigkeit des Vorhabenträgers leerlaufen.

Vgl. *Grziwotz*, JuS 1998, S. 903.

Anstelle einer teuren Vertragserfüllungsbürgschaft ist es im Rahmen eines Erschließungsvertrages häufig sinnvoll, ein **Treuhandkonto** einzurichten, auf das die beteiligten Grundstückseigentümer Vorauszahlungen in Höhe der auf sie entfallenden Anteile an den Kosten einzahlen.

Bankbürgschaften kommen daneben auch zur Absicherung von ökologischen Auflagen in Betracht.

Außerdem kann die Vereinbarung einer Bankbürgschaft die Funktion haben, dem Vorhabenträger einen zusätzlichen Anreiz zur zügigen vertragsgerechten Erfüllung der von ihm übernommenen Pflichten zu geben, da die Kosten für die Bereitstellung einer Bankbürgschaft zeitbezogen sind.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 232.

Zur Erlangung von Kommunalkreditkonditionen versuchen umgekehrt manche Maßnahmen- und Erschließungsträger, von der Gemeinde eine Bürgschaft für den durch den Träger aufzunehmenden Kredit zu erhalten.

c) Patronatserklärung

Nicht selten gründet ein großer Konzern zur Durchführung eines bestimmten Baulandentwicklungsprojekts eine eigene Projektgesellschaft als Tochtergesellschaft. In diesem Fall bietet die Muttergesellschaft zur Sicherung der vereinbarten Leistungspflichten anstelle einer Bankbürgschaft häufig eine sogenannte Patronatserklärung an. Unter dem Sammelbegriff „Patronatserklärung“ wird eine

Vielzahl von Erklärungen unterschiedlichen Inhalts (z.B. Absichts- oder Verpflichtungserklärungen) zusammengefaßt, die eine Muttergesellschaft gegenüber dem Gläubiger ihrer Tochtergesellschaft abgibt mit dem Ziel, die Kreditwürdigkeit der Tochtergesellschaft zu stärken.

Vgl. zu dem Spektrum „weicher“ bis „harter“ Patronatserklärungen z.B. *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1997, Vor § 765 Rdnrn. 44 ff; *Obermüller*, ZIP 1982, S. 915; *Köhler*, WM 1978, S. 1338; *Schröder*, ZGR 1982, S. 552.

Als Sicherungsmittel im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages kommt in der Regel allenfalls eine „**harte**“ **Patronatserklärung** des Inhalts in Betracht, daß sich die Muttergesellschaft **verpflichtet**, die Tochtergesellschaft finanziell so auszustatten, daß sie stets in der Lage ist, ihren gegenwärtigen und künftigen Verbindlichkeiten fristgemäß nachzukommen.

Vgl. nur *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1997, Vor § 765 Rdnrn. 45 ff. m.w.N.

Bei Verletzung dieser Leistungspflicht stehen dem Gläubiger Schadenersatzansprüche gegen die Muttergesellschaft zu.

Vgl. BGH, U. v. 30.01.1992 - IX ZR 112/91 -, NJW 1992, S. 2093 m.w.N.

Eine Patronatserklärung dürfte im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages allerdings nur in wenigen Ausnahmefällen ein geeignetes Sicherungsmittel darstellen. Voraussetzung hierfür ist jedenfalls stets, daß die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Muttergesellschaft außer Frage steht.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 233.

d) Dinglich gesichertes Ankaufs- oder Wiederkaufsrecht

Im Zuge von Einheimischenmodellen verfolgt die Gemeinde in der Regel das Ziel, innerhalb einer bestimmten Bindungsfrist eine spekulative (Weiter-) Veräußerung der Grundstücke an auswärtige Bauinteressenten auf dem allgemeinen Grundstücksmarkt zu verhindern. Dabei sind grundsätzlich zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden:

- Bei Einheimischenmodellen ohne gemeindlichen Zwischenerwerb kommen folgende Sicherungen in Betracht:
 - * Notariell beurkundetes Verkaufsangebot des Eigentümers an die Gemeinde mit einer bestimmten Bindungsfrist (z.B. 10 Jahre), dinglich gesi-

chert durch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung, wobei sich die Gemeinde verpflichtet, das Angebot bei Verkauf des Grundstücks an einen Einheimischen nicht anzunehmen (Weilheimer Modell, vgl. Kap. „Bindungen zur Deckung des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung“, Abschn. „Einheimischenmodelle ohne gemeindlichen Zwischenerwerb“).

- * Ankaufsrecht zugunsten der Gemeinde zu einem limitierten Kaufpreis, ebenfalls dinglich gesichert durch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung (Traunsteiner Modell, vgl. hierzu im einzelnen Kap. „Bindungen zur Deckung des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung“, Abschn. „Einheimischenmodelle ohne gemeindlichen Zwischenerwerb“).
- Geeignetes Sicherungsinstrument bei der Veräußerung gemeindeeigener Grundstücke aus dem Bestand oder im Rahmen eines Zwischenerwerbsmodells ist die Vereinbarung eines preislimitierten Wiederkaufsrechts, das durch die Eintragung einer Rückauflassungsvormerkung dinglich gesichert wird.

Ein dinglich gesichertes Ankaufs- oder Wiederkaufsrecht der Gemeinde dient nicht nur zur Sicherung der Einhaltung einer Einheimischenbindung, sondern kann auch eingesetzt werden, um die Einhaltung einer vereinbarten Baupflicht oder einer Selbstnutzungsverpflichtung für einen bestimmten Zeitraum abzusichern.

Die **Ausgestaltung** eines dinglich gesicherten Ankaufs- oder Wiederkaufsrechts der Gemeinde unterliegt den Grenzen der Angemessenheit i.S.v. § 11 Abs. 2 BauGB. Die Frage der Angemessenheit stellt sich insbesondere für folgende Regelungen:

- zulässige Bindungsdauer des Verbots, ein Grundstück ohne Zustimmung des Gemeinderats an einen nicht einheimischen Bauplatzbewerber zu veräußern,
- zulässige Bindungsdauer für eine Selbstnutzungsverpflichtung,
- gebotene Mindesthöhe des An- oder Wiederkaufspreises,
- gebotene Höhe des Wertersatzes für auf dem Grundstück errichtete Gebäude. Hierbei ist nicht nur die Zulässigkeit eines Abschlags vom Verkehrswert des errichteten Gebäudes fraglich. Dagegen kann der Wertersatz auf den amtlich festgestellten Schätzwert beschränkt werden. Ebenso dürfen die Abbruchkosten eines erst teilweise fertiggestellten Gebäudes (z.B. einer Bau-ruine) vom Kaufpreis abgezogen werden.

Vgl. hierzu *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 236 m.w.N.

Darüber hinaus kann die **Ausübung** eines rechtmäßig vereinbarten Ankaufs- oder Wiederkaufsrechts **im Einzelfall** unangemessen sein. Die Gemeinde hat

bei der Entscheidung über die Ausübung ihres Wiederkaufsrechts von ihrem Ermessen sachgerechten Gebrauch zu machen.

Vgl. *Grziwotz*, JuS 1998, S. 1018.

Gerade in den letzten Jahren der Vertragsdauer einer vereinbarten Bindung muß die Gemeinde in besonders gelagerten Fällen flexibler reagieren als unmittelbar nach Vertragsschluß. Dies ergibt sich daraus, daß der notwendige Schutz eines Einheimischenmodells mit zunehmender Vertragsdauer an sachlicher Berechtigung verliert und sich die Anwartschaft des Erwerbers auf uneingeschränkte Verfügungsbefugnis im Laufe der Jahre immer mehr verfestigt.

Vgl. BayVGH, U. v. 22.12.1998 - 1 B 94.3288 -, NVwZ 1999, S. 1008, 1011 f. m.w.N.

Stellt ein Erwerber das vertraglich vereinbarte Gebäude nicht fristgerecht fertig, obwohl er pünktlich mit den Bauarbeiten begonnen hat, wäre die Ausübung eines Wiederkaufsrechts durch die Gemeinde unangemessen, wenn die Fertigstellung des Vorhabens in absehbarer Zeit zu erwarten ist.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 240.

Um eine Beschränkung der Beleihungsmöglichkeit des Grundstücks zu vermeiden, ist es sachgerecht, in dem städtebaulichen Vertrag eine Verpflichtung der Gemeinde zu einem *Rangrücktritt* hinter eine Finanzierungsgrundschuld vorzusehen, wenn sichergestellt ist, daß die Grundschuld nur bis zur Höhe des Wiederkaufspreises valutiert wird. Unter dieser Voraussetzung ist das Sicherungsinteresse der Gemeinde regelmäßig gewahrt, da ihr dann im Falle einer Zwangsversteigerung bereits ein gesetzliches Ablösungsrecht nach § 268 BGB zusteht.

Vgl. *Grziwotz*, JuS 1998, S. 1018; vgl. auch OLG Hamm, U. v. 11.01.1996 - 22 U 67/95 -, NJW 1996, S. 2104, 2105.

Ein Rangrücktritt der Gemeinde bezüglich ihrer Rückauffassungsvormerkung hinter eine Finanzierungsgrundschuld ist umso mehr geboten, wenn das Kreditinstitut erklärt, daß es eine Valutierung seiner Grundschuld nur zur Finanzierung des Kaufpreises, der Erschließungskosten im weitesten Sinne und der Kosten des Bauvorhabens vornehmen wird, nicht aber zur Sicherung anderweitiger Forderungen, die mit der Errichtung des Bauvorhabens nicht in Zusammenhang stehen.

Vgl. *Grziwotz*, JuS 1998, S. 1018.

e) Aufzahlungsverpflichtung

Flankierend zur Vereinbarung eines dinglich gesicherten Ankaufs- oder Wiederkaufsrechts kommt als weiteres Sicherungsmittel daneben die Vereinbarung einer Nach- bzw. Aufzahlung in Betracht (sog. Mehrerlösabführungsklausel). Darin verpflichtet sich der Erwerber gegenüber der Gemeinde, ihr **im Falle eines Verstoßes** gegen die Einheimischenbindung bzw. gegen eine andere übernommene Pflicht **die Differenz zwischen der verbilligten Bauplatzabgabe und dem Verkehrswert als Aufzahlung zu leisten**. Eine nachfolgende Steigerung des Bodenwerts bis zur Weiterveräußerung des Grundstücks kann von der Mehrerlösabführungsklausel umfaßt werden.

Vgl. BGH, U. v. 29.11.2002 - V ZR 105/02 -, ZIP 2003, S. 535, 540.

Bei einer länger dauernden Bindung sollte die Höhe der zu leistenden Aufzahlung allerdings jedenfalls bei der Ausübung des Ermessens je nach der Länge der bereits abgelaufenen Bindungsfrist gestaffelt werden.

Vgl. BGH, U. v. 29.11.2002 - V ZR 105/02 -. ZIP 2003, S. 535, 540; vgl. auch BayVGH, U. v. 22.12.1998 - 1 B 94.3288 -, NVwZ 1999, S. 1008, 1011; *Grziwotz*, JuS 1998, S. 1018.

Eine Mehrerlösabführungsklausel ist auch nicht unangemessen, wenn sie die Ermittlung des für die Höhe des Abführungsbetrages maßgeblichen Bodenwerts durch den Gutachterausschuß gem. §§ 192 ff. BauGB vorsieht, da das einzuholende Gutachten mangels anderweitiger Vereinbarung gem. § 193 Abs. 4 BauGB keine bindende Wirkung hat und in einem gerichtlichen Verfahren auf entsprechende Einwände hin in vollem Umfang nachgeprüft werden kann.

Vgl. BGH, U. v. 29.11.2002 - V ZR 105/02 -, ZIP 2003, S. 535, 540.

Dem Sicherungsinstrument der Aufzahlungsverpflichtung kommt in der Praxis eine große Bedeutung zu, da die Gemeinde ihr Wiederkaufsrecht bei einem Verstoß gegen eine vertragliche Verpflichtung meist nicht ausüben will und dies aufgrund der schlechten Haushaltssituation häufig auch gar nicht kann.

Eine Aufzahlungsverpflichtung kann durch Eintragung einer Höchstbetragshypothek im Grundbuch dinglich gesichert werden. Darauf wird allerdings in der Praxis häufig verzichtet.

f) Dienstbarkeit

Nutzungsbeschränkungen oder Duldungspflichten, die ein Vorhabenträger gegenüber der Gemeinde in einem städtebaulichen Vertrag übernommen hat, können durch die Eintragung einer Dienstbarkeit gesichert werden. Geeignetes Si-

cherungsmittel hierfür ist in der Regel die Eintragung einer beschränkt-persönlichen Dienstbarkeit gem. § 1090 BGB. Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist ein Recht an einem Grundstück zugunsten einer bestimmten natürlichen oder juristischen Person. Als Berechtigter einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit kommt insbesondere auch eine Gemeinde in Betracht.

Dagegen scheidet die Grunddienstbarkeit im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages in vielen Fällen als Sicherungsinstrument aus. Im Unterschied zur beschränkt-persönlichen Dienstbarkeit wird die Grunddienstbarkeit stets zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines bestimmten „herrschenden“ Grundstücks bestellt. An einem solchen herrschenden Grundstück in der Hand der Gemeinde fehlt es aber beim Abschluß von städtebaulichen Verträgen meist.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 244 m.w.N.

Eine Beschränkung der rechtsgeschäftlichen Verfügungs- und Verpflichtungsmacht des Eigentümers des belasteten Grundstücks kann nicht Gegenstand einer Dienstbarkeit sein. Daher können Verbote, das dienende Grundstück zu teilen, es zu veräußern, es mit einem dinglichen Recht zu belasten, es zu verpachten oder zu vermieten, nicht durch eine Dienstbarkeit gesichert werden. Ebenso wenig kann eine aktive Handlung Hauptverpflichtung einer Dienstbarkeit sein. Eine in einem städtebaulichen Vertrag begründete Baupflicht kann deshalb nicht durch eine Dienstbarkeit abgesichert werden.

Vgl. *Grziwotz*, JuS 1998, S. 902.

Gegenstand einer beschränkt-persönlichen Dienstbarkeit können insbesondere folgende Nutzungsbeschränkungen und Duldungspflichten sein:

- eine Pflicht zur Duldung des Baus und des Betriebs bestimmter Leitungen auf einem Grundstück einschließlich eines etwaigen Schutzstreifens sowie das Recht der Gemeinde bzw. des zuständigen Versorgungsträgers, das Grundstück für Kontrollgänge, Unterhaltungs- und Ausbesserungsarbeiten zu betreten und für notwendige Aufgrabungen zu benutzen;
- Beschränkungen für bestimmte gewerbliche Nutzungen, z.B. hinsichtlich der Betriebszeiten oder des Betriebsablaufs;
- die Pflicht, die Herstellung und Pflege bestimmter Ausgleichsmaßnahmen auf dem Grundstück dauerhaft zu dulden;
- die Pflicht zur Duldung der Benutzung eines Weges als Zufahrts- und Zugangsweg zur Erschließung von Baugrundstücken;
- die Pflicht zur Duldung einer Benutzung privater Stellplätze durch die Allgemeinheit außerhalb der Betriebszeiten;

- Wohnungsbesetzungsrecht;
- Verbot der Umgestaltung von Baulichkeiten aus Gründen des Denkmalschutzes;
- ggfs. die Unterlassung der Nutzung bestimmter Energieformen, ausgenommen einer bestimmten Versorgungsart (besonders sorgfältige Formulierung erforderlich).

Vgl. *Grziwotz*, JuS 1998, S. 902.

g) Baulast

Die mit Ausnahme von Bayern und Brandenburg in allen Landesbauordnungen gesetzlich verankerte öffentliche Baulast dient der Ermöglichung oder Erweiterung der baulichen Nutzung von Grundstücken. Der sachliche Anwendungsbereich der Baulast wird zunächst durch die in den Landesbauordnungen ausdrücklich geregelten Anwendungsfälle bestimmt.

Vgl. hierzu *Kluth/Neuhäuser*, NVwZ 1996, S. 738, 739 m.w.N.

Darüber hinaus kann die Baulast auch den Zweck verfolgen, die Einhaltung planungsrechtlicher Vorschriften rechtlich zu sichern, z.B. um eine bestimmte Nutzung als Voraussetzung für die Erteilung einer Genehmigung zu gewährleisten oder um eine künftige baurechtswidrige Nutzung auf dem Grundstück zu verhindern.

Vgl. OVG Münster, U. v. 27.11.1969 - X A 842/69 - , BRS 22 Nr. 144; OVG Lüneburg, U. v. 12.12.1986 - 1 A 172/86 -, BRS 46 Nr. 164; *Kluth/Neuhäuser*, NVwZ 1996, S. 738, 740.

Ebenso kann sie als Sicherungsmittel einer Duldungspflicht für die Herstellung und Pflege von Ausgleichsmaßnahmen auf einem Grundstück dienen.

Die Baulast kann jedoch nicht planungsrechtliche Vorschriften oder Festsetzungen verdrängen, aufheben oder ändern.

Vgl. OVG Lüneburg, U. v. 31.03.1995 - 1 L 4063/93 -, BRS 57 Nr. 92; BVerfG, NJW 1991, S. 2783; *Kluth/Neuhäuser*, NVwZ 1996, S. 738, 740.

Häufig wird die Baulast als **Sicherungsmittel zur Konfliktbewältigung einer Gemengelagesituation** eingesetzt. Der VGH Baden-Württemberg hat hierzu allerdings entschieden, daß eine als Baulast abgegebene Verpflichtungserklärung, die von den landwirtschaftlich genutzten Angrenzergrundstücken ausgehenden Immissionen zu dulden, die Baurechtsbehörde nicht bindet.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 25.07.1995 - 3 S 2123/93 -, NVwZ-RR 1996, S. 310, 311: Der öffentliche Belang der Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen kann grundsätzlich weder Gegenstand einer privaten Verzichtserklärung noch einer Baulasterklärung sein; vgl. hierzu auch *Orloff*, NVwZ 1997, S. 333, 336 f.; *Boecker*, BauR 1985, S. 149.

Ausnahmsweise kann aber dann etwas anderes gelten, wenn gesichert ist, daß durch die Baulast alle künftigen Nutzungskonflikte entfallen und deshalb künftige Konfliktlösungen bis hin zu einem ordnungsrechtlichen Einschreiten verlässlich entbehrlich sind.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, U. v. 25.07.1995 - 3 S 2123/93 -, NVwZ-RR 1996, S. 310, 311.

Ein solcher Nachweis dürfte freilich in vielen Fällen nicht ganz einfach sein. Gerade in derartigen Fällen setzt die Baulast deshalb voraus, daß die übernommene Verpflichtung nach Art und Umfang genau bestimmt ist.

Vgl. OVG Münster, U. v. 15.05.1992 - 11 A 890/91 -, BRS 54 Nr. 158.

In der Praxis hat sich zum Teil eine „Doppelsicherung“ von öffentlich-rechtlicher Baulast und privatrechtlicher Dienstbarkeit entwickelt.

Vgl. *Reithmann*, ZfIR 1998, S. 269, 271; *Grone-meyer*, BauGB, 1. Aufl. 1999, § 11 Rdnr. 91.

Eine Baulast besteht allerdings auch dann fort, wenn eine Dienstbarkeit als privatrechtlicher Rechtsgrund für eine Baulast im Wege einer Zwangsversteigerung erloschen ist. Es ist anerkannt, daß die von der Zwangsversteigerung unberührt bleibende Baulast ihren Sicherungszweck gerade für diesen Fall erfüllen soll.

Vgl. BVerwG, B. v. 29.10.1992 - 4 B 218.92 -, BRS 54 Nr. 157; OVG Lüneburg, B.v. 08.12.1995 - 1 M 7201/95 -, NJW 1996, S. 1363, 1364.

Die Baulast ist als öffentlich-rechtliche Vorschrift im Rahmen eines Baugenehmigungsverfahrens zu beachten. Ihre Durchsetzung erfolgt nicht durch Leistungs- oder Unterlassungsklage, sondern hoheitlich durch Verfügung.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 246.

h) Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung

Erfüllt der Vorhabenträger eine von ihm in einem städtebaulichen Vertrag übernommene Verpflichtung nicht, kann die Gemeinde grundsätzlich nur durch Leistungsklage, also nicht durch den Erlaß eines Verwaltungsaktes (Leistungsbescheids) zu einem Vollstreckungstitel gelangen.

Vgl. nur BayVGH, U. v. 19.02.1987 - 3 B 85 A.3539 -, NVwZ 1987, S. 814; *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 61 Rdnr. 3 m.w.N.

Der Vorhabenträger kann sich aber nach **§ 61 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG** der sofortigen Vollstreckung aus dem städtebaulichen Vertrag unterwerfen. Mit der **Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung** erklärt der Vorhabenträger der Sache nach sein Einverständnis mit einer unmittelbaren Vollstreckung aus dem städtebaulichen Vertrag *ohne vorherige Klage auf einen Vollstreckungstitel*. Durch die Unterwerfungserklärung wird der *Vertrag selbst* zum *Vollstreckungstitel* gemacht.

Vgl. nur *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 61 Rdnr. 6.

Die Anwendbarkeit des § 61 Abs. 1 S. 1 VwVfG auf einen städtebaulichen Vertrag setzt allerdings voraus, daß es sich hierbei um einen **subordinationsrechtlichen Vertrag** i.S.v. § 54 S. 2 VwVfG handelt. Nach dieser Vorschrift kann die Behörde, anstelle einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde. Trotz des engen Wortlauts gilt § 54 S. 2 VwVfG für alle Verträge zwischen einer Privatperson und einem Träger der öffentlichen Verwaltung auf einem Gebiet, auf dem ein hoheitliches Verhältnis der Über- und Unterordnung besteht. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob der konkrete Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung „sonst“ durch Verwaltungsakt geregelt werden könnte.

Vgl. BVerwG, U. v. 16.05.2000 - 4 C 4/994 -, NVwZ 2000, S. 1285; Bay VGH, U. v. 11.04.1990 - 1 B 85 A.1480 -, NVwZ 1990, S. 978, 981; VGH Baden-Württemberg, U. v. 18.10.1990 - 2 S 2098/89 -, VBIBW 1991, S. 263, 264 f.; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 54 Rdnr. 48 m.w.N.; anderer Ansicht *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 42 f.

Bei städtebaulichen Verträgen handelt es sich danach in der Regel um subordinationsrechtliche Verträge i.S.v. § 54 S. 2 VwVfG. Die Beteiligten stehen dabei typischerweise in einem Verhältnis der Über- und Unterordnung zueinander. Der Vorhabenträger möchte durch den Abschluß eines städtebaulichen Vertrages regelmäßig erreichen, daß die Gemeinde ein Bebauungsplanverfahren „voran-

treibt“ bzw. im Baugenehmigungsverfahren einvernehmlich mitwirkt. In beiden Verfahren ist er auf hoheitliche Gestaltungs- und Mitwirkungsbefugnisse der Gemeinde angewiesen.

Vgl. BVerwG, U. v. 16.05.2000 - 4 C 4/99 -, ZfR 2000, S. 720.

Die Vollstreckungsunterwerfung kann sich auf jeden vollstreckungsfähigen Inhalt des städtebaulichen Vertrages beziehen. Sie braucht sich also nicht auf die Verpflichtung zur Zahlung eines bestimmten Geldbetrages zu beschränken, sondern kann sich auch auf die Erzwingung einer Handlung, Duldung oder Unterlassung erstrecken. Der vollstreckbare Anspruch muß sich nach Art und Höhe ohne Schwierigkeiten aus dem Vertrag selbst feststellen lassen, d.h. er muß bestimmt und nicht nur bestimmbar sein. Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung kann sich auch auf Schadensersatzansprüche wegen Nicht- oder Schlechterfüllung sowie auf Vertragsstrafen beziehen. Dies muß sich allerdings der Unterwerfungserklärung eindeutig entnehmen lassen.

Vgl. *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 61 Rdnr. 16.

Die Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung erfolgt durch eine entsprechende schriftliche Erklärung im Vertrag. Nach § 61 Abs. 1 S. 1 VwVfG kann sich nicht nur der Vorhabenträger, sondern auch die Gemeinde der sofortigen Vollstreckung unterwerfen. Letzteres ist allerdings in der Praxis die Ausnahme. Formelle Gültigkeitsvoraussetzung für die Unterwerfungserklärung ist nach § 61 Abs. 1 S. 2 VwVfG, daß eine Behörde auch dann von dem Behördenleiter, seinem allgemeinen Vertreter oder einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes, der die Befähigung zum Richteramt hat oder die Voraussetzungen des § 110 S. 1 DRiG erfüllt, vertreten wird, wenn sich *ein Bürger* der sofortigen Vollstreckung aus einem mit der Behörde geschlossenen öffentlich-rechtlichen Vertrag unterwirft.

Vgl. BVerwG, U. v. 03.03.1995 - 8 C 32/93 -, NJW 1996, S. 608, 609 ff. m.w.N.

Entsprechend der bundesrechtlichen Regelung in § 61 Abs. 1 S. 3 VwVfG ist in einigen Bundesländern (Berlin, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen) eine Genehmigung durch die fachlich zuständige Aufsichtsbehörde auch dann erforderlich, wenn sich nicht die Gemeinde, sondern nur der Vorhabenträger der sofortigen Vollstreckung unterwirft.

Vgl. nur BVerwG, U. v. 03.03.1995 - 8 C 32/93 -, NJW 1996, S. 608, 611 f; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 230 m.w.N.

Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung kann im übrigen auch noch nachträglich durch schriftlichen Zusatzvertrag vereinbart werden.

Vgl. *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 61 Rdnr. 15.

Eine weitere Möglichkeit für den Vorhabenträger, sich der sofortigen Vollstreckung zu unterwerfen, bietet **§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO**. Dies gilt jedenfalls, soweit Ansprüche aus einem städtebaulichen Vertrag dem Zivilrecht zuzuordnen sind.

Vgl. *Sauthoff*, DÖV 1989, S. 1.

Nach Auffassung des BVerwG ist § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO **auch auf öffentlich-rechtliche Verträge anwendbar**.

Vgl. BVerwG, U. v. 24.08.1994 - 11 C 14.93 -, NJW 1995, S. 1104 m. ausführlicher Begründung.

Die Vollstreckungsunterwerfung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO bedarf allerdings stets der notariellen Beurkundung.

Eine Vollstreckungsunterwerfung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO bietet sich deshalb immer dann an, wenn ohnehin eine notarielle Beurkundung des städtebaulichen Vertrages erforderlich ist.

Vgl. *Grziwotz*, JuS 1998, S. 903.

i) Rechtsmittelverzicht

Dem in der Praxis häufig aufgenommenen unwiderruflichen Rechtsmittelverzicht des Vorhabenträgers kommt in erster Linie symbolische Funktion zu. Ein solcher genereller Rechtsmittelverzicht verstößt ebenso wie ein Rückforderungsverzicht gegen das Rechtsstaatsprinzip und ist unwirksam.

Vgl. BayVGH, U. v. 14.05.1980 - Nr. 147 IV 78 -, KStZ 1981, S. 115, 117.

Dies gilt jedenfalls für einen vorweggenommenen Rechtsmittelverzicht, der vor Entstehung des Rechtsmittels vereinbart wird.

Vgl. BVerwG, U. v. 30.06.1964 - IV C 105.63 -, DVBl. 1964, S. 874; *Grziwotz*, JuS 1998, S. 903; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 249.

IV. Vertragliche Risikoübernahme

1. Risikoübernahme bei Scheitern des Bebauungsplans oder bei Abweichen der Planung vom vertraglich vorausgesetzten Inhalt

Das Risiko, daß das Bebauungsplanverfahren scheitert, trägt in der Regel der Eigentümer/Investor. Ist dies so gewollt, empfiehlt es sich dennoch, zur Klarstellung eine entsprechende vertragliche Regelung aufzunehmen.

Durch ausdrückliche vertragliche Vereinbarung kann dieses Risiko aber auch in angemessener Weise zwischen Vorhabenträger und Gemeinde verteilt werden. Zu einer (teilweisen) vertraglichen Risikoübernahme wird eine Gemeinde allerdings in der Regel nur bereit sein, wenn sie an der Verwirklichung des geplanten Vorhabens auch ein erhebliches Eigeninteresse hat.

Gegenstand einer ausdrücklichen (teilweisen) Risikoübernahme können die Fälle sein, daß

- das Bebauungsplanverfahren scheitert oder
- der Bebauungsplan mit einem Inhalt in Kraft tritt, der vom vertraglich vorausgesetzten Inhalt wesentlich abweicht.

Die Gemeinde kann sich insbesondere dazu verpflichten, dem Eigentümer/Investor die von ihm aufgewandten Planungskosten ganz oder teilweise zu erstatten, wenn das Vorhaben aus Gründen scheitert, die ausschließlich von der Gemeinde zu vertreten sind (wobei es sich vertragstechnisch empfiehlt, die Gründe detailliert anzugeben, wann ein ausschließliches Vertretensein der Gemeinde *nicht* gegeben ist). Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Gemeinde die bestehenden Vorarbeiten, wie Planentwürfe oder Gutachten, für ihre weitere Planung überlassen werden. Da solche Vorarbeiten nach § 11 BauGB Gegenstand eines städtebaulichen Vertrages sein können, besteht keine Gefahr, daß derartige Kostenerstattungsregelungen die Gemeinde in ihrer Planungsentscheidung in rechtswidriger Weise beeinflussen.

Vgl. *Bartholomäi*, Städtebauliche Verträge nach § 11 BauGB in der Praxis, Vortrag im Kurs des Instituts für Städtebau Berlin, „Städtebau und Recht“, 1999, S. 4; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 250 ff. mit Hinweis auf die Streit-anfälligkeit derartiger Regelungen; *Kahl*, DÖV 2000, S. 793, 799; *Oerder*, NVwZ 1997, S. 1190, 1192.

Ebenso kann sich eine Gemeinde zur Erstattung der vom Vorhabenträger aufgewandten Planungskosten verpflichten, **wenn der Bebauungsplan aus von der Gemeinde zu vertretenden Gründen mit einem Inhalt in Kraft tritt, der vom vertraglich vorausgesetzten Inhalt wesentlich abweicht.**

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 253 ff.; *Hoffmann*, in: *Hoppenberg/de Witt* (Hrsg.), Handbuch des öffentlichen Baurechts, 2002, A VI. Rdnr. 128.

Zur Vermeidung möglicher späterer Konflikte sollte allerdings in dem Vertrag sehr präzise geregelt werden, unter welchen Voraussetzungen eine „wesentliche“ Abweichung anzunehmen ist.

2. Risikoübernahme beim Verkauf gemeindeeigener Grundstücke

Weitergehende Sicherungsmöglichkeiten können dem Investor eingeräumt werden, wenn die *Gemeinde zugleich als Verkäuferin* des durch die Planung berührten Grundbesitzes auftritt und einen Kaufpreis fordert, der nur durch die Aussicht auf eine in Kürze zu verwirklichende bauliche Nutzung gerechtfertigt erscheint. **In derartigen Fällen der Veräußerung gemeindeeigener Grundstücke darf die Gemeinde deren künftige Nutzbarkeit als Bauland** in einer privatrechtlichen Vereinbarung (d.h. im Kaufvertrag) **gewährleisten**. Die vertragliche Übernahme einer solchen Gewährleistung durch die Gemeinde ist nach Auffassung des BGH nicht deshalb unzulässig, weil dadurch mittelbar ein vom Gesetz nicht gestatteter Einfluß auf die Ausübung der Planungshoheit geschaffen wird.

Vgl. BGH, U. v. 22.11.1979 - III ZR 186/77 -, NJW 1980, S. 826; BGH, U. v. 11.05.1989 - III ZR 88/87 -, NJW 1990, S. 245

Für die vertragliche Übernahme des Haftungsrisikos kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht. In der weitestgehenden Form kann die Risikoübernahme darauf gerichtet sein, dem Investor bei Nichteintritt des Erfolges vollen oder teilweisen Schadensersatz zu leisten, ohne daß es auf ein Verschulden der Gemeinde ankommt. Die Risikoübernahme kann vertraglich aber auch darauf beschränkt werden, dem Investor für den Fall des Ausbleibens einer zugesagten Bebaubarkeit ein Rücktrittsrecht oder einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen zuzubilligen.

Vgl. BGH NJW 1980, S. 826, 827; BGH NJW 1990, S. 245, 246.

V. Vertragsanpassungsklauseln bei Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen

Veränderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen können für die Abwicklung städtebaulicher Verträge erhebliche Probleme aufwerfen. Kommt es zu Einbrüchen auf dem Immobilienmarkt, können bzw. wollen viele Investoren die in einem städtebaulichen Vertrag eingegangenen Verpflichtungen ganz abstreifen oder jedenfalls nicht mehr in dem vereinbarten Umfang erfüllen.

Um späteren unangenehmen Nach- und Anpassungsverhandlungen vorzubeugen, ist es in vielen Fällen sachgerecht, bereits in dem städtebaulichen Vertrag eine **Vertragsanpassungsklausel für den Fall einer Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen** aufzunehmen. Vertragstechnisch kann eine solche Klausel so ausgestaltet werden, daß sie festlegt, unter welchen Voraussetzungen eine bestimmte Leistungspflicht des Investors sich verringert bzw. ganz entfällt. Eleganter ist es aber häufig, umgekehrt das Entstehen oder die Fälligkeit einzelner Pflichten an den Eintritt einer bestimmten Bedingung zu knüpfen. So kann z.B. vereinbart werden, daß die Zahlung eines Folgekostenbetrages erst fällig wird, wenn eine bestimmte Anzahl von Wohnungen fertiggestellt oder verkauft bzw. vermietet worden ist.

Vgl. *Scharmer*, in: *Bunzel/Sander* (Hrsg.), Städtebauliche Großvorhaben in der Umsetzung, 1999, S. 25, 33.

Ebenso kann vereinbart werden, daß der Vorhabenträger gegen die Gemeinde einen Anspruch auf Verlängerung der Frist zur Fertigstellung der zu errichtenden Wohngebäude hat, wenn bis zu einem festgelegten Zeitpunkt nicht ein bestimmter Prozentsatz der Wohnungen im voraus veräußert worden ist.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 262 f.

Eine solche Regelung könnte allerdings nicht im Rahmen eines Durchführungsvertrages zu einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan getroffen werden.

F. Leistungsstörungen

I. Mögliche Leistungsstörungen

Zu den Leistungsstörungen im engeren Sinn gehören

- die Nichtleistung aus objektiven oder in der Person des Verpflichteten liegenden Gründen (z.B. wenn es dem Vorhabenträger nicht gelingt, das Eigentum an dem Vorhabengrundstück zu erwerben und er deshalb eine eingegangene Baupflicht nicht erfüllen kann), unabhängig davon, ob das Leistungshindernis bereits bei Vertragsschluß bestand oder erst danach auftrat;
- die nicht fristgerechte Leistung (z.B. wenn der Vorhabenträger die Frist zur Herstellung von Ausgleichsmaßnahmen ohne vorherige Verlängerung durch die Gemeinde überschreitet);

- die Schlechtleistung (z.B. wenn die hergestellte Erschließungsanlage nicht dem Stand der Technik entspricht oder Ausgleichsmaßnahmen abweichend vom Pflanzplan durchgeführt worden sind) und
- sonstige Pflichtverletzungen (z.B. die Verletzung von Beratungs- oder Informationspflichten)

Diese Leistungsstörungen sind in der Regel der Sphäre des Vorhabenträgers zuzuordnen.

Die praktisch wichtigste „Leistungsstörung“ auf Seiten der Gemeinde besteht darin, daß das Bebauungsplanverfahren scheitert oder der Inhalt des in Kraft getretenen Bebauungsplans vom vertraglich vorausgesetzten Inhalt abweicht. Dabei handelt es sich zwar nicht um eine Leistungsstörung im engeren Sinn, da sich die Gemeinde nach § 2 Abs. 3 BauGB nicht zur Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans verpflichten darf. Gleichwohl ist es sinnvoll, den Ausfall des Planungsrechts als Leistungsstörung im weiteren Sinne zu behandeln. Dies ergibt sich daraus, daß die Schaffung des Planungsrechts von den Vertragspartnern stillschweigend als Bedingung oder Geschäftsgrundlage für die vertraglich vereinbarte Gegenleistung des Vorhabenträgers vorausgesetzt wird. Die gleiche Wirkung tritt ein, wenn der Bebauungsplan vor bestandskräftiger Erteilung einer Baugenehmigung in einem Normenkontrollverfahren für nichtig erklärt oder eine erteilte Baugenehmigung auf einen Nachbarwiderspruch hin aufgehoben wird. Nicht selten treten Leistungsstörungen auch bei vertraglich vereinbarten gemeindlichen Mitwirkungsbefugnissen auf, z.B. wenn die Gemeinde die Zustimmung zu der vorgelegten Ausbauplanung verweigert.

Außerdem gehört zu den Leistungsstörungen im weiteren Sinn auch die Frage nach Ansprüchen der Vertragspartner bei vorvertraglichen Störungen aus öffentlich-rechtlicher culpa in contrahendo (c.i.c.).

Zu den Leistungsstörungen im weiteren Sinn zählt auch die Frage, ob dem Vorhabenträger bei Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage ein Anspruch auf Anpassung oder Kündigung des städtebaulichen Vertrages zusteht.

Dagegen wird die Frage der rechtlichen Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen (z.B. wegen eines Verstoßes gegen das Gebot der Angemessenheit oder des Sachzusammenhangs) hier nicht dem Problemkreis der Leistungsstörungen zugeordnet.

In zeitlicher Hinsicht lassen sich die Leistungsstörungen in folgende drei Phasen einteilen:

- Phase 1: Vorvertragliche Phase
- Phase 2: Zeitraum zwischen Vertragsabschluß und Inkrafttreten des Bebauungsplans,

- Phase 3: Zeitraum nach Vertragsabschluß *und* Inkrafttreten des Bebauungsplans.

Vgl. hierzu im einzelnen *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 235 ff.

II. Anwendbare Rechtsvorschriften

1. Regelungshierarchie

Leistungsstörungen und deren Folgen sind – in dieser Rangfolge – nach folgenden Regelungen zu beurteilen:

- vertragliche Vereinbarungen im städtebaulichen Vertrag,
- spezialgesetzliche Regelungen zu Leistungsstörungen bei städtebaulichen Verträgen (§§ 11, 12 und 124 BauGB),
- Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes zum öffentlich-rechtlichen Vertrag (§§ 54 ff. VwVfG),
- die nach § 62 S. 2 VwVfG entsprechend anwendbaren Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Pflichtverletzungen und deren Folgen. Darunter fallen nach der Schuldrechtsreform insbesondere die Regelungen über Nichtleistung, Verzug, Schlechtleistung und sonstige Pflichtverletzungen (§§ 275, 280 ff., 311a Abs. 2, 320 ff., 346 ff. BGB). Auch die Grundsätze über eine Haftung aus positiver Vertragsverletzung (pVV) sind nunmehr als Schlechtleistung bzw. sonstige Pflichtverletzung in §§ 280, 282 BGB ebenso einer gesetzlichen Regelung zugeführt worden wie die Grundsätze über eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsabschluß (c.i.c., §§ 280, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB).

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 35.

Soweit die städtebaulichen Verträge nach ihrem Regelungsgegenstand dem Zivilrecht zuzuordnen sind sind die Bestimmungen des BGB unmittelbar anzuwenden, soweit der Vertrag keine Regelungen über Leistungsstörungen vorsieht.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 252.

2. Die einzelnen Regelungen zu Leistungsstörungen

a) Regelungen zu Leistungsstörungen im BauGB

§ 11 BauGB enthält keine direkte Regelung über die Behandlung von Leistungsstörungen. Indirekte Bedeutung kommen der strengen Kausalitätsregelung in § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB sowie dem Gebot der Angemessenheit in § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB allerdings als Maßstab für die Auslegung der §§ 54 ff. VwVfG und der ergänzend heranzuziehenden entsprechend anwendbaren Vorschriften des BGB zu. Diese Regelungen sind auch als Grenze für ausdrückliche vertragliche Vereinbarungen über die Folgen von Leistungsstörungen zu beachten.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 37, 38.

Gleiches gilt für das Gebot der Angemessenheit und des Sachzusammenhangs in § 124 Abs. 3 S. 1 BauGB für die Folgen von Leistungsstörungen bei einem Erschließungsvertrag.

Als direkte Regelung über Leistungsstörungen wird teilweise § 124 Abs. 3 S. 2 BauGB verstanden, der eine Verpflichtung der Gemeinde begründet, die Erschließung selbst durchzuführen, wenn sie nach Erlaß eines Bebauungsplans ein zumutbares Angebot eines Dritten ablehnt, die im Bebauungsplan vorgesehene Erschließung vorzunehmen.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 36 f.

Bei § 124 Abs. 3 S. 2 BauGB handelt es sich jedoch nicht um eine Regelung über Leistungsstörungen. Dies ergibt sich daraus, daß Leistungsstörungen im engeren Sinn einen bereits abgeschlossenen Vertrag voraussetzen. Die Ablehnung eines zumutbaren Erschließungsangebots ist deshalb keine „Leistungsstörung“ der Gemeinde. Sie löst auch keine Schadensersatzansprüche aus, sondern begründet einen Primärleistungsanspruch des Eigentümers/Vorhabenträgers gegen die Gemeinde auf Erschließung.

Lediglich die Vorschriften über den vorhabenbezogenen Bebauungsplan, bei dem der Durchführungsvertrag eng mit der Satzung verknüpft ist, enthalten nähere Regelungen für den Fall von Leistungsstörungen. § 12 Abs. 6 S. 1 BauGB gibt der Gemeinde die Möglichkeit, den vorhabenbezogenen Bebauungsplan entschädigungslos aufzuheben, wenn der Vorhabenträger das Vorhaben nicht innerhalb der vertraglich vereinbarten Frist realisiert. Ferner regelt § 12 Abs. 5 BauGB, unter welchen Voraussetzungen ein Wechsel des Vorhabenträgers zulässig ist.

b) Regelungen zu Leistungsstörungen im Verwaltungsverfahrensgesetz

Die Vorschriften des VwVfG über den öffentlich-rechtlichen Vertrag (§§ 54 ff. VwVfG) enthalten nur wenige direkte Regelungen über die Behandlung von Leistungsstörungen.

§ 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG ist Grundlage für einen Anpassungs- und Kündigungsanspruch sowohl der Gemeinde als auch des Vorhabenträgers wegen eines Wegfalls oder einer Änderung der Geschäftsgrundlage.

Aus § 60 Abs. 1 S. 2 VwVfG ergibt sich ein außerordentliches Kündigungsrecht der Gemeinde für den Fall, daß eine Kündigung notwendig ist, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen.

Von zentraler Bedeutung für die Behandlung von Leistungsstörungen in städtebaulichen Verträgen ist die Vorschrift des **§ 62 S. 2 VwVfG, wonach die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ergänzend entsprechend gelten**. § 62 S. 2 VwVfG enthält mit der „ergänzenden“ und „entsprechenden“ Anwendung des BGB eine doppelte Modifikation, die einen hinreichenden Spielraum läßt, die Eigenheiten und besonderen Bedürfnisse des Rechtsgebiets der städtebaulichen Verträge zu berücksichtigen, deren Maßstäbe nicht allein aus dem BGB entnommen werden können.

Vgl. nur *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 62 Rdnr. 5.

Die lediglich „ergänzende“ und „entsprechende“ Anwendung von Vorschriften des BGB ist umso mehr geboten, als die Beteiligten eines städtebaulichen Vertrages typischerweise in einem Verhältnis der Über- und Unterordnung zueinander stehen.

Vgl. BVerwG, U. v. 16.05.2000 - 4 C 4/99 -, NVwZ 2000, S. 1285 m.w.N.

c) Regelungen zu Leistungsstörungen im BGB

Für die Anwendung der nach § 62 S. 2 VwVfG „ergänzend“ und „entsprechend“ geltenden Vorschriften des BGB stellt sich zunächst die **Frage, ob der städtebauliche Vertrag als gegenseitiger Vertrag i.S.d. § 320 ff. BGB anzusehen ist** oder als einseitiger Vertrag. Zwar kann die „Leistung“ der Gemeinde, das nötige Planungsrecht zu schaffen, wegen des Verbots nach § 2 Abs. 3 BauGB nicht Gegenstand eines synallagmatischen Austauschverhältnisses i.S. eines gegenseitigen Vertrages nach §§ 320 ff. BGB sein. Das ändert jedoch nichts daran, daß die Schaffung des Planungsrechts von den Vertragspartnern stillschweigend als Bedingung oder Geschäftsgrundlage für die vertraglich vereinbarte Gegenleistung des Vorhabenträgers vorausgesetzt wird (sog. „**hinkender“ Austauschvertrag**).

Vgl. nur BVerwG, U. v. 16.05.2000 - 4 C 4/99 -, ZfIR 200, S. 720.

Insoweit handelt es sich nicht um ein rechtliches, wohl aber um ein faktisches Austauschverhältnis. Daher spricht vieles dafür, den städtebaulichen Vertrag als einen eingeschränkt gegenseitigen Vertrag anzusehen, wobei sich die Einschränkung ausschließlich auf die Schaffung des Planungsrechts bezieht.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 43, 45 ff.; Neuhausen, in: Brügemann, BauGB, § 11 Rdnr. 97; *Wagner*, in: von *Nicolai/Wagner/Wecker*, Verträge des BauGB, 1999, S. 24; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 264.

Die allgemeinen Regelungen in den §§ 320 ff. BGB (sowie über § 325 BGB die §§ 280 ff. BGB) werden aber teilweise durch die spezielleren Sonderregelungen des BGB über Leistungsstörungen in den einzelnen Vertragsarten, wie z.B. Kauf-, Tausch- oder Werkvertrag verdrängt. Für die Folgen von Leistungsstörungen bei der Abwicklung von städtebaulichen Verträgen kommen deshalb je nach Regelungsgegenstand unterschiedliche Anspruchsgrundlagen in Betracht. Dabei ist jeweils sorgfältig zu prüfen, ob die einzelnen Leistungspflichten des städtebaulichen Vertrages, bei denen es zu Leistungsstörungen gekommen ist, bestimmten Vertragstypen des Besonderen Schuldrechts zugeordnet werden können.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 58.

Werden in einem städtebaulichen Vertrag mehrere der in § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 3 BauGB vorgesehenen Vertragstypen miteinander kombiniert, so können bei Leistungsstörungen jeweils unterschiedliche zivilrechtliche Vorschriften heranzuziehen sein.

Vgl. *Bunzel*, Städtebauliche Verträge – in Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 268.

Auch gegen die entsprechende Anwendung der im bürgerlichen Recht entwickelten Grundsätze über die Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlung (c.i.c.) sowie aus positiver Vertragsverletzung (pVV) spricht nichts mehr, zumal sie im Rahmen der Schuldrechtsreform gesetzlich geregelt worden sind (vgl. §§ 280, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB für c.i.c. und §§ 280, 282 BGB für pVV). Sie können herangezogen werden, um die Folgen von Pflichtverletzungen zu regeln, die im vorvertraglichen Stadium oder bei Durchführung eines städtebaulichen Vertrages begangen werden.

Vgl. BVerwG, U. v. 26.01.1995 - 3 C 22/93 -, NVwZ 1996, S. 174.

III. „Leistungsstörungen“ in der Sphäre der Gemeinde

1. Scheitern des Bebauungsplanverfahrens oder Abweichen der Planung vom vertraglich vorausgesetzten Inhalt
 - a) Die Schaffung des Planungsrechts als Bedingung bzw. Geschäftsgrundlage für die vertraglich vereinbarte Gegenleistung des Vorhabenträgers

Die **Schaffung des Planungsrechts** durch die Gemeinde wird von den Vertragspartnern *auch beim Fehlen einer ausdrücklichen Wirksamkeitsvereinbarung stillschweigend als Bedingung oder Geschäftsgrundlage für die vertraglich vereinbarte Gegenleistung des Vorhabenträgers vorausgesetzt.*

Vgl. BVerwG, U. v. 16.05.2000 - 4 C 4/99 -, NVwZ 2000, S. 1285; BVerwG, U. v. 06.07.1973 - IV C 22.72 -, BVerwGE 42, S. 331, 333 für den Fall eines Folgekostenvertrages; BVerwG, U. v. 11.02.1993 - 4 C 18.91 -, BVerwGE 92, S. 56, 66 für den Fall des Fehlschlagens der Bauleitplanung als Geschäftsgrundlage eines Vertrages nach dem Weilheimer Modell; BayVGH, U. v. 11.04.1990 - 1 B 85 A. 1480 -, NVwZ 1990, S. 979, 981 (die Entscheidung der Vorinstanz); OVG Lüneburg, U. v. 07.03.1983, BRS 40 Nr. 32; zum Streitstand, ob von einer Bedingung oder der Geschäftsgrundlage auszugehen ist, vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 51 f. m.w.N.

Fällt das Planungsrecht aus, braucht der Vorhabenträger die vertraglich vereinbarten Leistungen nicht zu erbringen. Der Wegfall der Leistungspflicht bezieht sich insbesondere auf eine Verpflichtung zur Herstellung von Erschließungsanlagen, eine Verpflichtung zur Durchführung von Ausgleichsmaßnahmen, auf Folgekostenvereinbarungen etc.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, **ob die Leistungspflichten des Vorhabenträgers auch dann entfallen, wenn der in Kraft getretene Bebauungsplan von dem vertraglich vorausgesetzten Inhalt abweicht.** Als Beurteilungsmaßstab hierfür kann die Vorschrift des § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG herangezogen werden, sofern der Vertrag keine ausdrückliche Regelung enthält. Danach kann eine Vertragspartei für den Fall, daß die Verhältnisse, die für die Festsetzung des Vertragsinhalts maßgebend gewesen sind, sich seit Abschluß des Vertrages so wesentlich geändert haben, daß einer Vertragspartei das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht zuzumuten ist, eine Anpassung des Vertragsinhalts an die geänderten Verhältnisse verlangen. Ist eine Anpassung nicht möglich oder einer Vertragspartei nicht zuzumuten, kann nach § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG der Vertrag gekündigt werden. *Wesentlich* ist eine Änderung der Verhältnisse nach Maßgabe des Einzelfalls dann, wenn die beiderseitigen

Leistungen in ein so grobes Mißverhältnis geraten sind, daß eine die „Opfergrenze“ überschreitende Äquivalenzstörung anzunehmen ist und eine Anpassung des Vertrages unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten unabweislich erscheint, weil die Veränderungen so erheblich sind, daß der Vertrag bei Bekanntsein der Umstände im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aus der Sicht eines verständigen Betrachters nicht mit demselben Inhalt zustandegekommen wäre.

Vgl. *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 60 Rdnr. 19 m.w.N.

Auch nach § 60 Abs. 1 VwVfG ist es den Vertragspartnern grundsätzlich zuzumuten, an der ursprünglichen Vereinbarung festzuhalten (*pacta sunt servanda*). Da die Regelung eine Durchbrechung des zentralen rechtsstaatlichen Grundsatzes der Vertragstreue darstellt, sind an die Unzumutbarkeit hohe Anforderungen zu stellen.

Vgl. BVerwG, U. v. 09.11.1990 - 8 C 36/89 -, NVwZ 1991, S. 1096, 1097; *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 60 Rdnr. 18; *Lorenz*, DVBl. 1997, S. 865, 866 f.

Die Frage, ob eine wesentliche unzumutbare Änderung der Verhältnisse vorliegt, hängt danach maßgeblich davon ab, wie gravierend die Abweichung im Verhältnis zu dem Gesamtkonzept anzusehen ist. Je größer die Abweichung, desto eher kommt eine Anpassung oder ein Wegfall der Vertragspflichten des Vorhabenträgers in Betracht. Eine wesentliche unzumutbare Abweichung dürfte z.B. vorliegen, wenn anstelle einer vertraglich vorausgesetzten Nettobaulandfläche von 7 ha tatsächlich nur 4 ha entstehen.

Umstände, die in den Risikobereich einer Vertragspartei fallen, weil sie von ihr bewußt übernommen wurden oder von ihr verschuldet sind, berechtigen sie im Zweifel nicht, eine Änderung des Vertrages zu verlangen.

Vgl. BGH, U. v. 31.05.1990 - I ZR 233/88 -, NJW 1991, S. 1478, 1479; BGH, U. v. 04.02.1998 - XII ZR 160/96 -, NJW 1998, S. 2600; *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 60 Rdnr. 20.

Danach entfällt in der Regel ein Anpassungsanspruch des Vorhabenträgers, wenn er der Planänderung ausdrücklich zugestimmt hat oder wenn die Planänderung sogar auf seinem eigenen Vorschlag beruht. Umgekehrt dürfte ein Anpassungsanspruch des Vorhabenträgers unter erleichterten Voraussetzungen gegeben sein, wenn die Abweichung auf eine der Gemeinde zurechenbare Entscheidung zurückzuführen ist.

Im übrigen wird sich häufig nicht mehr eindeutig feststellen lassen, welchen konkreten Inhalt die Beteiligten vertraglich vorausgesetzt haben. Eine sorgfältige

Dokumentation, möglichst anhand von Plänen, erleichtert eine entsprechende Feststellung.

Ein *außerordentliches Kündigungsrecht der Gemeinde* zur Verhütung oder Beseitigung schwerer Nachteile für das Gemeinwohl *nach § 60 Abs. 1 S. 2 VwVfG* kommt *nur in wenigen Ausnahmefällen* in Betracht, da die Vorschrift eng und restriktiv auszulegen ist.

Vgl. nur *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 60 Rdnr. 28 f.; *Neuhausen*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 11 Rdnr. 88.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, eine Ausübung des Kündigungsrechts nach § 60 Abs. 1 S. 2 VwVfG könne geboten sein, wenn sich nach Vertragsabschluß eine neue planerische Situation ergibt, z.B. durch neue Vorgaben überörtlicher Planungsträger.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 42; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 258.

Die Gemeinde muß aber in einem solchen Fall den Vertrag gar nicht kündigen, da der Vorhabenträger nach § 2 Abs. 3 BauGB ohnehin keinen einklagbaren Anspruch auf Schaffung des Planungsrechts hat.

b) Stillschweigende vertragliche Risikoübernahme?

In dem Zeitpunkt, in dem der Ausfall des Planungsrechts feststeht, hat der Vorhabenträger meist schon nicht unerhebliche Vorleistungen erbracht (z.B. Planungskosten für die Ausarbeitung des Bebauungsplans, Kosten für ein Altlasten- oder Lärmgutachten etc.). In diesem Fall ist ihm nicht alleine damit gedient, daß er die weiteren vertraglich vereinbarten Leistungen nicht mehr erbringen muß. Vielmehr wird er sich zusätzlich die Frage stellen, ob ihm die Gemeinde die bereits entstandenen Aufwendungen zu ersetzen hat.

Das Risiko fehlgeschlagener Aufwendungen trägt grundsätzlich der Vorhabenträger, soweit in dem städtebaulichen Vertrag nichts Gegenteiliges vereinbart worden ist. Dies ergibt sich aus § 2 Abs. 3 BauGB. Danach kann der Vorhabenträger in der Regel nicht in schutzwürdiger Weise darauf vertrauen, daß der gewünschte Erfolg (das Inkrafttreten des Bebauungsplans mit dem vertraglich vorausgesetzten Inhalt) auch tatsächlich eintritt. Damit fehlt es grundsätzlich zugleich an einer geeigneten Vertrauensgrundlage des Vorhabenträgers für Vermögensdispositionen bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bebauungsplans.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 254; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 247.

Die ältere Rechtsprechung hat gleichwohl angenommen, eine Gemeinde könne aus dem Gesichtspunkt einer **stillschweigenden vertraglichen Risikoübernahme** verpflichtet sein, dem Vorhabenträger einen finanziellen Ausgleich für nutzlos erbrachte Aufwendungen zu gewähren, wenn die Planung aus Gründen fehlschlage, die in der Sphäre der Gemeinde liegen. Je nach den Umständen könne in dem Verhalten der Gemeinde eine vertragliche Risikoübernahme liegen. Diese müsse nicht notwendigerweise ausdrücklich erklärt sein, sondern könne sich auch aus dem Gesamtverhalten der Gemeinde ergeben. Der das ganze Recht beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben könne in derartigen Fällen die Annahme nahelegen, daß nach dem Willen der Beteiligten das Risiko einer nachträglichen Änderung der Planungskonzeption nicht einseitig dem privaten Partner aufgebürdet sein solle, der dieses Risiko rechtlich nicht abwälzen kann und auf seine Verwirklichung oder Nichtverwirklichung regelmäßig auch keinen Einfluß hat.

Vgl. BGH, U. v. 01.12.1983 - III ZR 38/82 -, BayVBl. 1984, S. 284; BGH, U. v. 22.11.1979, - III ZR 186/77 -, BGHZ 76, S. 16, 25 ff.

Dies hat der BGH damit begründet, im Interesse der Förderung der für die bauliche Entwicklung der Gemeinde notwendigen Privatinitiative bestehe ein anzuerkennendes Bedürfnis dafür, der Freiheit der Gemeinde im Bereich der Bauleitplanung einen vermögensrechtlichen Ausgleich der Interessen des Partners zur Seite zu stellen, wenn es zur Verwirklichung der gemeinsamen Planungsabsichten später nicht kommt.

Vgl. BGH, U. v. 08.06.1978, - III ZR 48/76 -, BGHZ 71, S. 386, 392 ff.; BGH, U. v. 22.11.1979 - III ZR 186/77 -, BGHZ 76, S. 16, 27; BGH, U. v. 07.02.1980 - III ZR 23/78 -, BGHZ 76, S. 343, 348; BGH, U. v. 01.12.1983, - III ZR 38/82 -, BayVBl. 1984, S. 284; *Dolde*, NJW 1979, S. 889, 891; *Papier*, JuS 1981, S. 498, 502; *Dolde/Uechtritz*, DVBl. 1987, S. 446, 448 f.

Die Erwägung, eine möglicherweise drohende Ausgleichspflicht werde einen unerwünschten indirekten Zwang auf die Planungsentscheidungen der Gemeinde ausüben, schlage demgegenüber nicht durch.

Vgl. BGH, U. v. 08.06.1978, - III ZR 48/76 -, BGHZ 71, S. 386, 395; BGH, U. v. 01.12.1983 - III ZR 38/82 -, BayVBl. 1984, S. 284; anderer Ansicht BayObLG, BayVBl. 1976, S. 378, 379; *Luhmann*, BayVBl. 1974, S. 456, 459.

Ob eine Risikoübernahme vorliegt, aus der sich ein Kompensationsanspruch ergibt, sei – so der BGH weiter – durch Auslegung der ausdrücklichen und schlüssigen Willenserklärungen der Gemeinde und des mit ihr kooperierenden

Partners unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu ermitteln (§§ 133, 157 BGB). Dabei sei insbesondere die objektive Interessenlage zu berücksichtigen. Handele es sich z.B. um Aufwendungen, die von der Gemeinde bei einer später aufgegebenen Planung selbst zu tragen gewesen wären, so könne dies den Schluß rechtfertigen, der private Partner solle bei einem späteren Scheitern dieser Planung aus Gründen, die allein in der Sphäre der Gemeinde liegen, eine Kompensation in Geld erhalten. Kosten, die der private Partner aufgewendet hat, um die Planungsentscheidung der Gemeinde erst noch herbeizuführen (z.B. Kosten für Vorentwürfe oder Gutachten), seien dagegen regelmäßig von einer Risikoübernahme nicht umfaßt.

Vgl. BGH, U. v. 01.12.1983 - III ZR 38/82 -,
BayVBl. 1984, S. 284, 285; *Dolde/Uechtritz*, DVBl.
1987, S. 446, 450 f.

In einer späteren Entscheidung hat der BGH Ansprüche aus einer vertraglichen Risikoübernahme aber bereits mit der Begründung abgelehnt, die Gemeinde habe bei dem Vorhabenträger nicht das berechtigte Vertrauen erweckt, sie werde ihm im Falle eines Scheiterns des Planungsverfahrens die angefallenen Kosten erstatten. Vielmehr habe sie wiederholt deutlich gemacht, daß sie für diese Aufwendungen nicht haften wolle.

Vgl. BGH, U. v. 03.10.1985 - III ZR 60/84 -, UPR
1986, S. 176, 178.

Eine stillschweigende vertragliche Risikoübernahme der Gemeinde dürfte danach nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht kommen.

Von einer solchen stillschweigenden vertraglichen Risikoübernahme zu unterscheiden ist eine *privatrechtliche Vereinbarung* bei der *Veräußerung gemeindeeigener Grundstücke*, durch die eine Gemeinde deren *künftige Nutzbarkeit als Bauland gewährleistet*.

Vgl. BGH, U. v. 11.05.1989 - III ZR 88/87 -, NJW
1990, S. 245; BGH, U. v. 22.11.1979 - III ZR
186/77 -, BGHZ 76, S. 16, 24; *Dolde*, NJW 1980,
S. 1657, 1658; *Papier*, JuS 1981, S. 498, 501 f.;
kritisch hierzu *Ebsen*, JZ 1985, S. 57, 60 ff.

Im Fall der Veräußerung gemeindeeigener Grundstücke wird die Gemeinde vielfach das Risiko eines Scheiterns ihrer Bebauungsplanung (stillschweigend) übernehmen, um einen hohen Preis für die verkauften Grundstücke zu erlösen.

Vgl. BGH, U. v. 22.11.1979 - III ZR 186/77 -,
BGHZ 76, S. 16.

c) Schadensersatz nach § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 162 BGB analog?

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, als Rechtsgrundlage für die Haftung der Gemeinde wegen fehlgeschlagener Planung komme auch § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 162 BGB analog in Betracht. Rücke die Gemeinde grundlos von ihren im Vertrag zum Ausdruck gebrachten städtebaulichen Zielsetzungen ab (z.B. weil sie auf dem Areal inzwischen andere Nutzungen realisieren will) und beschließe den notwendigen Bebauungsplan nicht als Satzung, dann führe dies als Bedingungsvereitelung zur entsprechenden Anwendung des § 162 BGB. Da der Bedingungseintritt wegen § 2 Abs. 3 BauGB nicht fingiert werden könne, entstehe ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 247 f.; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 259.

Einen grundlosen Abbruch des Bebauungsplanverfahrens und damit eine Bedingungsvereitelung nimmt auch *Birk* nicht an, wenn sich bei einer ordnungsgemäßen Abwägung andere Belange als vorrangig erweisen oder bindende Rechtsvorschriften einen Plan mit dem in dem Vertrag vorgesehenen Inhalt verbieten.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 246 f.

Der Gesichtspunkt der Bedingungsvereitelung als Anknüpfungspunkt einer gemeindlichen Haftung ist jedoch auf städtebauliche Verträge nicht übertragbar. Dies ergibt sich daraus, daß auch im Falle eines grundlosen Abbruchs des Bebauungsplanverfahrens wegen § 2 Abs. 3 BauGB kein Anspruch des Vorhabenträgers vereitelt wird. Der mit dem Inkrafttreten des Bebauungsplans verbundene Bedingungseintritt führt lediglich dazu, daß die Ansprüche der Gemeinde gegen den Vorhabenträger entstehen.

Für einen Schadensersatzanspruch des Vorhabenträgers gegen die Gemeinde nach § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 162 BGB analog besteht auch kein praktisches Bedürfnis. Im Kern geht es hierbei um eine gerechte Risikoverteilung nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalles.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 259.

Diesem Anliegen läßt sich aber bereits durch das Institut der stillschweigenden vertraglichen Risikoübernahme angemessen Rechnung tragen.

2. Nachträgliche Änderung oder Aufhebung des Planungsrechts im Falle der „Planreue“

Eine „Leistungsstörung“ kann auch dadurch auftreten, daß die Gemeinde nach Abschluß des städtebaulichen Vertrages und nach Inkrafttreten des Bebauungs-

plans das vereinbarte Vorhaben plötzlich nicht mehr will und dem Vorhabenträger noch keine Baugenehmigung oder noch kein Bauvorbescheid erteilt worden ist (z.B. weil sich die politischen Mehrheiten im Gemeinderat geändert haben). Hiervon zu unterscheiden ist allerdings die Fallgestaltung, daß ein Vorhabenträger seine in einem Durchführungsvertrag zu einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan begründete Baupflicht nicht fristgemäß erfüllt und die Gemeinde deshalb als Reaktion auf die Leistungsstörung des Vorhabenträgers den vorhabenbezogenen Bebauungsplan nach § 12 Abs. 6 S. 1 BauGB wieder aufheben will.

Für die vorgenannte Form der gemeindlichen „Leistungsstörung“ sind die beiden Ebenen Bebauungsplan und städtebaulicher Vertrag zu unterscheiden:

- Das sich aus dem *Bebauungsplan* ergebende Baurecht kann bauplanungsrechtlich nach § 2 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 4 BauGB nur durch die **Änderung oder Aufhebung des gültigen Bebauungsplans** „beseitigt“ werden. Eine solche Änderung oder Aufhebung des Bebauungsplans ist auch im Falle der Planreue“ grundsätzlich möglich. Die städtebauliche Rechtmäßigkeit der Änderung oder Aufhebung des Bebauungsplans bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften, insbesondere also nach § 1 BauGB.

Vgl. BVerwG, U. v. 31.08.2002 - 4 CN 6.99 -, UPR 2001, S. 73, 75; BVerwG, B. v. 16.01.1996 - 4 NB 1.96 -, NVwZ-RR 1997, S. 83.

Die Aufhebung von Festsetzungen in einem Bebauungsplan, mit denen eine wesentlich weitergehende Bebauung möglich war, setzt allerdings hinreichend gewichtige Belange, die für diese Änderung sprechen, und eine besonders sorgfältige Abwägung durch die Gemeinde voraus.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, NK-B.v. 22.03.1994 - 8 S 1854/93 -, VBIBW 1994 S. 311, 312.

In die erforderliche Abwägung ist auch der abgeschlossene städtebauliche Vertrag zusammen mit einer etwa vereinbarten Baupflicht des Vorhabenträgers einzustellen.

Eine ordnungsgemäße Abwägungsentscheidung für die Aufhebung oder Änderung setzt jedoch auch bei einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan keine Gründe voraus, die es der Gemeinde erlauben, den Durchführungsvertrag nach § 60 Abs. 1 VwVfG zu kündigen.

Vgl. *Burmeister*, VBIBW 2002, S. 245, 250; anderer Ansicht *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 301.

Das ergibt sich aus § 2 Abs. 3 BauGB. Danach kann ein Anspruch auf Aufstellung eines Bauleitplans auch durch Vertrag nicht begründet werden. Dies

gilt auch bei einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan. Als Kehrseite hiervon kann durch Vertrag auch kein Anspruch auf „Nicht-Aufhebung“ oder „Nicht-Änderung“ eines Bauleitplans einschließlich eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans begründet werden.

Vgl. BVerwG, B. v. 28.12.2000 - 4 BN 37.00-,
BauR 2001, S. 1060.

Auch bei einer rechtmäßigen Änderung oder Aufhebung des Bebauungsplans im Falle der „Planreue“ hat der Vorhabenträger gegen die Gemeinde Planschadensansprüche nach §§ 39 und 42 BauGB.

- Soll der Bebauungsplan geändert oder aufgehoben werden, stellt sich auch die Frage, **ob der städtebauliche Vertrag aufgrund eines vertraglich vereinbarten Kündigungsrechts oder nach § 60 Abs. 1 VwVfG kündbar ist.** Ist dies der Fall, löst die Kündigung in der Regel keine Schadenersatzpflicht aus.

Vgl. *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG,
6. Aufl. 2001, § 60 Rdnr. 25 c; vgl. aber auch BGH,
U. v. 14.10.1992 - VIII ZR 91/91 -, JZ 1993, S. 664.

Tritt die Aufhebung oder Änderung des Bebauungsplans auf der Grundlage einer fehlerfreien Abwägung in Kraft, begründet § 60 Abs. 1 VwVfG einen Anspruch der Gemeinde auf Anpassung bzw. Kündigung des ursprünglichen Durchführungsvertrages. Die rechtmäßige Aufhebung oder Änderung des Bebauungsplans führt zu einer so wesentlichen Änderung der Vertragsgrundlage, daß der Gemeinde das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht mehr zuzumuten ist. Aufgrund des Verbots, in dem städtebaulichen Vertrag einen Anspruch des Vorhabenträgers auf „Nicht-Aufhebung“ oder „Nicht-Änderung“ des Bebauungsplans zu begründen, kann dem nicht entgegengehalten werden, daß die Gemeinde die wesentliche Änderung der Vertragsgrundlage selbst herbeigeführt hat.

Vgl. *Burmeister*, VBIBW 2002, S. 245, 250.

Liegen die Kündigungsvoraussetzungen nicht vor, kann eine ausdrückliche oder stillschweigende Kündigung des städtebaulichen Vertrages durch die Gemeinde als schuldhaftes Verletzung von Vertragspflichten zu einem Schadenersatzanspruch des Vorhabenträgers aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung führen, der auch für öffentlich-rechtliche Verträge gilt.

Vgl. BVerwG, U. v. 26.01.1995 - 3 C 22/93 -,
NVwZ 1996, S. 174.

3. Leistungsstörungen bei gemeindlichen Mitwirkungsbefugnissen

Leistungsstörungen im Zusammenhang mit vertraglich vereinbarten gemeindlichen Mitwirkungsbefugnissen können insbesondere bei Erschließungsverträgen oder bei den Vorschriften über die Erschließung eines Durchführungsvertrages auftreten. Darin verpflichtet sich der Vorhabenträger in der Regel, den Inhalt der Ausschreibung von Bauleistungen, die Leistungsverzeichnisse (vor deren Ausgabe) sowie die Auswahl der aufzufordernden Bieter mit der Gemeinde abzustimmen. Außerdem wird meist vereinbart, daß die Auftragserteilung für Bauleistungen durch den Vorhabenträger jeweils der vorherigen Zustimmung der Gemeinde bedarf. Auch der Abschluß des Ingenieurvertrages zwischen dem Vorhabenträger und einem Ingenieurbüro darf vielfach erst nach vorheriger Zustimmung der Gemeinde erfolgen. Hat sich das Verhältnis zwischen Vorhabenträger und Gemeinde in dieser Phase „abgekühlt“, können hierbei leicht erhebliche Verzögerungen eintreten.

Haftungsrechtlich stellt sich die Frage, **aus welchen Gründen die Gemeinde einen zustimmungsbedürftigen Vertragsabschluß** zwischen Vorhabenträger und einem Dritten **ablehnen kann und wie lange sie sich für die Prüfung Zeit lassen darf**. Ob, wann und unter welchen Voraussetzungen die Gemeinde eine solche Zustimmung erteilt, steht auch bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung im städtebaulichen Vertrag nicht in ihrem Belieben.

Vgl. BVerwG, U. v. 15.12.1989 - 7 C 6/88 -, NVwZ 1990, S. 665, 667.

Über die Zustimmung muß die Gemeinde danach innerhalb einer angemessenen Frist entscheiden. Eine Ablehnung darf nur aus sachlich stichhaltigen Gründen erfolgen (z.B. bei nachweislicher Unzuverlässigkeit eines Bauunternehmers, an den der Vorhabenträger Bauleistungen vergeben will).

Kommt die Gemeinde ihrer erforderlichen Mitwirkungshandlung schuldhaft nicht rechtzeitig nach, löst dies Schadenersatzansprüche des Vorhabenträgers gegen sie nach § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. §§ 280, 281, 286 ff. BGB analog aus.

IV. Leistungsstörungen in der Sphäre des Vorhabenträgers

Zunächst ist bei Leistungsstörungen, die in der Sphäre des Vorhabenträgers liegen, stets zu prüfen, ob die einschlägigen Regelungen des städtebaulichen Vertrages einem bestimmten Vertragstyp des BGB zugeordnet werden können:

1. Werkvertragsähnliche Verträge

Auf Leistungsstörungen bei sogenannten **Bauplanungsverträgen**, in denen der Vorhabenträger die Verpflichtung übernimmt, Planungen und Gutachten zu erstellen oder erstellen zu lassen und das Bebauungsplanverfahren „technisch“ zu

organisieren, sind die Vorschriften des Werkvertragsrechts nach § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. §§ 631 ff. BGB entsprechend anzuwenden.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 59.

Bauplanungsverträge haben werkvertragsähnlichen Charakter. Der Vorhabenträger verpflichtet sich, ein bestimmtes Werk herzustellen (z.B. einen Bebauungsplanentwurf auszuarbeiten oder ein Lärmgutachten zu erstellen). Dieses wird von der Gemeinde übernommen oder ihren weiteren Tätigkeiten im Verfahren zugrundegelegt. Beauftragt der Vorhabenträger zur Erstellung der Planungen einen Dritten, so hat sich der Vorhabenträger dessen Handlungen und Unterlassungen über § 278 BGB zurechnen zu lassen.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 59.

Der werkvertragsähnliche Charakter von Bauplanungsverträgen wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß die Gemeinde sich gegenüber dem Vorhabenträger nicht zur Zahlung einer Vergütung verpflichtet, sondern die Gemeinde nur faktisch eine „Gegenleistung“ erbringt, die in der Schaffung des Planungsrechts besteht.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 59.

Auch bei den sogenannten **Baureifmachungsverträgen**, die z.B. eine Verpflichtung des Vorhabenträgers zur Freilegung oder Altlastenbeseitigung zum Gegenstand haben, handelt es sich um werkvertragsähnliche Verträge. Eine Übernahme durch die Gemeinde ist nicht erforderlich. Der Abbruch bestehender Gebäude auf einem Privatgrundstück kann z.B. durchaus auch städtebauliche Ziele erfüllen und damit eine werkvertragsähnliche Leistung auch zugunsten der Gemeinde sein.

Vgl. hierzu im einzelnen *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 59; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 265.

Die Vorschriften des Werkvertragsrechts sind auch auf Leistungsstörungen *bei Erschließungsverträgen* entsprechend anwendbar, **wenn der Erschließungsträger die Erschließungsanlagen auf Grundstücken herstellt, die im Eigentum der Gemeinde stehen.**

Vgl. OVG Münster, U. v. 29.06.1992 - 3 A 1079/81 -, KStZ 1993, S. 171; vgl. hierzu im einzelnen *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 55.

Dies dürfte nach der Schuldrechtsreform auch dann gelten, wenn der Erschließungsträger die vereinbarten Erschließungsanlagen *auf eigenen Grundstücken* herstellt und diese nach Fertigstellung auf die Gemeinde überträgt. Denn die auf das Kaufvertragsrecht (§§ 433 ff. BGB) verweisende Regelung des Werklieferungsvertrages (§ 651 S. 1 BGB n.F.) gilt nunmehr nur noch für die Lieferung beweglicher Sachen, so daß auf die allgemeine Abgrenzung zwischen Werk- und Kaufvertrag zurückzugreifen ist. In der Regel wird jedoch die Pflicht des Erschließungsträgers zur Herstellung der Erschließungsanlagen den Schwerpunkt seiner Verpflichtungen bilden und gegenüber der Pflicht zur Verschaffung des Eigentums an die Gemeinde vorrangig sein.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 55; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 265.

Danach stehen insbesondere die Regeln des § 649 BGB für die Kündigung und der §§ 634 Abs. 1, 467, 346 ff. BGB für die Wandlung zur Verfügung.

Kündigt die Gemeinde den Erschließungsvertrag während der noch laufenden Bauarbeiten, führt dies in der Regel zu erheblichen Abwicklungsproblemen. Gleiches gilt im Falle einer Wandlung oder eines Rücktritts durch die Gemeinde. Hierzu wird im einzelnen auf die Ausführungen zum Erschließungsvertrag verwiesen.

2. Tausch- oder kaufvertragsähnliche Verträge

Verträge im Rahmen einer freiwilligen Umlegung sowie **Verträge unter dem „Mantel“ des gesetzlichen Umlegungsverfahrens** haben tausch- bzw. kaufähnlichen Charakter. Daher finden bei Leistungsstörungen die Regelungen der §§ 480, 433 ff. BGB entsprechende Anwendung.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 267; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 60.

Im Falle von Leistungsstörungen im Rahmen vertraglicher Regelungen zur freiwilligen Umlegung treten danach die Gewährleistungsregelungen der §§ 434, 437 BGB neben den vertraglichen Erfüllungsanspruch. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, **ob die Bebaubarkeit eines Grundstücks als vereinbarte Beschaffenheit i.S.d. § 434 I 1 BGB zu beurteilen ist oder sogar Gegenstand einer Beschaffenheitsgarantie i.S.v. § 443 Abs. 1 BGB** sein kann. Dies ist grundsätzlich zu verneinen. Wegen § 2 Abs. 3 BauGB kann sich die Gemeinde auch in einem Umlegungsvertrag nicht dazu verpflichten, für den Vertragspartner Baurecht zu schaffen. Daher scheiden auch Schadenersatzansprüche gem. § 437 Nr. 3 BGB aus Sachmängelhaftung bzw. aus Garantiehafung gem. § 443 Abs. 1 BGB aus. Der Vorhabenträger trägt danach auch in diesem Zusammenhang das Risiko, daß das angestrebte Planungsrecht ausfällt.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 244 f.; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 267.

Die Bebaubarkeit des zuzuteilenden Grundstücks kann dagegen eine vereinbarte Beschaffenheit i.S.v. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen, wenn die Gemeinde in einer privatrechtlichen Vereinbarung bei der Veräußerung umlegungsbedürftiger gemeindeeigener Grundstücke die künftige Nutzbarkeit der zuzuteilenden Flächen als Bauland gewährleistet.

Vgl. BGH, U. v. 11.05.1989 - III ZR 88/87 -, NJW 1990, S. 245; BGH, U. v. 22.11.1979 - III ZR 186/77 -, BGHZ 76, S. 16, 24.

Wird dem Vertragspartner in der Umlegung dennoch ein nicht bebaubares Grundstück zugeteilt oder scheidet das Bebauungsplanverfahren, so steht ihm gegenüber der Gemeinde ein Schadenersatzanspruch nach § 437 Nr. 3 BGB zu. Gleiches gilt, wenn sich der einem bestandskräftigen Umlegungsplan zugrundeliegende Bebauungsplan als nichtig herausstellt. Dann wird der Umlegungszweck verfehlt, weil die Erteilung von Baugenehmigungen zu dem im Umlegungsplan vorausgesetzten Nutzungszweck nicht möglich ist. Dies hat zur Folge, daß sich auch die Neuverteilung der Flächen im Umlegungsplan nicht mehr rechtfertigen läßt.

Vgl. BVerwG, U. v. 17.12.1992 - 4 NB 25.90 -, ZfBR 1993, S. 200; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 60.

3. Verträge, die nach allgemeinem Schuldrecht zu behandeln sind.

Verträge zur Förderung und Sicherung der Ziele der Bauleitplanung i.S.v. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB, die z.B. Bauverpflichtungen oder Bindungen im Rahmen von Einheimischenmodellen begründen, lassen sich mit keinem Vertragstyp des besonderen Schuldrechts vergleichen. Im Falle von Leistungsstörungen sind deshalb die allgemeinen Regelungen der §§ 320 ff. BGB entsprechend anzuwenden, soweit vertraglich nichts anderes vereinbart ist.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 61, der darauf hinweist, daß es sich bei Verträgen im Rahmen eines Einheimischenmodells um gegenseitige Verträge zugunsten Dritter handelt.

Auch bei **Folgekostenverträgen** können neben den Erfüllungsansprüchen im Falle von Leistungsstörungen die §§ 320 ff. BGB entsprechend herangezogen werden. Dabei ist allerdings zu beachten, daß ein vertraglich vereinbarter Anspruch der Gemeinde auf Zahlung von Folgekosten für Infrastruktureinrichtungen gegen den Vorhabenträger erst wirksam entsteht, wenn der Bebauungsplan in

Kraft getreten ist. Dies gilt auch, wenn hierzu eine ausdrückliche vertragliche Regelung fehlt.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 61; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 268.

Die Rechtsprechung hat im übrigen eine Vielzahl weiterer BGB-Vorschriften auf öffentlich-rechtliche Verträge jeglicher Art für entsprechend anwendbar erklärt.

Vgl. hierzu im einzelnen *Bonk*, in: *Stelkens/BonkSachs*, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 62, Rdnrn. 22 ff.

V. Sonderregelungen beim vorhabenbezogenen Bebauungsplan

1. Aufhebung des Planungsrechts

Für die Aufhebung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans enthält § 12 Abs. 6 BauGB eine Sonderregelung. Danach soll die Gemeinde den Bebauungsplan aufheben, wenn der Vorhaben- und Erschließungsplan nicht innerhalb der vertraglich vereinbarten Frist durchgeführt wird, wobei der Vorhabenträger gegen die Gemeinde aus der Aufhebung keine Ansprüche geltend machen kann. Die **Aufhebungsregelung des § 12 Abs. 6 BauGB ist eine gesetzlich vorgesehene „Sanktionsmöglichkeit“ der Gemeinde auf eine Leistungsstörung des Vorhabenträgers (nicht rechtzeitige Realisierung des Vorhabens)**. Die **Aufhebung** des vorhabenbezogenen Bebauungsplans **setzt eine Abwägung nach § 1 Abs. 6 BauGB voraus**.

Vgl. nur *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 58; *Birk*, NVwZ 1995, S. 625, 630.

Die in der Abwägung zu berücksichtigenden Belange des Vorhabenträgers stehen allerdings einer Aufhebung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans in der Regel entgegen, wenn die Verzögerung auf besonderen Umständen beruht, die der Vorhabenträger nicht zu vertreten hat oder wenn das Vorhaben trotz der Verzögerung kurz vor seiner Fertigstellung steht.

Vgl. *Reidt*, BauR 1998, S. 909, 918.

Erstreckt sich der Vorhaben- und Erschließungsplan auf mehrere Einzelvorhaben, von denen nur ein Teil fristgemäß errichtet worden ist, kommt u.U. eine Teilaufhebung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans in Betracht.

Vgl. *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 12 Rdnr. 157; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 60.

Je unteilbarer und je weiter fortgeschritten das Vorhaben einzustufen ist, umso eher gebührt dem Belang des Vorhabenträgers allerdings Vorrang.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 292.

Nach § 12 Abs. 6 S. 2 BauGB, der § 12 Abs. 3 S. 2 BauGB ergänzt, erfolgt die Planaufhebung im Fall des § 12 Abs. 6 S. 1 BauGB *entschädigungslos*. Der Ausschluß von Ansprüchen wirkt jedoch nur zu Lasten des Vorhabenträgers. Dritte (z.B. Eigentümer von Flächen nach § 12 Abs. 4 BauGB) können nach §§ 39 ff. BauGB Planungserschadensansprüche haben.

Vgl. *Reidt*, BauR 1998, S. 909, 918; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 59.

Hebt die Gemeinde den vorhabenbezogenen Bebauungsplan *aus anderen Gründen* auf, sind Ansprüche des Vorhabenträgers auf Entschädigung nach §§ 39 ff. BauGB weder nach § 12 Abs. 6 S. 2 BauGB noch nach § 12 Abs. 3 S. 2 BauGB ausgeschlossen.

Vgl. hierzu im einzelnen *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 61; *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 12, Rdnr. 161.

§ 12 Abs. 6 BauGB ist aber nur bedingt geeignet, den Vorhabenträger zu disziplinieren. Zunächst muß die Gemeinde das vereinfachte Bebauungsplanverfahren durchführen und eine Abwägungsentscheidung treffen, die der gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Deutlich effektiver wäre es, die Geltungsdauer des Bebauungsplans gekoppelt an die Realisierungsfrist des Durchführungsvertrages zu befristen.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12, Rdnr. 62 m.w.N.

Hinzu kommt, daß eine Aufhebung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans auf eine bereits erteilte Baugenehmigung oder auf einen erteilten Bauvorbescheid keinen Einfluß hat. Die erteilte Baugenehmigung ist dann nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwVfG zu widerrufen, und zwar nach § 49 Abs. 6 S. 1 VwVfG entschädigungslos.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 62; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 293.

Die Gemeinde kann die Genehmigung aber nur dann selbst widerrufen, wenn sie selbst Baurechtsbehörde ist. *Quaas* weist darauf hin, daß der säumige Vorhabenträger den Widerruf stets vermeiden kann, wenn er unmittelbar vor dem Widerruf doch noch mit dem Bau beginnt. Dies ergibt sich daraus, daß nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwVfG der Widerruf ausgeschlossen ist, wenn von der Genehmigung Gebrauch gemacht wurde.

Vgl. *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 62.

Der Vorschrift des § 12 Abs. 6 BauGB kommt danach in erster Linie die eher symbolische Funktion zu, daß die Gemeinde gegenüber dem Investor ein „Drohpotential“ aufbauen kann.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 269.

2. Wechsel des Vorhabenträgers

Zu den „Störungen“ bei der Plandurchführung gehört auch, wenn der Vorhabenträger nach Inkrafttreten des vorhabenbezogenen Bebauungsplans, aber vor Abschluß der Durchführung des Vorhaben- und Erschließungsplans wechselt. Nach § 12 Abs. 5 S. 1 BauGB bedarf ein Wechsel des Vorhabenträgers der (nicht formbedürftigen) Zustimmung der Gemeinde. Dies gilt auch, wenn die Gemeinde dem Vorhabenträger im Durchführungsvertrag eine Option für den Wechsel eingeräumt hat.

Vgl. *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 12 Rdnr. 151.

Die Zustimmung darf nach § 12 Abs. 5 S. 2 BauGB nur dann verweigert werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß die Durchführung des Vorhaben- und Erschließungsplans innerhalb der vertraglich vereinbarten Frist gefährdet ist. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, hat der bisherige Vorhabenträger gegen die Gemeinde einen Anspruch auf Zustimmung zum Wechsel.

Vgl. *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 12 Rdnr. 153.

Der neue Vorhabenträger muß danach bereit und in der Lage sein, in die bestehenden vertraglichen Verpflichtungen und die damit verfolgten Ziele und Zwecke uneingeschränkt einzutreten. Er muß also nicht nur über die gleiche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und fachliche Kompetenz verfügen, sondern auch die gleichen Sicherheitsleistungen erbringen.

Vgl. *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 12, Rdnr. 153; *Quaas*, in: *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 56.

Will der neue Vorhabenträger die über die Mindestregelungen des § 12 Abs. 1 BauGB hinausgehenden Pflichten nicht übernehmen, kann die Gemeinde die Zustimmung für den Trägerwechsel trotzdem nicht verweigern, wenn der ursprüngliche Vorhabenträger für deren Erfüllung weiterhin mithaftet.

Vgl. *Reidt*, BauR 1998, S. 909, 918.

VI. Ansprüche bei vorvertraglichen Störungen

1. Verletzung vorvertraglicher Pflichten durch die Gemeinde

In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß die Aufnahme von Verhandlungen über den Abschluß eines städtebaulichen Vertrages zwischen einer Gemeinde und einem privaten Partner vorvertragliche Pflichten begründet, deren schuldhaft Verletzung zu **Ansprüchen aus öffentlich-rechtlicher culpa in contrahendo (c.i.c., §§ 280, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB entsprechend)** führen kann.

BGH, U. v. 08.06.1978 - III ZR 48/76 -, BGHZ 71, S. 386, 392; BGH, U. v. 22.11.1979 - III ZR 186/77 -, BGHZ 76, S. 16, 22; BGH, U. v. 07.02.1980 - III ZR 23/78 -, BGHZ 76, S. 343, 348; BGH, U. v. 22.10.1981 - III ZR 37/80 -, MDR 1982, S. 462; BGH, U. v. 01.12.1983 - III ZR 38/82 -, Bay.VBl. 1984, S. 284; BGH, U. v. 03.10.1985 - III ZR 60/84 -, UPR 1986, S. 176, 177; BGH, U. v. 22.06.1989 - III ZR 156/86 -, NVwZ-RR 1989, S. 600; OVG Lüneburg, U. v. 07.03.1983 - I A 192/81 -, BRS 40 Nr. 32; BayObLG, U. v. 09.03.1976, BayVBl. 1976, S. 378; *Jäckle*, NJW 1990, S. 2520; *Jäde*, BayVBl. 1992, S. 549; *Dolde/Uechtritz*, DVBl 1987, S. 446; *Plagemann*, WM 1979, S. 794; *Keller*, Vorvertragliche Schuldverhältnisse im Verwaltungsrecht - Zugleich ein Beitrag zur Rechtsverhältnislehre, 1997; *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 62 Rdnrn. 45 ff. m.w.N.

Grundlage einer Haftung aus c.i.c. ist enttäushtes Vertrauen. **Haftungsbegründendes Verhalten** der Gemeinde während der Anbahnungsphase kommt insbesondere in Betracht

- bei grundlosem Abbruch der Vertragsverhandlungen und
- bei Verletzung von Aufklärungspflichten bzw. bei unrichtigen oder unvollständigen Auskünften.

Schon während der Verhandlungen über den Abschluß eines städtebaulichen Vertrages schuldet der Verhandlungspartner dem anderen Teil im Hinblick auf

das durch die Verhandlungen begründete vertragsähnliche Vertrauensverhältnis die zumutbare Rücksichtnahme auf dessen berechnigte Belange. Dazu gehört auch, daß er die **Vertragsverhandlungen nicht grundlos** (ohne triftigen Grund, aus sachfremden Erwägungen) **abbricht**, wenn er zuvor das Vertrauen des anderen Teils erweckt hat, der Vertrag werde mit Sicherheit zustandekommen. Ein schuldhafter Verstoß gegen diese Pflicht kann zu der Verpflichtung führen, dem Verhandlungspartner den dadurch verursachten Vertrauensschaden zu ersetzen.

Vgl. BGH, U. v. 08.06.1978 - III ZR 48/76 -, BGHZ 71, S. 386, 395; BGH, U. v. 07.02.1980 - III ZR 23/78 -, BGHZ 76, S. 343, 349.

Ein schuldhafter Abbruch der Vertragsverhandlungen scheidet allerdings aus, wenn dem ins Auge gefaßten Vertrag die Grundlage entzogen wird, weil der – u.U. neu gewählte – Gemeinderat eine andere Planungskonzeption als die bisherige entwickelt und das frühere Planaufstellungsverfahren nicht mehr fortführt.

Vgl. BGH, U. v. 08.06.1978 - III ZR 48/76 -, BGHZ 71, S. 386, 396; BGH, U. v. 07.02.1980 - III ZR 23/78 -, BGHZ 76, S. 343, 349; BGH, U. v. 03.10.1985 - III ZR 60/84 -, UPR 1986, S. 176, 177.

Rückt die Gemeinde von der verabredeten Planung aufgrund von Entscheidungen im Rahmen des Bebauungsplanverfahrens ab, kann dies mit Rücksicht auf ihre Planungshoheit nicht als schuldhafter Pflichtverstoß gewertet werden. Ein Verschulden der Gemeinde kann deshalb grundsätzlich nur in einem Verhalten erblickt werden, das außerhalb des Bereichs der eigentlichen Bauleitplanung liegt.

Vgl. BGH, U. v. 03.10.1985 - III ZR 60/84 -, UPR 1986, S. 176, 177.

Eine Haftung der Gemeinde aus c.i.c. unter dem Gesichtspunkt des grundlosen Abbruchs der Vertragsverhandlungen scheidet somit in der Regel aus und kommt nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen in Betracht.

Vgl. zu einem solchen Sonderfall BGH, U. v. 07.02.1980 - III ZR 23/78 -, BGHZ 76, S. 343, 349 ff.

Haftungsträchtiger sind die **Fälle, in denen die Gemeinde dem Vorhabenträger unrichtige oder unvollständige, seine Vermögensdispositionen nachteilig beeinflussende Auskünfte gibt oder wichtige Informationen zurückhält**. Bei Verhandlungen über den Abschluß eines städtebaulichen Vertrages besteht regelmäßig die Verpflichtung, den Partner über Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck gefährden und die für seine Entschließung von wesentlicher Bedeutung sein können. Je umfangreicher der Vorhabenträger auf die Erreichung

des auch im Interesse der Gemeinde liegenden Ziels "vorleistet", desto stärker sind die sich aus Treu und Glauben für die Gemeinde ergebenden Pflichten, den Partner über die in ihrem Verantwortungsbereich liegenden Risiken aufzuklären.

Vgl. BGH, U. v. 08.06.1978 - III ZR 48/76 -, BGHZ 71, S. 386, 396; vgl. auch KG, U. v. 22.12.1998 - 21 U 1671/98 -, NVwZ-RR 2000, S. 765, 768 zur Wissenszurechnung.

Eine allgemeine Rechtspflicht, den Vertragspartner über alle denkbaren Umstände aufzuklären, die auf seine Entschließung Einfluß haben können, gibt es allerdings nicht. Die Reichweite einer Aufklärungspflicht hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalls sowie der Kenntnis des Vertragspartners ab.

Vgl. BGH, U. v. 13.07.1983 - VIII ZR 142/82 -, NJW 1983, S. 2494; *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 62 Rdnr. 51; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 271.

Der BGH hat ein haftungsbegründendes Verhalten der Gemeinde durch schuldhaft Verletzung von Aufklärungspflichten z.B. in folgendem Fall angenommen: Ein Verband der Wohlfahrtspflege wollte mit der Gemeinde einen Vertrag über den Bau und den Betrieb eines Altenpflegeheims abschließen. Das vorgesehene Baugrundstück war im Flächennutzungsplan als Grünfläche ausgewiesen. Diese Ausweisung stand der beabsichtigten Nutzung entgegen. Der BGH hat in diesem Fall eine Haftung der Gemeinde angenommen, da sie den irrigen Eindruck erweckt habe, der Verwirklichung des Projekts stünden keine bauplanungsrechtlichen Hindernisse entgegen, obwohl sie hätte erkennen können und müssen, daß Umfang und Ausmaß des Projekts den Verband alsbald zu erheblichen finanziellen Aufwendungen veranlassen würden. Der Verband habe nach dem Grundsatzbeschuß des Gemeinderats, der die vorangegangenen Verhandlungen grundsätzlich gebilligt habe, davon ausgehen dürfen, daß die Gemeinde, die zugleich Bauaufsichtsbehörde war, keine planungsrechtlichen Hindernisse gegen das Gesamtvorhaben sah.

Vgl. BGH, U. v. 22.10.1981 - III ZR 37/80 -, MDR 1982, S. 462, 463.

Ein Pflichtverstoß der Gemeinde liegt ebenfalls vor, wenn sie dem Vorhabenträger unzutreffenderweise vorgibt, die Träger öffentlicher Belange seien mit dem geplanten Vorhaben einverstanden. Gleiches gilt, wenn sie dem Vertragspartner in der Trägerbeteiligung vorgebrachte Bedenken gegen die Planungsabsichten nicht zur Kenntnis gibt.

Vgl. *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 271 f.

Ein haftungsbegründendes Verhalten der Gemeinde liegt ferner vor, wenn sie dem Vorhabenträger einen nicht mehr vorhandenen Planungswillen vorspielt, um ihn zu weiteren Investitionen zu veranlassen.

Vgl. BGH, U. v. 03.10.1985 - III ZR 60/84 -, UPR 1986, S. 176, 178.

Das Verschweigen von Tatsachen ist allerdings nur dann relevant, wenn eine Information nach der Verkehrsauffassung zu erwarten war.

Vgl. BGH, U. v. 13.07.1983 - VIII ZR 142/82 -, NJW 1983, S. 2494; *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 62 Rdnr. 51.

Dies hat der BGH z.B. angenommen, wenn die Gemeinde nicht auf ein aufsichtsbehördliches Zustimmungs- oder Genehmigungserfordernis hinweist oder sich nicht um deren Erteilung bemüht.

Vgl. BGH, U. v. 10.06.1999 - IX ZR 409/97 -, NJW 1999, S. 3335; BGH, U. v. 06.06.2000 - XI ZR 235/99 -, DVBl. 2001, S. 69.

Ansprüche des Vorhabenträgers gegen die Gemeinde aus c.i.c. wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten können in der Regel erst in einem deutlich fortgeschrittenen Stadium der Vertragshandlungen entstehen, wenn ein Vertragsentwurf vorliegt und über die vertraglichen Eckpunkte gesprochen wurde.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 297 f. zur vorvertraglichen Phase eines Durchführungsvertrages.

Zusagen der Verwaltung über den Abschluß eines städtebaulichen Vertrages bzw. die Aufstellung eines Bebauungsplans **begründen** dagegen **grundsätzlich kein schutzwürdiges Vertrauen des Vorhabenträgers**, da diese erkennbar unter dem *Vorbehalt der Zustimmung durch die kommunalverfassungsrechtlich zuständigen Gremien* bzw. der Durchführung eines förmlichen Planaufstellungsverfahrens stehen.

Vgl. BGH, U. v. 03.10.1985 - III ZR 60/84 -, UPR 1986, S. 176, 178; *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 238 f.; *Spannowsky*, Gewerbearchiv 1998, S. 362, 371; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 271; u.U. können in solchen Fällen aber Ansprüche aus stillschweigender vertraglicher Risikoübernahme in Betracht kommen, vgl. BGH, U. v. 01.12.1983 - III ZR 38/82 -, BayVBl. 1984, S. 284.

2. Verletzung vorvertraglicher Pflichten durch den Vorhabenträger

Die Aufnahme von Verhandlungen über den Abschluß eines städtebaulichen Vertrages begründet auch *vorvertragliche Pflichten des Vorhabenträgers* gegenüber der Gemeinde, da *jeder* Vertragspartner dem anderen im Hinblick auf das durch die Verhandlungen begründete vertragsähnliche Vertrauensverhältnis zumutbare Rücksichtnahme auf dessen Belange schuldet. An die Schutzwürdigkeit des Vertrauens der Gemeinde dürften allerdings höhere Anforderungen zu stellen sein als beim Vorhabenträger. Dies ergibt sich daraus, daß die nach § 11 BauGB übertragbaren Aufgaben einschließlich der hierfür entstehenden Kosten an sich in die Zuständigkeit der Gemeinde fallen.

Vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 239 f.; *Jäckle*, NJW 1990, S. 2520, 2522.

Bricht der Vorhabenträger die Vertragsverhandlungen grundlos ab nachdem die Gemeinde auf seinen Ansiedlungswunsch hin ein Planungsbüro mit der Ausarbeitung eines Bebauungsplanentwurfs beauftragt hat, kommt ein Anspruch der Gemeinde aus c.i.c. in Betracht, wenn der Vorhabenträger den Eindruck erweckt hat, er werde den städtebaulichen Vertrag mit Sicherheit abschließen und wenn er die Gemeinde unter Druck gesetzt hat, einen entsprechenden Bebauungsplanentwurf in Auftrag zu geben. Zweifelhaft ist dagegen, ob eine vorvertragliche Haftung des Vorhabenträgers zusätzlich voraussetzt, daß er die Übernahme der Planungskosten *ausdrücklich* verbindlich zugesagt hat.

So aber *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, S. 240; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 272.

Aufgrund der unsicheren Haftungsgrundlage empfiehlt sich deshalb der Abschluß eines städtebaulichen Vorvertrages, in dem sich der Vorhabenträger verpflichtet, die gemeindlichen Vorlaufkosten zu übernehmen.

Eine vorvertragliche Haftung des Vorhabenträgers gegenüber der Gemeinde kommt auch wegen Verletzung von Aufklärungspflichten in Betracht. Verhandelt er mit zwei Gemeinden parallel über einen Standort und spiegelt er einer Gemeinde aus taktischen Gründen einen nicht mehr vorhandenen Investitionswillen vor, um sie zu weiteren Aufwendungen zu veranlassen, so hat er dieser Gemeinde den hieraus entstehenden Vertrauensschaden zu ersetzen.

Vgl. BGH, U. v. 03.10.1985 - III ZR 60/84 -, UPR 1986, S. 176, 178.

VII. Vertragsanpassung bei Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen gem. § 60 VwVfG

Wie bereits dargelegt können veränderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen für die Abwicklung städtebaulicher Verträge erhebliche Probleme aufwerfen, insbesondere wenn es zu Einbrüchen auf dem Immobilienmarkt kommt. Dann stellt sich die Frage, ob die in einem städtebaulichen Vertrag übernommenen Verpflichtungen des Vorhabenträgers ganz oder teilweise entfallen.

Gestaltet sich die Kooperation zwischen Gemeinde und Vorhabenträger insgesamt positiv, gelingt häufig auch dann eine **einvernehmliche Vertragsanpassung** an veränderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen, wenn der städtebauliche Vertrag hierzu keine ausdrückliche Vertragsanpassungsregelung enthält. Manchmal hilft es dem Vorhabenträger bereits, wenn ihm die Gemeinde eine angemessene Fristverlängerung gewährt. Nicht selten versucht der Vorhabenträger, die Gemeinde dazu zu bewegen, einer Reduzierung des vereinbarten Folgekostenanteils zuzustimmen. Denkbar ist auch, daß sich die Vertragspartner auf eine spätere Fälligkeit der einzelnen Raten für die Folgekosten verständigen.

Scheitert eine einvernehmliche Anpassung an die geänderten wirtschaftlichen Verhältnisse, hat der Vorhabenträger gegen die Gemeinde nur dann einen **Anpassungsanspruch, wenn die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 VwVfG erfüllt sind**. Danach ist ein Anpassungsanspruch des Vorhabenträgers – wie bereits ausgeführt – nur gegeben, wenn sich die für die Festsetzung des Vertragsinhalts maßgeblich gewesenen Verhältnisse seit Abschluß des Vertrages so wesentlich geändert haben, daß einer Vertragspartei das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht mehr zuzumuten ist.

An die Unzumutbarkeit sind hohe Anforderungen zu stellen. Zu beachten ist auch, daß Umstände, die in den Risikobereich des Vorhabenträgers fallen, diesen in der Regel nicht zu einem Anpassungsanspruch berechtigen. Stellen die veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen die Finanzierbarkeit des Vorhabens und dadurch die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung nachträglich in Frage, bleibt es danach in der Regel bei der Leistungspflicht des Vorhabenträgers, weil die Veränderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen in seinen Risikobereich fallen.

Vgl. *Scharmer*, Die Vertragsanpassung bei veränderten Rahmenbedingungen, Thesenpapier zum Vortrag im Rahmen der Fachtagung „Der Vertrag im Städtebau“ am 21.09.2000; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 262.

Gleichwohl ist im Einzelfall zwischen dem Interesse der Gemeinde an dem Festhalten an der vertraglichen Regelung und der hierdurch entstehenden Belastung des Vorhabenträgers eine Abwägung vorzunehmen.

Vgl. *Lorenz*, DVBl. 1997, S. 865, 873; *Scharmer*, Die Vertragsanpassung bei veränderten Rahmenbedingungen, Thesenpapier zum Vortrag im Rahmen der Fachtagung „Der Vertrag im Städtebau“ am 21.09.2000.

Aufgrund der Interessenabwägung kann es geboten sein, z.B. der Verlängerung von vertraglich übernommenen Fristen zuzustimmen.

Vgl. OLG Frankfurt, U. v. 21.06.1983 - 8 U 232/82 -, NJW 1983, S. 2709; OLG Karlsruhe, Die Justiz 1993, S. 190.

Gleiches gilt für Anpassungen, die ohne wesentliche Beeinträchtigung der öffentlichen Interessen möglich sind. Dagegen ist ein Vertragsanpassungsanspruch des Vorhabenträgers in der Regel zu verneinen, wenn sonst die Gemeinde notwendige Folgeeinrichtungen aus dem Haushalt selbst finanzieren müßte.

Vgl. *Scharmer*, Die Vertragsanpassung bei veränderten Rahmenbedingungen, Thesenpapier zum Vortrag im Rahmen der Fachtagung „Der Vertrag im Städtebau“ am 21.09.2000.

Hiervon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen der *vertraglich vorausgesetzte Bedarf für öffentliche Einrichtungen*, zu deren Finanzierung sich der Vorhabenträger verpflichtet hat, *ganz oder teilweise entfallen* ist. Stellte sich z.B. heraus, daß der Bedarf für einen geplanten Kindergarten auch mittel- und langfristig deutlich hinter den Prognosen zurückbleibt, kann es dem Vorhabenträger im Zweifel nicht zugemutet werden, an einer Folgekostenregelung für eine Einrichtung festgehalten zu werden, die mangels Nachfrage nicht mehr erforderlich ist.

Vgl. *Scharmer*, in: *Bunzel/Sander*, Städtebauliche Großvorhaben in der Umsetzung, 1999, S. 32; *Bunzel* (Hrsg.), Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. 1999, S. 262.

Literaturverzeichnis

- Antweiler*, Clemens: Konkurrenz der Vorhabenträger beim vorhabenbezogenen Bebauungsplan, *BauR* 2002, S. 398.
- Bartholomäi*, Eberhard R.: Städtebauliche Verträge nach § 11 BauGB in der Praxis, Vortrag im Kurs des Instituts für Städtebau Berlin „Städtebau und Recht“, 1999.
- Bartholomäi*, Eberhard R.: zitiert in: Pfaffenholz, Nikolaus, Der Vertrag im Städtebau – Bericht über eine Fachtagung des Deutschen Volksheimstättenwerk e.V. am 20. und 21.09.2000 in Bonn, *DVBl.* 2001, S. 105.
- Battis*, Ulrich: Probleme planungsbezogener städtebaulicher Verträge, *ZfBR* 1999, S. 240.
- Battis*, Ulrich / *Krautzberger*, Michael / *Löhr*, Rolf-Peter: Die Neuregelung des Baugesetzbuches zum 01.01.1998, *NVwZ* 1997, S. 1145.
- Battis*, Ulrich / *Krautzberger*, Michael / *Löhr*, Rolf-Peter: Baugesetzbuch, 8. Aufl., München 2002.
- Bauer*, Hartmut: Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership, *DÖV* 1998, S. 89.
- Beck*, Michaela: Einheimischenmodelle in Bayern, Diss., Regensburg 1993.
- Bick*, Ulrike: Verträge im Städtebau, Vortrag im 410. Kurs des Instituts für Städtebau Berlin „Städtebau und Recht“ vom 09. bis 13. Oktober 2000 in Berlin, S. 13.
- Bick*, Ulrike: Städtebaulicher Vertrag, *DVBl* 2001, S. 154.
- Bielenberg*, Walter: Aufstellung eines Vorhaben- und Erschließungsplans (VE-Plans) – Hinweise für die Praxis, *ZfBR* 1996, S. 6.
- Birk*, Hans-Jörg: Der Vorhaben- und Erschließungsplan: praxisbezogene Schwerpunkte, *NVwZ* 1995, S. 625.
- Birk*, Hans-Jörg: Die Kostenerstattung bei naturschutzrechtlicher Eingriffsregelung unter besonderer Berücksichtigung des Erschließungsbeitragsrechts, *VBIBW* 1998, S. 81.
- Birk*, Hans-Jörg: Städtebaulicher Vertrag und Erschließungsvertrag – Gemeinsamkeiten und Unterschiede, *BauR* 1999, S. 205.
- Birk*, Hans-Jörg: Städtebauliche Verträge, 4. Aufl., Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 2002.
- Bleutge*, Rolf: Zum Grunderwerb der Gemeinde beim Einheimischenmodell, *Mitt-BayNotZ* 1996, S. 149.
- Boeker*, Bernhard: Zur Lösung von Umweltkonflikten durch Grunddienstbarkeiten und Baulasten, *BauR* 1985, S. 149.

- Boll, Michael / Reif, Karl*: Die Kostenerstattung für naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen, BWGZ 1999, S. 426.
- Breuer, Rüdiger / Schrödter, Hans*: Baugesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl., München 1998.
- Brohm, Winfried*: Städtebauliche Verträge zwischen Privat- und Öffentlichem Recht, zugleich ein Beitrag zu den „Einheimischenmodellen“, JZ 2000, S. 321.
- Brügelmann, Hermann*: Baugesetzbuch, Kommentar, Loseblattausgabe, Stand Feb. 2001.
- Büchner, Hans / Freckmann, Peter*: Wohnlandbereitstellung und Erbbaurecht, Sachsenlandkurier 1999, S. 180.
- Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.): Bericht der Expertenkommission zur Novellierung des Baugesetzbuches, 1994.
- Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.): Bericht der Unabhängigen Expertenkommission: Novellierung des Baugesetzbuches, 2002.
- Bunzel, Arno*: Städtebauliche Verträge, Difu-Beiträge zur Stadtforschung, Bd. 14, Berlin 1995.
- Bunzel, Arno / Coulmas, Diana / Schmidt-Eichstaedt, Gerd* (Hrsg.): Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, Difu-Beiträge zur Stadtforschung, Bd. 31, 2. Aufl., Berlin 1999.
- Bunzel, Arno / Sander, Robert* (Hrsg.): Städtebauliche Großvorhaben in der Umsetzung, Difu-Materialien, Bd. 6/99, 1999.
- Burmeister, Thomas*: Der Durchführungsvertrag zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan, VBIBW 2002, S. 245.
- Burmeister, Thomas / Heilshorn, Torsten*: Baulandausweisung und Vergaberecht, BWGZ 2002, S. 104.
- Busse, Jürgen*: Das Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz, BayVBl. 1993, S. 231.
- Busse, Jürgen*: Urteilsanmerkung zu LG Karlsruhe, U. v. 13.02.1997 – 8 O 516/96, DNotZ 1998, S. 483.
- Busse, Jürgen*: Urteilsbesprechung zu BGH, U. v. 02.10.1998 – V ZR 45/98, DNotZ 1999, S. 400.
- Busse, Jürgen / Grziwotz, Herbert*: VEP – Der Vorhaben- und Erschließungsplan, Das Planungsinstrument in der Praxis, München 1999.
- Byok, Jan / Jaeger, Wolfgang*: Kommentar zum Vergaberecht, Heidelberg 2000.

- Cronauge, Ulrich*: Anschluß- und Benutzungszwang für Fernwärme, Städte- und Gemeinderat 1984, S. 318.
- Dauster, Manfred*: Private Spenden zur Förderung von Forschung und Lehre: Teleologische Entschärfung des strafrechtlichen Vorteilsbegriffs nach § 331 StGB und Rechtfertigungsfragen, NStZ 1999, S. 63.
- Denny, Petra / Spangenberg, Volker*: Rechtliche Umsetzung energiebezogener Planungsinhalte, UPR 1999, S. 331.
- Deutrich, Michael*: Zu den Voraussetzungen unter welchen ein formularmäßig vereinbartes Wiederkaufsrecht der Gemeinde bei sog. Einheimischenmodellen der Inhaltskontrolle standhält, MittBayNot 1996, S. 201.
- Diehr, Uwe*: Möglichkeiten und Grenzen der Planungswertabschöpfung durch Gemeinden – dargestellt anhand des brandenburgischen Landesrechtes, BauR 2000, S. 1.
- Dieterich, Hartmut*: Baulandumlegung: Recht und Praxis, 4. Aufl., München 2000.
- Dieterich, Hartmut / Dransfeld, Egbert*: Wirtschaftliche Baulandentwicklung unter Kostenbeteiligung von Eigentümer und Investor, Skript zum Seminar BW 980012 des Landesverbandes Baden-Württemberg des vhw vom 14.05.1998.
- Döring, Rainer*: Verträge zur Erschließung von Bauland, NVwZ 1994, S. 853.
- Dolde, Klaus-Peter*: Die Entwicklung des öffentlichen Baurechts 1977/78, NJW 1979, S. 889.
- Dolde, Klaus-Peter*: Die Entwicklung des öffentlichen Baurechts 1979, NJW 1980, S. 1657.
- Dolde, Klaus-Peter / Menke, Rainard*: Das Recht der Bauleitplanung 1996 – 1998, NJW 1999, S. 1070.
- Dolde, Klaus-Peter / Uechtritz, Michael*: Ersatzansprüche aus Bauplanungsabreden, DVBl. 1987, S. 446.
- Dolderer, Michael*: Die Einleitung des vorhabenbezogenen Bebauungsplanverfahrens: Rechtsgrundsätze und Rechtsschutz, UPR 2001, S. 41.
- Dombert, Matthias*: Fremdanliegerproblematik und Erschließungsvertrag, Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 22.3.1996 – 8 C 17.94, BauR 1999, S. 588.
- Dransfeld, Egbert*: Bodenwirtschaft – die städtebauliche Kalkulation, 2002.
- Driehaus, Hans-Joachim*: Können gemeindliche Erschließungsgesellschaften Dritter i.S. des § 124 Abs. 1 BauGB sein?, BauR 1999, S. 862.

- Driehaus*, Hans-Joachim: Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl., München 2001.
- Ebsen*, Ingwer: Der Bauplanungsgarantievertrag – ein neues Mittel vertraglicher Bindung der Gemeinde bei der Bauleitplanung?, JZ 1985, S. 57.
- Erbguth*, Wilfried: Bauleitplanung und private Investition, VerwArch 89 (1998), S. 189.
- Erbguth*, Wilfried / *Witte*, Markus: Biete Planung, suche Grundstück – Möglichkeiten und Grenzen städtebaulicher Verträge, DVBl. 1999, S. 435.
- Erbguth*, Wilfried / *Rapsch*, Arnulf: Der öffentlich-rechtliche Vertrag in der Praxis: Rechtliche Einordnung und Rechtsfragen von Erschließungsabreden, DÖV 1992, S. 45.
- Ernst*, Werner / *Zinkahn*, Willy / *Bielenberg*, Walter / *Krautzberger*, Michael: Baugesetzbuch, Kommentar, Loseblattausgabe.
- Faber*, Angela: Selbstregulierung und Kooperation bei der Bauleitplanung, in: *Erbguth*, Wilfried / *Oebbecke*, Janbernd / *Rengeling*, Hans-Werner / *Schulte*, Karl-Werner (Hrsg.), Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag, München 2000, S. 425.
- Falk*, Bernd (Hrsg.): Fachlexikon Immobilienwirtschaft, 2. Aufl., Köln 2000.
- Fischer*, Hartmut: Sanierungsverträge in der Praxis, BauR 2000, S. 833.
- Entschädigungs- und Schadenersatzansprüche bei gescheiterten vorhabenbezogenen Bebauungsplänen, DVBl. 2001, S. 258.
- Franckenstein*, Georg Freiherr von und zu: Public Private Partnership in der Bauleitplanung – Möglichkeiten und Grenzen, UPR 2000, S. 288.
- Frohn*, Hansgeorg: Urteilsanmerkung zu BGHSt 31, 195, StV 1983, S. 365.
- Gaßner*, Otto: Planungsgewinn und Städtebaulicher Vertrag, Materielle Vertragsgerechtigkeit im öffentlichen Recht, BayVBl. 1998, S. 577.
- Geuenich*, Gerd / *Josten*, Rudolf / *Teigel*, Monika: Baulandentwicklung durch Bodenmanagement, Bonn 2002.
- Glück*, Alois (Hrsg.): Mehr Bauland ist möglich - Anregungen, Hinweise für kommunale Grundstückspolitik, Bayerische Landeszentrale für politische Bildung, München 1981.
- Gronemeyer*, Steffen: Baugesetzbuch, Praxiskommentar, Wiesbaden 1999.
- Grziwotz*, Herbert: Baulanderschließung, 1993.
- Grziwotz*, Herbert: Anmerkung zu Urteil des BVerwG v. 11.2.1993 – 4 C 18.91 (Zur Zulässigkeit von Verträgen nach dem „Weilheimer Modell“), DNotZ 1994, S. 69.

- Grziwotz, Herbert*: MittBayNot 1995, S. 271.
- Grziwotz, Herbert*: Anmerkung zu OLG Hamm, Beschluss v. 05.03.1996 – 15 W 480/95 -, MittBayNot 1996, S. 454.
- Grziwotz, Herbert*: NVwZ 1996, Praktische Probleme beim Abschluß städtebaulicher Verträge, S. 637.
- Grziwotz, Herbert*: Einführung in die Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, JuS 1998, S. 902 (2. Teil), JuS 1998, S. 1013 (3. Teil), JuS 1999, S. 36 (4. Teil).
- Grziwotz, Herbert*: Anm. zum Urteil des BGH v. 02.10.1998 - V ZR 45/98 -, ZfIR 1998, S. 728.
- Grziwotz, Herbert*: Zur Strafbarkeit von Amtsträgern beim Abschluß städtebaulicher Verträge, BauR 2000, S. 1437.
- Grziwotz, Herbert*: Anm. zu BVerwG, U. v. 16.05.2000 – 4 C 4/99, NVwZ 2000, S. 1285.
- Grziwotz, Herbert*: Nochmals: Städtebaulicher Vertrag und Strafrecht, BauR 2001, S. 1530.
- Grziwotz, Herbert*: Städtebauliche Verträge und AGB-Recht, NVwZ 2002, S. 391.
- Grziwotz, Herbert*: in: Koeble, Wolfgang (Hrsg.) Rechtshandbuch Immobilien, Band II, München, Loseblattausgabe, Teil 15.
- Grziwotz, Herbert*: Städtebauliche Verträge und ihre steuerrechtlichen Implikationen, Forum Wohnungseigentum 2000, Heft 10.
- Grziwotz, Herbert*: Erfolgreiche Verhandlungsführung und Konfliktmanagement durch Notare, Köln 2001.
- von der Heide, Karl-Heinz*: Städtebaulicher Vertrag und Umlegung – Weiterentwicklung des „Stuttgarter Modells“, BWGZ 1996, S. 187.
- Heinz, Werner / Scholz, Carola*: Public Private Partnership im Städtebau, Difu-Beiträge zum Städtebau, Bd. 23, Berlin 1996.
- Heuer, Bernd / Schiller (Hrsg.)*: Spezialimmobilien, Köln 1998.
- Heussen, Benno (Hrsg.)*: Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement, 2. Aufl., Köln 2002.
- Hoppenberg, Michael / de Witt, Siegfried (Hrsg.)*: Handbuch des öffentlichen Baurechts, München 2002.
- Horn, Eckhard*: Die Drohung mit einem erlaubten Übel: Nötigung?, NSTz 1983, S. 497.
- Huber, Peter M.*: Rechtliche Grenzen von Planungswertausgleich und städtebaulichen Verträgen, DÖV 1999, S. 173.
- Huber, Peter M.*: Der Schutz des Bieters im öffentlichen Auftragswesen unterhalb der sogenannten Schwellenwerte, JZ 2000, S. 877.
- Ingenstau, Heinz / Korbion, Hermann / Locher, Horst / Döring, Christian*: Verdingungsordnung für Bauleistungen, 14. Aufl., Düsseldorf 2001.
- Innenministerium Baden-Württemberg, Schreiben vom 17.07.1996 – 2-2200.0./20 im Einvernehmen mit dem Wirtschaftsministerium an den Süd-

- westverband Brennstoff- und Mineralölhandel in Mannheim, BWGZ 1996, S. 600.
- Jachmann*, Monika: Rechtliche Qualifikation und Zulässigkeit von Einheimischenmodellen als Beispiel für Verwaltungshandeln durch Vertrag – zugleich Anm. zu Urtr. BVerwG v. 11.02.1999 – 4 C 18/91, MittBayNot 1994, S. 93.
- Jäckle*, Wolfgang: Die Haftung der öffentlichen Verwaltung aus culpa in contrahendo im Licht der oberinstanzlichen Rechtsprechung, NJW 1990, S. 2520.
- Jäde*, Henning: Neue Aspekte städtebaulicher Verträge, BayVBl. 1992, S. 549.
Jäde, Henning: Anm. zu OLG München, Urtr. v. 27.6.1994 – 20 U 974/93, BayVBl. 1995, S. 283.
- Jaeger*, Wolfgang: Public Private Partnership und Vergaberecht, NZBau 2001, S. 6.
- Jerschke*, Hans-Ulrich: Die Wirklichkeit als Muster – Der richtige Weg zum gerechten Vertrag, DNotZ Sonderheft 1989, S. 22.
- Kahl*, Wolfgang: Das Kooperationsprinzip im Städtebaurecht, DÖV 2000, S. 793.
- Kapellmann*, Klaus D. (Hrsg.): Juristisches Projektmanagement bei Entwicklung und Realisierung von Bauprojekten, Düsseldorf 1997.
- Keller*, Robert: Vorvertragliche Schuldverhältnisse im Verwaltungsrecht – Zugleich ein Beitrag zur Rechtsverhältnislehre, Diss., Berlin 1997.
- Kirsch*, Daniela: Public Private Partnership, Diss., Köln 1997.
- Klein*, Agnes: Zum Nötigungstatbestand – Strafbarkeit der Drohung mit einem Unterlassen, Diss., Gelsenkirchen 1988.
- Kluth*, Winfried / *Neuhäuser*, Eva Julia: Der Anspruch auf Baulasteintragung – Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur der Baulast, NVwZ 1996, S. 738.
- Köhler*, Helmut: Patronatserklärungen als Kreditsicherheit: tatsächliche Verbreitung – wirtschaftliche Gründe – rechtliche Bedeutung, WM 1978, S. 1338.
- Kopp*, Ferdinand O. / *Ramsauer*, Ulrich: Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl., München 2000.
- Kraus*, Steffen: Die Rechtsprechung zum Bauvergaberecht seit 1.1.1999, BauR 2000, S. 1545.
- Kunze*, Richard / *Bronner*, Otto / *Katz*, Alfred: Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Loseblattsammlung, Stuttgart, Stand: Mai 2002.

- Kuschnerus*, Ulrich: Die Belange von Natur und Landschaft in der Abwägung nach § 1 Abs. 6 BauGB, Zur praktischen Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung in der Bauleitplanung, BauR 1998, S. 1.
- Kyrein*, Rolf: Baulandentwicklung in Public Private Partnership, München 2000.
- Lackner*, Karl / *Kühl*, Christian: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Aufl., München 2001.
- Landeshauptstadt München (Hrsg.): Die sozialgerechte Bodenordnung. Der Münchner Weg, 2. Aufl., München 2000.
- Langenfeld*, Gerrit: Vertragsgestaltung: Methode – Verfahren - Vertragstypen, 2. Aufl., München 1997.
- Langenfeld*, Gerrit: Öffentlich-rechtliche Verträge in der notariellen Praxis, BWNNotZ 1997, S. 73.
- Larenz*, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin 1983.
- Lichtenberger*, Peter: Münchner Vertragshandbuch, DNotZ 1989, S. 265.
- Lischke*, Annett: Tauschgerechtigkeit und öffentlich-rechtlicher Vertrag: zur Auslegung der Angemessenheit im Sinne des § 56 Abs. 1 VwVfG, Diss., Berlin 2000.
- Lorenz*, Dieter: Der Wegfall der Geschäftsgrundlage beim verwaltungsrechtlichen Vertrag, DVBl. 1997, S. 865.
- Louis*, Hans Walter / *Wolf*, Verena: Naturschutz und Baurecht, NuR 2002, S. 455.
- Luhmann*, Niklas: Vertrauen - ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 2. Aufl., Stuttgart 1973.
- Luhmann*, Niklas: Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl., Darmstadt 1978.
- Luhmann*, Ulrich: Das enttäuschte Vertrauen des Grundeigentümers in die Beständigkeit gemeindlicher Planungsabsichten, BayVBl. 1974, S. 456.
- Meißner*. ZfBR 2001, S. 674.
- Meißner*, Martin / *Horstkotte*, Harald: Vertragsgestaltung beim vorhabenbezogenen Bebauungsplan, RWS-Vertragsmuster 25, Köln 2000.
- Menke*, Rainard: Der vorhabenbezogene Bebauungsplan, NVwZ 1998, S. 577.
- Michalke*, Regina: Drittmittel und Strafrecht – Licht am Ende des Tunnels?, NJW 2002, S. 3381.
- Ministerium für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.): Stadtentwicklung, Neue Kooperationsformen und Partnerschaften, 2000.

- Mitschang*, Stephan: Die Kompensation von Eingriffen in Natur und Landschaft durch städtebauliche Verträge, *BauR* 2003, S. 183.
- Mitschang*, Stephan: Eingriffsbewältigung durch städtebaulichen Vertrag (2. Teil), *BauR* 2003, S. 337.
- Müller*, Karl: Der Vorhaben- und Erschließungsplan – rechtliche und praktische Aspekte, *BauR* 1996, S. 491.
- Müller-Wrede*, Malte: Ausschreibungspflicht öffentlich-rechtlicher Verträge, *VergabeR* 2001, S. 390.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2001 (bzw. 3. Aufl. 1997).
- Nicolai*, Helmuth von / *Wagner*, Karl / *Wecker*, Lucia: Verträge des Baugesetzbuchs, Kronach München Bonn Potsdam 1999.
- Obermüller*, Manfred: Patronatserklärungen und kapitaleretzende Darlehen, *ZIP* 1982, S. 915.
- Oehmen*, Klaus / *Busch*, Christiane: Städtebauliche Verträge und die Grenzen des Zulässigen, *BauR* 1999, S. 1402.
- Oeder*, Michael: Städtebaulicher Vertrag nach dem Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 – Gesetzesänderung und aktuelle Probleme, *NVwZ* 1997, S. 1190.
- Oeder*, Michael: Praktische Probleme der städtebaulichen Verträge nach § 11 BauGB, *BauR* 1998, S. 22.
- Ohms*, Martin J.: Städtebaulicher Vertrag statt planerischer Festsetzung – Vorrang konsensualer Instrumente in der Bauleitplanung, *BauR* 2000, S. 983.
- Ortloff*, Karsten-Michael: Die Entwicklung des Bauordnungsrechts, *NVwZ* 1997, S. 333.
- Otting*, Olaf: Privatisierung und Vergaberecht, *VergabeR* 2002, S. 11.
- Papier*, Hans-Jürgen: Grunderwerbsverträge mit „Bauplanungsabreden“ – *BverwG NJW* 1980, 2538, *JuS* 1981, S. 498.
- Pelke*, Bernhard: Die strafrechtliche Bedeutung der Merkmale „Übel“ und „Vorteil“: zur Abgrenzung der Nötigungsdelikte von den Bestechungsdelikten und dem Wucher, *Diss.*, München 1990.
- Pieper*, Stefan Ulrich: Keine Flucht ins öffentliche Recht – Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentlich-rechtlichen Vertrag, *DVBl.* 2000, S. 160.
- Pietzcker*, Jost: Probleme des städtebaulichen Vertrages, in: *Erbguth*, Wilfried/Oebbecke, Janbernd/Rengeling, Hans-Werner/Schulte, Karl-Werner (Hrsg.), *Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag*, München 2000, S. 439.

- Pietzcker, Jost*: Baurecht auf Zeit, Rechtsgutachten , Bonn 2001.
Pietzcker, Jost: „Baurecht auf Zeit“, NVwZ 2001, S. 968.
- Plagemann, Hermann*: Leistungsstörungen beim Folgekostenvertrag, WM 1979, S. 794.
- Quaas, Michael*: Kommunales Abgabenrecht, München 1997.
Quaas, Michael: Erschließungskosten in der Bauland- und Projektentwicklung, BauR 1999, S. 1113.
- Quecke, Albrecht*: Grundstücksverträge der Gemeinden mit Verpflichtung zum Erdgasbezug, VBIBW 1998, S. 44.
- Rautenberg, Thomas*: Ausschreibungspflicht von Leistungen in städtebaulichen Verträgen, ZfBR 2002, S. 239.
- Redeker, Konrad / Uechtritz, Michael* (Hrsg.): Anwaltshandbuch für Verwaltungsverfahren, Loseblattausgabe, Köln.
- Reidt, Olaf*: Der „neue“ Vorhaben- und Erschließungsplan/ vorhabenbezogene Bebauungsplan nach dem BauROG, BauR 1998, S. 909.
Reidt, Olaf: Rechtsfolgen bei nichtigen städtebaulichen Verträgen, NVwZ 1999, S. 149.
Reidt, Olaf: Praxisrelevante Rechtsfragen zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan, LKV 2000, S. 417.
Reidt, Olaf: Städtebaulicher Vertrag – Rechtsfolgen nichtiger Vereinbarungen, BauR 2001, S. 46.
- Reif, Karl*: Der Erschließungsvertrag nach § 124 BauGB, Neues Vertragsmuster des Städtetags Baden-Württemberg, BWGZ 1994, S. 200.
- Reithmann, Christoph*: Sicherung von Zufahrt, Stellplatz, Abstandsfläche durch Dienstbarkeit, ZfIR 1998, S. 269.
- Rodegra, Jürgen*: Die Berücksichtigung von Fremdanliegern beim Abschluß von Erschließungsverträgen, NVwZ 1997, S. 633.
- Roxin, Claus*: Urteilsanmerkung zu BGHSt 31, 195, JR 1983, S. 333.
- Sauthoff, Michael*: Privatrechtliche Forderungen und Verwaltungszwang, DÖV 1989, S. 1.
- Schäfer, Rudolf / Lau, Petra / Specovius, Christina*: in: Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.), Baulandbereitstellung, bodenpolitische Grundsatzbeschlüsse, 2001, S. 11.
Schäfer, Rudolf / Lau, Petra / Specovius, Christina: in: Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg.), Leitfaden zur Handhabung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung in der Bauleitplanung, 2001, S. 102.

- Schäfer, Rudolf / Neubauer, Petra / Bernhart, Maria Anna:* in: Ministerium für Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr (Hrsg.), Flächenmanagement in Brandenburg, 2. Aufl. 1999.
- Scharmer, Eckart:* Städtebauliche Verträge nach § 6 BauGB-Maßnahmengesetz, NVwZ 1995, S. 219.
- Scharmer, Eckart:* Die Vertragsanpassung bei veränderten Rahmenbedingungen, Thesenpapier zum Vortrag im Rahmen der Fachtagung „Der Vertrag im Städtebau“ am 21.09.2000.
- Schliepkorte, Jörg:* Der Vorhaben- und Erschließungsplan – Die rechtlichen Grundlagen für Praktiker, 3. Aufl., Bonn 2001.
- Schlichter, Otto / Stich, Rudolf (Hrsg.):* Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, 2. Aufl., Köln 1995.
- Schlichter, Otto / Stich, Rudolf (Hrsg.):* Berliner Schwerpunkte-Kommentar zum BauGB 1998, Köln Berlin Bonn München 1998.
- Schmidt, Jörg:* Möglichkeiten und Grenzen der Heilung von Satzungen nach § 215a BauGB, NVwZ 2000, S. 977.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard / Krebs, Walter:* Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Aufl., Köln 1992.
- Schmidt-Eichstaedt, Gerd:* Verträge im Zusammenhang mit der Aufstellung von Bebauungsplänen: Über die Reichweite und Zulässigkeit von städtebaulichen Verträgen nach § 6 BauGB, BauR 1996, S. 1.
- Schmidt-Eichstaedt, Gerd:* Der Dritte im Baugesetzbuch, BauR 1998, S. 899.
- Schmidt-Eichstaedt, Gerd:* Das Baulandkataster. Handlungsanleitung für die Praxis, Bonn 2000.
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst:* Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., München 2001.
- Schroeder, Friedrich-Christian:* Nötigung und Erpressung durch Forderung von Gegenleistungen?, JZ 1983, S. 284.
- Schröder, Jan:* Die „harte“ Patronatserklärung – verschleierte Bürgschaft/Garantie oder eigenständiger Kreditsicherungstyp? ZGR 1982, S. 552.
- Schütz, Peter:* Baurecht gegen Geld, Baurecht gegen Land – vom Folgekostenvertrag zum Planungswertausgleich?, BWGZ 1999, S. 420.
- Schulte, Martin:* Ausnahmen vom neuen Vergaberecht durch öffentlich-rechtliche Verträge – Eine Darstellung am Beispiel des Rettungswesens, NZBau 2000, S. 272.
- Schwenker, Christian / Heinze, Florian:* Vergaberechtliche Aspekte der Modernisierung von Fußballstadien, VergabeR 2001, S. 96.

- Senator für Umweltschutz und Stadtentwicklung (Hrsg.): Wohnen ohne (eigenes) Auto, Bremer Beiträge zur Stadtentwicklung 2, 1995.
- Spannowsky, Willy*: Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, Berlin 1994.
- Spannowsky, Willy*: Städtebauliche Verträge als Instrumente zur Bewältigung komplexer städtebaulicher Entwicklungsaufgaben bei der Wiedernutzung von Brachflächen?, UPR 1996, S. 201.
- Spannowsky, Willy*: Rechtsprobleme zwischen städtebaulichen Verträgen und Satzungen, GewArch 1998, S. 362.
- Spannowsky, Willy*: Vertragliche Regelungen als Instrument zur Sicherung der nachhaltigen städtebaulichen Entwicklung, DÖV 2000, S. 569.
- Spannowsky, Willy*: Die Bedeutung zivilrechtlicher Verträge zur Steuerung der städtebaulichen Entwicklung und deren Grenzen, UPR 2003, S. 81.
- Steinmetz, Christiane*: Impuls für Stadterneuerung – Erschließungsgesellschaften, Städte- und Gemeinderat 1997, S. 178.
- Stelkens, Paul / Bonk, Heinz J. / Sachs, Michael*: Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 6. Aufl., München 2001.
- Stich, Rudolf*: Die Rechtsentwicklung von der imperativen zur kooperativen Städtebaupolitik, ZfBR 1999, S. 304.
- Stich, Rudolf*: Vorhalten von Ausgleichsflächen durch private Immobilienentwickler, UPR 2001, S. 177.
- Stich, Rudolf*: Möglichkeiten und Grenzen der Beschaffung von Flächen für naturschutzbezogene Ausgleichsmaßnahmen in der gemeindlichen Bauleitplanung, ZfBR 2001, S. 80.
- Stüer, Bernhard*: Der städtebauliche Vertrag, DVBl 1995, S. 649.
- Stüer, Bernhard*: Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, Planung - Genehmigung - Rechtsschutz, 2. Aufl., München 1998.
- Stüer, Bernhard / König, Claas-Dietrich*: Städtebauliche Verträge - Strikter Gesetzesvollzug oder grenzenlose Vertragsfreiheit? -, ZfBR 2000, S. 528.
- Stühler, Hans-Ulrich*: Zur Auslegung des Verwendungsverbots gem. § 9 Abs. 1 Nr. 23 BauGB, VBIBW 1996, S. 328.
- Stühler, Hans-Ulrich*: Neue Entwicklungen beim Verwendungsverbot gem. § 9 Abs. 1 Nr. 23 BauGB, BWGZ 2000, S. 454.
- Thalheimer, Harry*: Baulanderschließung und notarieller Kaufvertrag – zur Zulässigkeit und Beurkundungspflicht von Ablösevereinbarungen, BWNotZ 1997, S. 79.
- Thurrow, Birgitta*: Der vorhabenbezogene Bebauungsplan – ein zukunftsweisendes Planungsinstrument?, UPR 2000, S. 16.
- Timpe, Gerhard*: Die Nötigung, Berlin 1989.

- Thode*, Reinhold / *Uechtritz*, Michael / *Wochner*, Georg (Hrsg.): RWS-Forum 19, Immobilienrecht 2000, Köln 2001.
- Tröndle*, Herbert / *Fischer*, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51. Auflage, München 2003.
- Turiaux*, André: Der vorhabenbezogene Bebauungsplan gem. § 12 BauGB: Beschleunigungspotential, Durchführungsverpflichtung und praktische Probleme, NJW 1999, S. 391.
- Volk*, Klaus: Nötigung durch Drohung mit Unterlassen, JR 1981, S. 274.
- Wagner*, Klaus-Dieter: Anm. zu OLG Hamm Ur. v. 11.1.1996 – 22 U 67/95, BayVBl. 1997, S. 539.
- Walker*, Gotthilf: Handbuch Städtebauliche Verträge, Bd. 1, 1999.
- Wallraven-Lindl*, Marie-Luis: Die sozialgerechte Bodenordnung. Der Münchner Weg, Der Bayerische Bürgermeister 1998, S. 192.
- Walter*, Steffen: Medizinische Forschung mit Drittmitteln – lebenswichtig oder kriminell?, ZRP 1999, S. 292.
- Weyreuther*, Felix: Die Zulässigkeit von Erschließungsverträgen und das Erschließungsbeitragsrecht, UPR 1994, S. 121.
- Wilke*, Reinhard: Erschließungsverträge und Vergaberecht, ZfBR 2002, S. 231.
- Wirth*, Axel: Der Bauherr als Baubehörde: Chancen des Vorhaben- und Erschließungsplanes, BauR 1999, S. 130.
- Wolf*, Manfred / *Horn*, Norbert / *Lindacher*, Walter F.: AGB-Gesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 1999.
- Wolters*, Christoph: Der Bauplanungsvertrag, 1998: ein Beitrag zur Bestimmung der materiellen Wirksamkeitsbedingungen städtebaulicher Verträge, Diss., Würzburg 1998.
- Würfel*, Wolfgang / *Butt*, Mark: Ausschreibungspflicht für städtebauliche Verträge - oder: Schaut man einem geschenkten Gaul doch ins Maul? - Zur Bedeutung des Teatro alla Bicocca-Urteils des EuGH vom 12. 7. 2001 (Rs. C-399/98) für städtebauliche Verträge nach BauGB, NVwZ 2003, S. 153.