



Öffentliches Baurecht



Umweltrecht



Vergaberecht



Immobilienrecht



Sozialrecht

Fachanwälte für
Verwaltungsrecht

München

FACHINFO:

Aktuelle Rechtsfragen städtebaulicher Verträge

8. Auflage - Februar 2017

Rechtsanwalt

Klaus Hoffmann

Dipl.-Verwaltungswirt (FH)

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Hoffmann & Greß Rechtsanwälte PartGmbH

Fürstenrieder Straße 281

81377 München

Telefon: (0 89) 76 73 60 70

Telefax: (0 89) 76 73 60 88

info@hoffmann-gress.de

www.hoffmann-gress.de



Öffentliches Baurecht



Umweltrecht



Vergaberecht



Immobilienrecht



Sozialrecht

I. Ausgangssituation

Die Möglichkeiten zur Zusammenarbeit mit Privaten bei der Baulandentwicklung sind vielfältig. Entscheidend ist, dass sich die Städte und Gemeinden zunächst Klarheit über die jeweiligen (städtebaulichen) Ziele bezogen auf die Entwicklung neuer Baugebiete verschaffen. Im Allgemeinen sprechen für die Kooperation mit einem Privaten folgende Überlegungen:

- Die Baulandentwicklung kann für die Gemeinde „kostenneutral“ erfolgen, da ein privater Kapitalgeber und das Know-how des Vorhabenträgers / Erschließungsträgers in die Aufgabenerfüllung einbezogen werden können.
- Die städtebauliche Entwicklung / Baulandmobilisierung kann zusammengelegt, gebündelt und durch den privaten Vorhabenträger bzw. eine Entwicklungsgesellschaft erfüllt werden.
- Der kommunale Haushalt soll nicht belastet werden, das Risiko der Grundstücksvermarktung liegt beim privaten Kooperationspartner.
- Der Verwaltungsaufwand der Gemeindeverwaltung soll reduziert werden.
- Die Umsetzung der städtebaulichen Ziele soll vertraglich gesichert werden.

Folgende städtebauliche Interessen sind aus Sicht der Kommunen zu berücksichtigen:

1. Die städtebaulichen Kosten der Bauleitplanung sollen vom Investor / Eigentümer übernommen werden
 - Planungskosten
 - Kosten für Gutachten, Untersuchungen
 - Kosten des naturschutzrechtlichen Ausgleichs
 - Beratungskosten
2. Regelung städtebaulicher Pflichten
 - eventuell Einheimischenbindungen, Baupflichten



Öffentliches Baurecht



Umweltrecht



Vergaberecht



Immobilienrecht



Sozialrecht

3. Notwendige Durchführung einer Bodenordnung / Umlegung
 - Übernahme der Kosten der Bodenordnung
 - unentgeltliche Abtretung der öffentlichen Flächen (Verkehrsflächen, Grün- und Ausgleichsflächen)
4. Übernahme sonstiger städtebaulicher Kosten, Folgekosten
 - z.B. Kosten von Gemeinbedarfseinrichtungen (Kindergarten, Sportplatz etc.)
 - eventuell laufender Unterhalt, Finanzierung
5. Erschließungskosten
 - Übernahme der Erschließungsträgerschaft gemäß § 124 BauGB
 - Herstellung von Kanal, Wasser
 - Regelungen zu eventueller Fremdanliegerproblematik
 - Übernahme von Finanzierungskosten

II. Rechtliche Vorgaben

§ 11 BauGB enthält die zentrale Regelung städtebaulicher Verträge im Städtebaurecht. Städtebaulich ist dabei ein Vertrag, der sich auf Maßnahmen des Städtebaurechts bezieht. § 11 Abs. 1 Satz 2 BauGB enthält eine exemplarische, jedoch nicht abschließende Aufzählung möglicher Vertragsgegenstände. Hierzu zählen Vorbereitungs- und Maßnahmenverträge, Förderungs- und Sicherungsverträge, Kostenübernahmeverträge und städtebauliche Verträge über Kraft-Wärme-Kopplung und Solaranlagen. Mit dem Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts vom 11.06.2013 wurde im Rahmen der Novellierung des BauGB 2013 auch der vormals in § 124 BauGB geregelte Erschließungsvertrag als spezieller städtebaulicher Vertrag in den § 11 BauGB integriert. Durch das Wort „insbesondere“ in § 11 Abs. 1 Satz 1 BauGB wird klargestellt, dass die Vertragspartner nicht ausschließlich auf die in § 11 BauGB genannten Vertragsmodelle festgelegt sind. In § 11 Abs. 2 BauGB sind die wichtigsten rechtlichen Schranken städtebaulicher Verträge angesprochen, § 11 Abs. 3 BauGB regelt die Formerfordernisse.



Öffentliches Baurecht



Umweltrecht



Vergaberecht



Immobilienrecht



Sozialrecht

§ 11 Abs. 4 BauGB stellt zusätzlich klar, dass andere städtebauliche Verträge, wie etwa der Durchführungsvertrag beim Vorhaben- und Erschließungsplan nach § 12 BauGB oder Vereinbarungen im Rahmen von städtebaulichen Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen oder beim Stadtbau, unberührt bleiben.

Das Recht der städtebaulichen Verträge und Erschließungsverträge befindet sich in ständiger Fortentwicklung. Neben Änderungen des BauGB, zuletzt durch das Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts vom 11.06.2013 (BGBl. I S. 1548), hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) in jüngerer Zeit in mehreren Entscheidungen seine Rechtsprechung vor allem zum sogenannten Folgekostenvertrag (§ 11 Abs. 1 Nr. 3 BauGB) und zum Erschließungsvertrag (§ 124 BauGB a.F.) fortentwickelt. Mehrere obergerichtliche Entscheidungen ergänzen das Bild eines von Richterrecht beherrschten Rechtsgebietes.

Für die Praxis der Kooperation zwischen Gemeinde und privatem Eigentümer oder mit einem Projektträger / Erschließungsträger sind vor allem folgende rechtliche Vorgaben zu beachten:

- Erfordernis zur Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Auswahl eines Erschließungsträgers / Projektträgers
- rechtliche Schranken städtebaulicher Verträge (Verbot der Planbindung, Koppelungsverbot, Kausalität, Angemessenheit, Gleichbehandlung)
- rechtliche Vorgaben bei Grunderwerb durch die Gemeinde / Zwischenerwerb
- Vorgaben des Erschließungsrechts bei Kooperation mit Erschließungsträger
- kommunalrechtliche und haushaltsrechtliche Vorgaben bei Kreditgewährung und Geschäftsbesorgung durch Erschließungsträger



Öffentliches Baurecht



Umweltrecht



Vergaberecht



Immobilienrecht



Sozialrecht

1. Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Auswahl eines Erschließungsträgers / Projektträgers

Ausgangsfall

Die Gemeinde möchte bei der Entwicklung künftiger Baugebiete mit privaten Investoren / Vorhabenträgern / Erschließungsträgern zusammenarbeiten. Die Festlegung auf ein bestimmtes Kooperationsmodell ist bislang nicht erfolgt. Abhängig vom jeweiligen Organisationsmodell kann bei der Auswahl des Kooperationspartners die Notwendigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens bestehen.

1.1

Städtebauliche Verträge und Erschließungsverträge nach § 11 BauGB sowie Grundstücksgeschäfte der Gemeinden, die mit städtebaulichen Bindungen verknüpft sind, fallen in der Regel nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts der §§ 97 ff. GWB. Die Vertragspartner der Kommune verpflichten sich bei den meisten Fallgestaltungen städtebaulicher Verträge nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 BauGB auf eigene Kosten zur „Vorbereitung und Durchführung“ städtebaulicher Maßnahmen wie z.B. der Ausarbeitung städtebaulicher Planungen und Gutachten, der Durchführung naturschutzrechtlicher Ausgleichsmaßnahmen oder gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB zur Übernahme von Planungskosten oder infrastruktureller Kosten. Anders als bei Dienst- und Bauaufträgen liegt darin keine nach § 99 Abs. 1 GWB erforderliche „Beschaffung“ von Leistungen durch die Gemeinde, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Ein Beschaffungsbezug kommt ausnahmsweise nur in Betracht, wenn die Gemeinde vertragliche Leistungen vereinbart, die ihr unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen.

Die frühere vergaberechtliche Rechtsprechung insbesondere des OLG Düsseldorf im Jahr 2007 („Ahlhorn“) bei kommunalen Grundstücksveräußerungen, die mit bestimmten städtebaulichen Pflichten verbunden wurden, ist zwar zwischenzeitlich zu Recht durch Urteil des EuGH vom 25.03.2010 - Rs C-451/08 („Wildenhorn“), NVwZ 2010, 565 überholt worden. Kommunale Grundstücksverkäufe und städtebauliche Verträge sind danach grundsätzlich nicht als öffentliche Bauaufträge ausschreibungspflichtig. Ein vergabepflichtiger Bauauftrag im Sinne des § 103 Abs. 3 GWB liegt nur dann vor, wenn ein „Beschaffungsvorgang“ vorliegt, der dem öffentlichen Auftraggeber / der Kommune **unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt**.



Öffentliches Baurecht



Umweltrecht



Vergaberecht



Immobilienrecht



Sozialrecht

1.2

Dementsprechend kann sich in einigen (wenigen) Fallkonstellationen städtebaulicher Verträge eine Ausschreibungspflicht ergeben, sofern die Voraussetzungen eines Bauauftrages gem. § 103 Abs. 3 GWB greifen („Bauleistung durch Dritte“, die der öffentlichen Hand „unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt“ und der Auftraggeber „einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat“). Das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrages setzt eine unmittelbare wirtschaftliche Verbindung („Beschaffungsbezug“) zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den zu realisierenden Arbeiten oder Werken voraus. Eine Ausschreibungspflicht kann bestehen, wenn ein von einem Vertragspartner zu errichtendes Bauwerk von einer Gemeinde erworben werden soll oder ihr unmittelbar zB durch ein Nutzungsrecht wirtschaftlich zugutekommt. Die Anwendung des Vergaberechts kann auch in Betracht kommen, wenn die Initiative für die Realisierung beim öffentlichen Auftraggeber liegt und dieser zumindest teilweise deren Kosten oder Risiken trägt. Vorsicht ist zu geboten, wenn in vertraglichen Regelungen zwischen der Kommune und einem Privaten **Vorgaben für die Realisierung eines Bauwerks** gemacht werden, die im Rahmen der Ausübung städtebaulicher Regelungskompetenzen (va über den abschließenden Festsetzungskatalog des § 9 für Bebauungspläne hinausgehend) nicht durchsetzbar wären und wenn sie mit finanziellen Beiträgen der Kommune kombiniert werden.

Bei der Kooperation ist wie folgt zu unterscheiden:

- Der Abschluss **städtebaulicher Vorbereitungs- und Maßnahmenverträge** nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB (vor allem die Übertragung der Ausarbeitung städtebaulicher Planungen, Gutachten etc. auf den privaten Vertragspartner auf dessen Kosten) fällt nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts.
- Das Vergaberecht ist auch nicht anwendbar bei **städtebaulichen Kostenübernahmevereinbarungen** oder Folgekostenverträgen im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB.
- Bei **städtebaulichen Förderungs- und Sicherungsverträgen** gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB kann unter Umständen eine vorherige Vergabepflichtigkeit ausgelöst werden, wenn aufgrund der speziellen Vertragskonstellation der Kooperationspartner bestimmte Bau- oder Betriebspflichten, Abriss und Entsiegelung oder bestimmte Rückbauverpflichtungen gegenüber der Kommune übernimmt.



Öffentliches Baurecht



Umweltrecht



Vergaberecht



Immobilienrecht



Sozialrecht

- Nicht anwendbar ist das Vergaberecht dagegen beim Abschluss von **Durchführungsverträgen** nach § 12 BauGB bei vorhabenbezogenen Bebauungsplänen, vor allem wenn der Vorhabenträger selbst Eigentümer der Grundstücke ist. Das Vergaberecht kann allenfalls dann Anwendung finden, wenn die Gemeinde sich durch Risikoübernahme mit am Projekt beteiligt und ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Realisierung des Vorhabens hat (z.B. bei der Vereinbarung von Bau- und Nutzungsbindungen, die im Rahmen der Ausübung klassischer städtebaulicher Regelungskompetenzen nicht durchsetzbar wären) und wenn sich die Gemeinde mit eigenen finanziellen Beiträgen beteiligt.
- Bei den **echten Erschließungsverträgen** iSd § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 muss unterschieden werden zwischen Erschließung von Grundstücken, die dem Erschließungsunternehmer selbst gehören und Erschließungsvereinbarungen im Zusammenhang mit eigenen Grundstücken der Gemeinde. In Fällen, in denen sich der Unternehmer bzw. Eigentümer nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 zur Erschließung eines ihm gehörenden Grundstückes verpflichtet, liegt kein entgeltlicher Bauauftrag iSd § 103 Abs. 1 S. 3 GWB vor. Der Erschließungsträger, der seine eigenen Grundstücke erschließt, finanziert die Maßnahme im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Öffentliche Haushaltsmittel der Gemeinde werden nicht aufgewendet. Auch die Verpflichtung zur Übertragung der Erschließungsanlagen auf die Gemeinde führt nicht zu einem „Beschaffungsvorgang“ iS einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden Bauleistung gem. § 103 Abs. 3 GWB. Mit der Übertragung der Erschließung als städtebauliche Maßnahme auf einen Erschließungsträger bewegt sich die Gemeinde im Rahmen ihrer städtebaulichen Regelungskompetenzen gem. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1. Ein Entgelt oder „unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil“ liegt auch nicht darin, dass die Gemeinde in diesem Fall auf eigene Erschließungsmaßnahmen verzichtet und damit das „Nichtentstehen einer Beitragsschuld“ bewirkt.
- Die **sog unechten Erschließungsverträge** fallen unter den Anwendungsbereich des Vergaberechts. Hierbei handelt es sich um keine Erschließungsverträge iSd § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, sondern zivilrechtlich betrachtet regelmäßig um Werkverträge iSd § 631 ff. BGB.



Öffentliches Baurecht



Umweltrecht



Vergaberecht



Immobilienrecht



Sozialrecht

Allerdings muss in jedem Fall untersucht werden, ob der maßgebliche EU-Schwellenwert durch die zu beschaffende Leistung überhaupt überschritten wird (bei Bauaufträgen ab 01.01.2016: € 5.225.000, bei Dienstleistungs- und Lieferaufträgen ab 01.01.2016: € 209.000).

Sofern der EU-Schwellenwert nicht erreicht wird, richtet sich eine eventuelle Ausschreibungspflicht nicht nach §§ 97 ff. GWB, sondern nach § 31 Abs. 1 und 2 KommHV i.V.m. der IMBek „Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich“ (Fassung vom 12.12.2012, AllMBl. 2013, S. 6).

Als Regelvergabeart kommt die öffentliche Ausschreibung in Betracht. Eine freihändige Vergabe / Verhandlungsverfahren wäre nur zulässig, wenn die öffentliche Ausschreibung oder beschränkte Ausschreibung unzumutbar ist, besonders wenn die Leistung nach Art und Umfang vor der Vergabe nicht so eindeutig und erschöpfend festgelegt werden kann, dass hinreichend vergleichbare Angebote erwartet werden können (vgl. § 3 Abs. 5 Nr. 3 VOB/A).

Eine Begründung für das Verhandlungsverfahren wäre, dass die städtebaulichen Maßnahmen, d.h. die Bauleitplanung, die in Kooperation mit einem Erschließungsträger durchgeführt werden soll, aufgrund der „Ergebnisoffenheit“ der Bauleitplanung noch nicht mit hinreichender Sicherheit beschrieben werden können.

2. Rechtliche Schranken städtebaulicher Verträge

2.1

Durch städtebauliche Verträge können die Kosten für Planungen, Gutachten und Infrastruktur verteilt, die Ziele des Bebauungsplans gesichert oder die Bodenordnung und Erschließung gesteuert werden. Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der Gemeinde mit privaten Investoren / Vorhabenträgern / Erschließungsträgern unterliegen dabei den rechtlichen Schranken für städtebauliche Verträge, insbesondere sind das Verbot unzulässiger Planbindungen, das Koppelungsverbot, der Angemessenheitsgrundsatz und das Gleichbehandlungsgebot zu beachten.



Öffentliches Baurecht



Umweltrecht



Vergaberecht



Immobilienrecht



Sozialrecht

2.2

Bei Kostenerstattungsverträgen gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB ergibt sich eine wesentliche rechtliche Begrenzung vor allem aus dem Erfordernis der **Kausalität**.

Ob die Kosten im Zusammenhang mit einer Bauleitplanung Voraussetzung oder Folge eines Vorhabens sind, ist dabei nicht im Sinne einer naturwissenschaftlichen Kausalität zu verstehen. Die Gemeinde hat einen **Wertungsspielraum** bei der Entscheidung, welche Maßnahmen sie als Voraussetzung oder Folge ihrer Bauleitplanung für erforderlich hält. Ob die Kosten einer städtebaulichen Maßnahme kausal sind, beantwortet sich nicht danach, ob die städtebauliche Maßnahme dem Vorhaben objektiv zugutekommt. Vielmehr hängt es von der planerischen Konzeption der Gemeinde ab, ob die Kosten, die ihr für die städtebauliche Maßnahme entstehen oder entstanden sind, mit dem begünstigten Vorhaben kausal verknüpft sind.

Nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Wirksamkeit von Folgekostenverträgen (BVerwG vom 24.03.2011 - 4 C 11.10, Beck RS 2011, 50588; BVerwG vom 29.01.2009 - 4 C 15/07, Beck RS 2009, 33762) kann eine Gemeinde im Rahmen ihrer Planungshoheit selbst bestimmen, ob die Kosten einer städtebaulichen Maßnahme Voraussetzung oder Folge eines Vorhabens sind. Grenze der planerischen Befugnis ist - wie auch sonst im Städtebaurecht - das Gebot der fehlerfreien Abwägung.

Die Gemeinde darf beim Abschluss von städtebaulichen Verträgen / Folgekostenverträgen dennoch nicht willkürlich handeln. Für den Kausalitätsnachweis gelten folgende vom Bundesverwaltungsgericht grundlegend benannte Anforderungen:

- Die Gemeinde darf im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages nicht Maßnahmen fordern, für die wohl ein aktueller Bedarf besteht, die aber in keinem nachvollziehbaren kausalen Zusammenhang mit dem Bauvorhaben stehen. Ein bloß allgemeiner Bezug zu den gemeindlichen Aufgaben reicht für die Wirksamkeit einer Folgekostenvereinbarung nicht aus.
- Folgekostenfähig sind auch Anlagen und Maßnahmen außerhalb des Plangebiets. Ein bloß allgemeiner Bezug zu gemeindlichen Aufgaben reicht dabei jedoch nicht aus.



Öffentliches Baurecht



Umweltrecht



Vergaberecht



Immobilienrecht



Sozialrecht

- Die Gemeinde muss vielmehr transparent und nachvollziehbar belegen, dass die von ihr in einem überschaubaren zeitlichen Zusammenhang zu beschließenden und realistischerweise verwirklichungsfähigen Baurechtsausweisungen einen weiteren Bedarf an öffentlichen Einrichtungen hervorrufen.
- Erforderlich ist, dass aus Anlass der Ausführung eines bestimmten Vorhabens etwas geschieht und nicht erst - irgendwann - ein aufgelaufener Bedarf Konsequenzen nach sich zieht (BVerwG 90, 310 = NJW 1993, 1810). Nicht zulässig ist daher beispielsweise die Deckung eines Nachholbedarfs für schon zuvor verwirklichte Planungen oder die Bildung eines Polsters für gegenwärtig noch nicht absehbare Planungen (BVerwG vom 29.01.2009, a.a.O.).
- Dass die Kosten einer städtebaulichen Maßnahme nur teilweise einem Vorhaben zugeordnet werden können, ist für den Kausalitätsnachweis unschädlich. Die Festlegung der anteiligen Höhe der finanziellen Beteiligung der Nutznießer neuer Baurechte ist dabei eine Frage der Angemessenheit des städtebaulichen Vertrages i.S.d. § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB. Bei der Aufteilung der Kosten auf mehrere Baugebiete ist auch der Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten (BVerwG vom 24.03.2011, a.a.O.).
- Die kommunalen Aufwendungen und Kosten für Infrastruktureinrichtungen können zwar auf mehrere (kleinere) Baugebiete aufgeteilt werden. Die Gemeinde muss in diesem Fall aber durch eine von ihr beschlossene Gesamtkonzeption transparent, nachvollziehbar und damit kontrollierbar belegen können, dass eine städtebauliche Maßnahme die Folge mehrerer neu ausgewiesener Baugebiete ist, die in überschaubarem zeitlichen Zusammenhang verwirklicht werden (BVerwG vom 29.01.2009, a.a.O.).
- Zum Nachweis des Ursachenzusammenhangs müssen die anfallenden Kosten konkretisiert werden. Dies muss nicht notwendigerweise bereits im Vertragstext selbst erfolgen, die Darstellung des Ursachenzusammenhangs kann auch in einer Anlage zum Vertragstext erfolgen.



Öffentliches Baurecht



Umweltrecht



Vergaberecht



Immobilienrecht



Sozialrecht

- Vor allem die Festlegung von pauschalisierten Geldbeträgen kann problematisch sein. Damit sich nachprüfen lässt, ob das Erfordernis der Ursächlichkeit gewahrt wird, muss sich der Vertragswille der Beteiligten auf konkrete Zusammenhänge zwischen Bauleitplanung und den dadurch veranlassten Folgeeinrichtungen und deren Kosten beziehen. Dem ist nur genügt, wenn die vereinbarten Beträge durch den Vertrag in bestimmter Höhe bestimmten Folgemaßnahmen zugeordnet werden, so dass eine klare Abgrenzung gegenüber schematischen - rechtlich unzulässigen - „Infrastrukturbeiträgen oder Zuzugsabgaben“ möglich ist (vgl. auch BGH, Urteil vom 18.09.2009 - V ZR 2/09, NVwZ 2010, 398).

2.3

§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB regelt auch die Übernahme der (ursächlichen) **Kosten der Erschließung**, unabhängig davon, ob diese nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähig oder nicht beitragsfähige Erschließungsanlagen betreffen. Mit der Integration des vormals in § 124 BauGB a.F. geregelten Erschließungsvertrages als Unterfall des städtebaulichen Vertrages in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB durch das Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts vom 11.06.2013 (BGBl. I S. 1548) wurde klargestellt, dass auch Kostenübernahmeverträge i.S.d. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB über die Erschließung geschlossen werden können, da der Begriff der städtebaulichen Maßnahmen in beiden Regelungen im gleichen Sinne zu verstehen ist (vgl. BT-Drs. 17/11468, 13).

3. Vorgaben des Erschließungsrechts bei Kooperation mit Privaten

3.1

Wird die Erschließung durch Erschließungsvertrag gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB (vormals § 124 BauGB) auf einen Privaten übertragen, entfallen sowohl die Vorfinanzierung durch die Gemeinde als auch die Nachfinanzierung über die klassische Form der Erhebung von Beiträgen, da bei der Gemeinde kein Erschließungsaufwand entsteht.

3.2

Als Vertragspartner der Gemeinde kommen bei Erschließungsverträgen die Eigentümer der zu erschließenden Grundstücke oder ein Erschließungsträger in Betracht. Verteilt sich das Grundstückseigentum im Erschließungsgebiet auf mehrere Eigentümer, kommt als Vertragspartner



Öffentliches Baurecht



Umweltrecht



Vergaberecht



Immobilienrecht



Sozialrecht

der Gemeinde z.B. eine von allen Eigentümern gegründete Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) in Betracht. Gesellschaftszweck ist dann die gemeinsame Herstellung der öffentlichen Erschließungsanlagen für ein bestimmtes Baugebiet. Häufig bedienen sich die Grundstückseigentümer oder die Gemeinde eines Dienstleistungsunternehmens (Erschließungsträger), das mit der Gemeinde den Erschließungsvertrag abschließt, die notwendigen Arbeiten plant, vergibt, beaufsichtigt, die fertigen Anlagen dann auf die Gemeinde überträgt und die Kosten bei den Grundstückseigentümern aufgrund vertraglicher Vereinbarungen (Werkvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag) abrechnet.

Die Gemeinden können städtebauliche Verträge und dabei insbesondere auch Erschließungsverträge i.S.d. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB auch mit kommunalen Eigengesellschaften schließen. Im Zusammenhang mit der Neuregelung des Erschließungsvertrages durch die BauGB-Novelle 2013 hat der Gesetzgeber in § 11 Abs. 1 Satz 3 BauGB ausdrücklich klargestellt, dass städtebauliche Verträge mit Gesellschaften abgeschlossen werden können, an der die Gemeinde ganz oder mehrheitlich beteiligt ist. Die frühere Regelung des § 124 Abs. 1 BauGB, derzufolge die Gemeinde die Erschließung durch Vertrag nur auf einen „Dritten“ übertragen konnte, wurde gleichzeitig aufgehoben. Damit ist die Frage, ob als „Dritter“ auch ein kommunalbeherrschtes Unternehmen in Betracht kommt, obsolet. Die vom BVerwG mit Urteil vom 01.12.2010 (NVwZ 2011, 690) und zuvor von Teilen der Literatur (Driehaus, NJW-Schriften, § 6 Rn 12 ff.; ders. BerlKomm BauGB, § 124 Rn. 8 ff; ders. BauR 1999, 862; Birk, BauR 1999, 205, 207; Quaas, BauR 1999, 1113, 1123; a.A. E/Z/B/Grziwotz, BauGB, § 124 Rn. 94; B/K/L/Löhr, BauGB, § 124 Rn. 1; J/D/W/Dirnberger, BauGB, § 124 Rn. 9; Spannowsky/Uechtritz/Hoffmann, BauGB 2009 Rn. 12) vertretene Ansicht, dass wegen der Spezialität des Erschließungsvertrages und der Schutzfunktion des beitragsrechtlichen Vorteilsprinzips eine von der Gemeinde ganz oder mehrheitlich beherrschte kommunale Eigengesellschaft nicht „Dritter“ und damit nicht Vertragspartner eines Erschließungsvertrages nach § 124 Abs. 1 BauGB a.F. sein kann, ist dadurch überholt. Mit der Aufnahme des vormals in § 124 BauGB geregelten Erschließungsvertrages in das System des § 11 BauGB und die gesetzgeberische Klarstellung wird die über Jahrzehnte bestehende Praxis vieler Kommunen, die Baulanderschließung (auch) über kommunale Entwicklungsgesellschaften zu betreiben, rechtlich abgesichert. Eine Umgehung des Beitragsrechts der §§ 127 ff. BauGB ist damit nicht zu befürchten, da städtebauliche Verträge und damit auch Erschließungsverträge den allgemeinen Schranken, insbesondere dem



Öffentliches Baurecht



Umweltrecht



Vergaberecht



Immobilienrecht



Sozialrecht

Koppelungsverbot und der Angemessenheitskontrolle, des § 11 Abs. 2 BauGB unterliegen.

3.3

Durch Erschließungsvertrag können neben der Herstellung der nach Bundesrecht beitragsfähigen Erschließungsanlagen auch Erschließungsanlagen nach Landesrecht, wie insbesondere das Leitungs- und Kanalnetz von Einrichtungen der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung, auf den privaten Kooperationspartner übertragen werden.

3.4

Werden durch die vom Erschließungsträger hergestellten Anlagen auch Grundstücke erschlossen, die nicht im Eigentum des Erschließungsträgers stehen (sogenannte Fremdanliegergrundstücke), besteht die Notwendigkeit, diese Problematik im Rahmen des Erschließungsvertrages durch sogenannte „Fremdanliegerklausel“ zu regeln. Die Problematik lässt sich insoweit durch den Abschluss eines „unechten Erschließungsvertrages“ oder Vorfinanzierungsvertrages zwischen Gemeinde und Erschließungsunternehmer vermeiden.

- Die Beteiligung der Fremdanlieger an den Kosten des Erschließungsunternehmers hat allerdings den Nachteil, dass die Gemeinde in jedem Fall den anteiligen Erschließungsaufwand auf sämtliche durch die Erschließungsanlage erschlossenen Grundstücke verteilen muss, so dass auf die Fremdanlieger nur ein Bruchteil dieser Kosten überbürdet werden kann (BVerwG, NVwZ 1996, 794). Auch verbleibt der gemeindliche Eigenanteil (§ 129 Abs. 1 Satz 3 BauGB) bei der Gemeinde (E/Z/B/Grziwotz, BauGB, § 124 Rn. 71; Driehaus, NJW-Schriften, § 6 Rn. 59).
- Die aufgezeigte Lösung der Fremdanliegerproblematik ist nicht in jedem Fall geboten, insbesondere wenn nur einzelne Fremdanliegergrundstücke betroffen oder die Fremdanliegerkosten im Verhältnis zur Gesamtmaßnahme untergeordnet sind. Im Erschließungsvertrag kann in diesem Fall auch vereinbart werden, dass der Erschließungsträger untergeordnete Fremdanliegerkosten trägt (vgl. BVerwG, Urteil vom 10.08.2011, NVwZ 2012, 108 zu § 124 BauGB a.F.). Allerdings ist im Rahmen der Angemessenheit nach § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB bei einer wirtschaftlichen Betrachtung des Gesamtvorgangs zu prüfen, ob die Überbürdung von Fremdanliegerkosten angesichts aller im städtebaulichen Vertrag



Öffentliches Baurecht



Umweltrecht



Vergaberecht



Immobilienrecht



Sozialrecht

bzw. im Erschließungsvertrag vereinbarter Leistungen und Kostenübernahmen noch angemessen ist. Als Faustregel für die Praxis dürfte gelten, dass die Übernahme einzelner Fremdanliegerkosten bei einem größeren Baugebiet durch den Erschließungsträger unproblematisch ist. Vorsicht ist dagegen geboten bei der Erschließung kleinerer Baugebiete, die Fremdanliegergrundstücke in größerem Umfang mit erschließen. Hier könnte es im Einzelfall unangemessen sein, wenn der Erschließungsträger auch die Fremdanliegerkosten trägt.

3.5

Hinsichtlich der Notwendigkeit der Anwendung der VOB/A durch den Erschließungsträger gilt Folgendes:

Der Erschließungsträger, der im Auftrag der Gemeinde die Erschließung für (teilweise) im Eigentum der Gemeinde stehende Flächen durchführt, ist ebenfalls an die Vorschriften der VOB/A gebunden. Keine Bindung an die VOB besteht nur dann, wenn der Erschließungsträger / Projektträger Eigentümer der gesamten zu erschließenden Grundstücke ist.

© Rechtsanwalt Klaus Hoffmann
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Hoffmann & Greß Rechtsanwälte PartGmbH
Fürstenrieder Str. 281
81377 München
Tel.: 089-76736070
Fax.: 089-76736088
info@hoffmann-gress.de
www.hoffmann-gress.de