

---

---

## MACHBARKEITSSTUDIE

---

---

**Von:** RAin Dr. Anja Baars  
**Betreff:** Vertragskonstruktion Variante a)  
**Datum:** 27.08.2013/AJ/D35/261-13

---

### A. Sachverhalt

Die Stadt Coesfeld hat in der Vergangenheit die Erschließung von Baugebieten durch die Stadtentwicklungsgesellschaft Coesfeld mbH (SEG), einer hundertprozentigen Tochter der Stadt Coesfeld, vornehmen lassen. Grundlage waren städtebauliche und Erschließungsverträge nach §§ 11 und 124 BauGB (a.F.). Diese Praxis war nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Dezember 2010 (Az.: 9 C 8/09) nicht mehr möglich. Inzwischen hat der Gesetzgeber mit der Neufassung der §§ 11 und 124 BauGB darauf reagiert.

Auf der Grundlage der neuen Gesetzeslage sollen Vertragsmuster für verschiedene Fallkonstellationen entwickelt werden.

In der Variante a) ist die Stadt Coesfeld Eigentümerin sämtlicher Grundstücke und Erschließungsflächen im Baugebiet. Die SEG übernimmt als Dienstleisterin alle anfallenden Erschließungsleistungen sowie gegebenenfalls weitere mit der Entwicklung der Bauflächen in Zusammenhang stehende Arbeiten. Sie wird dazu mit einem Erschließungsvertrag im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB beauftragt und erhält eine angemessene Vergütung. Die Stadt Coesfeld refinanziert sich über einen Verkauf der Grundstücke als „voll erschlossen“.

Wirtschaftliches Ziel der Konstruktion soll eine schnelle Bereitstellung erschlossener und damit baureifer Grundstücke bei möglichst weitgehender Kostenentlastung der Stadt Coesfeld sein.

## **B. Rechtliche Würdigung**

Wir schlagen folgende Vertragskonstruktion vor: Die Stadt Coesfeld in ihrer Eigenschaft als Trägerin der Erschließungslast im Sinne des § 123 BauGB schließt mit der SEG einen sog. echten Erschließungsvertrag. In ihrer Eigenschaft als private Grundstückseigentümerin trifft sie zusätzlich eine Kostenerstattungsvereinbarung mit der SEG. Die Grundstückserwerber übernehmen die daraus resultierende Kostenerstattungspflicht der Stadt Coesfeld mit schuldbefreiender Wirkung im Rahmen der Grundstückskaufverträge.

### **I. Beschreibung des Modells**

Die vorgeschlagene Konstruktion knüpft an die Funktionsweise eines klassischen Erschließungsvertrages an. Gegenstand eines solchen Vertrages ist die Übernahme der Erschließung eines Baugebiets auf eigene Kosten durch einen Erschließungsträger. Durch den Erschließungsvertrag gibt die Gemeinde dabei vor, wie die Erschließung im Einzelnen aussehen soll. Sie bleibt Trägerin der Erschließungslast, aber ihre Aufgabe beschränkt sich auf eine Kontrollfunktion. Weil der Erschließungsträger die Kosten trägt, entsteht kein beitragsfähiger Aufwand, sodass der Erschließungsträger die – typischerweise in seinem Eigentum stehenden und aufgrund seiner Erschließung baureifen – Grundstücke als „erschließungsbeitragsfrei“ verkaufen kann. Über diesen Verkauf refinanziert er sich. Die Rechtfertigung für das gesetzgeberische Leitbild sowohl des alten § 124 BauGB wie auch des neuen § 11 BauGB liegt darin, dass durch die Initiative des Bauträgers eine zügige Baureifmachung von Baugebieten möglich ist, auch wenn die Finanzlage der Kommune dies womöglich nicht oder nicht so schnell zulassen würde. Kann er am Markt die erforderlichen Grundstückspreise erzielen, dass er zur Übernahme der Kosten bereit ist, bedarf es des besonderen Schutzes des Beitragsrechts nicht. Insbesondere eine Kostenbeteiligung der Kommune ist daher entbehrlich (§ 124 Abs. 2 Satz 3 BauGB a.F., § 11 Abs. 2 Satz 3 BauGB n.F.).

Der beschriebene „Ausschluss“ des Beitragsrechts beim klassischen Erschließungsvertrag soll für die vorgeschlagene Vertragskonstruktion ausgenutzt werden. Deswegen muss die Stadt Coesfeld der SEG die Erschließung mit einem echten Erschließungsvertrag, d.h. auch unter Aufbüdung der Kosten, übertragen.

Die SEG besitzt selbst kein Flächeneigentum und kann deswegen nicht in unmittelbare Rechtsbeziehungen zu den Grundstückserwerbern eintreten, um sich zu refinanzieren. Hier kommt der Stadt Coesfeld eine Vermittlerrolle zu. In ihrer Rolle als ursprüngliche Flächeneigentümerin erlangt sie den Vorteil der Baureifmachung ihrer Grundstücke. Dafür gewährt sie der SEG im Rahmen eines zivilrechtlichen Geschäftsbesorgungsvertrages eine Kostenerstattung. Es besteht damit eine doppelte Vertragsbeziehung zwischen der Stadt Coesfeld und der SEG.

Die Kostenerstattungspflicht führt (zunächst) zur Belastung der Stadt Coesfeld mit den Kosten der Erschließung. Es entsteht ein – zumindest im Grunde –beitragsfähiger Aufwand. Würde die Stadt Coesfeld diese Kosten unmittelbar mit dem Kaufpreis auf die Grundstückserwerber umlegen, wäre dies rechtlich als Ablösung im Sinne des § 133 Abs. 3 Satz 5 BauGB einzuordnen. Es fänden dann die Vorschriften über die Ablösung, d.h. die damit verbundenen Einschränkungen im Hinblick auf die beitragsfähigen Anlagen und den kommunalen Eigenanteil, Anwendung.

Dies wird vermieden durch eine befreiende Schuldübernahme der Grundstückskäufer. Infolgedessen wird die Stadt Coesfeld leistungsfrei, sodass ein beitragsfähiger Aufwand nicht entsteht. Wie beim klassischen Erschließungsvertrag können die Grundstückserwerber unter dieser Voraussetzung „erschließungsbeitragsfrei“ kaufen. Für sie entstehen allerdings doppelte Leistungsbeziehungen: sie schulden der Stadt Coesfeld als Verkäuferin den Kaufpreis und der SEG die übernommene Kostenerstattung.

Durch die Aufnahme entsprechender Bedingungen ist die gegenseitige Wirksamkeitsabhängigkeit der Verträge sicherzustellen sowie die Abhängigkeit des Erschließungsvertrages von

einem gewissen Vermarktungsumfang, damit die Konstruktion über die Schuldbefreiung vom Erschließungsaufwand greifen kann. Mit Blick auf möglicherweise „übrig bleibende“ Restgrundstücke ist eine Fremdanliegermodifikation des Erschließungsvertrages zu regeln.

Im Übrigen ergeben sich keine Besonderheiten.

Backes: für Marienburg nicht erforderlich

## II. Risikoanalyse

### 1. Die SEG als Vertragspartner

Nach der Neuregelung des Erschließungsvertrages in § 11 BauGB und der ausdrücklichen Ermächtigung der Gemeinde in dessen Abs. 1 Satz 3 zum Abschluss städtebaulicher Verträge auch mit einer juristischen Person, an der sie (mehrheitlich) beteiligt ist, bestehen keine Bedenken dagegen, dass die Stadt Coesfeld mit der SEG Erschließungsverträge eingeht. Dies hatten wir bereits mit Schreiben vom 17.07.2013 genauer ausgeführt.

s. Stellungnahme NWSTGB Vorlage 126 / 2013

Es verbleibt insoweit ein gewisses Restrisiko, ob die Rechtsprechung die gesetzliche Neuregelung billigt. Dieses Risiko halten wir aber für gering. Das BVerwG hat in seiner Entscheidung vom 01.12.2010 die Möglichkeit zur gesetzlichen Verortung des Erschließungsvertrages in § 11 BauGB und zur abweichenden gesetzlichen Bestimmung möglicher Vertragspartner eines Erschließungsvertrages bereits angedeutet.

*BVerwG, Urteil vom 01.12.2010, Az.: 9 C 8/09, NVwZ 2011, 690 (692), Rn. 34*

### 2. Besonderheiten in den Rechtsbeziehungen zwischen Stadt und SEG

Die Einordnung der vertraglichen Übernahme der Erschließung durch die SEG als echter Erschließungsvertrag wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die SEG kein Flächeneigentum besitzt und deswegen zu ihrer Refinanzierung eine zusätzliche Kostenerstattungsvereinbarung mit der Stadt Coesfeld erforderlich wird. Diese grundsätzliche Konstruktion hat das

Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 01.12.2010 ausdrücklich gebilligt. Ein Erschließungsträger muss nicht selbst Grundstückseigentümer sein. Eine Übertragung der Erschließung durch die Gemeinde an einen Erschließungsträger kommt auch dann in Betracht, wenn die Grundstückseigentümer diesem die für die Organisation und Durchführung der Erschließung notwendigen Rechte an ihren Grundstücken einräumen und mit ihm Kostenerstattungsverträge schließen. Dies ist auch in dem Sonderfall möglich, dass die Gemeinde selbst Eigentümerin der Grundstücke im Erschließungsgebiet ist.

*BVerwG, Urteil vom 01.12.2010, Az.: 9 C 8/09, NVwZ 2011, 690 (691), Rn. 32; ebenso in der Vorinstanz: VGH Mannheim, Urteil vom 23.10.2009, Az.: 2 S 424/08, juris, Rn. 126 f.*

Die Übernahme sämtlicher Kosten durch die SEG ohne Eigenbeteiligung der Stadt Coesfeld mit dem Ziel, diese im Ergebnis vollständig auf Grundstückskäufer abzuwälzen, verstößt nicht gegen die sich aus § 11 Abs. 2 BauGB ergebenden besonderen Anforderungen. Danach müssen die vertraglichen Leistungen den gesamten Umständen nach angemessen sein. Sie müssen nicht nur im Verhältnis zum Vertragszweck (Erschließung des Vertragsgebiets), sondern auch im Verhältnis untereinander ausgewogen sein. Dabei ist eine wirtschaftliche Betrachtung des Gesamtvorgangs geboten.

*BVerwG, Urteil vom 10.08.2011, Az.: 9 C 6/10, NVwZ 2012, 108 (111), Rn 28*

Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die wirtschaftlichen Folgen insbesondere auch den Dritten betreffen, auf den die Kosten der Erschließung letztendlich abgewälzt werden. Deshalb muss bei der Inhaltskontrolle von Erschließungsverträgen insbesondere auch auf den Schutz des Dritten abgestellt werden.

*VGH Mannheim, Urteil vom 23.10.2009, Az.: 2 S 424/08, juris, Rn. 163*

Diesen Anforderungen kann das vorliegende Vertragsmodell gerecht werden. Eine unangemessene Belastung liegt nicht schon darin, dass der Grundstückskäufer stärker an den Er-

schließungskosten beteiligt wird, als es im Beitragswege möglich wäre – etwa dadurch, dass Kosten für nicht-beitragsfähige Anlagen anfallen und kein Eigenanteil bei der Stadt Coesfeld verbleibt. Die gesetzliche Regelung des Erschließungsvertrages, früher in § 124 Abs. 2 BauGB, heute in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, Abs. 2 Satz 3 BauGB, erlaubt gerade ein solches Vorgehen und stellt den Erschließungsvertrag von den engen Vorgaben des Beitragsrechts frei.

*BVerwG, Urteil vom 10.08.2011, Az.: 9 C 6/10, NVwZ 2012, 108 (111), Rn 29*

Es ist daher eine Frage des Einzelfalls, ob die Abwälzung der Erschließungskosten in vollem Umfang auf die Grundstückserwerber das Gebot der Angemessenheit nicht verletzt. Primärer Bezugspunkt für die Prüfung der Angemessenheit ist das Erschließungsgebiet. Auferlegt werden dürfen grundsätzlich nur Kosten, die sich auf dieses Gebiet beziehen und damit dem einzelnen Baugrundstück zu Gute kommen.

*VGH Mannheim, Urteil vom 23.10.2009, Az.: 2 S 424/08, juris, Rn. 165*

Dabei müssen sich die im Erschließungsvertrag vereinbarten Erschließungsleistungen an §§ 123 Abs. 2, 125 BauGB messen lassen. Sonstige Leistungen können vereinbart werden, wenn sie in einem sachlichen Zusammenhang mit der Baureifmachung der Grundstücke stehen.

*VGH Mannheim, Urteil vom 23.10.2009, Az.: 2 S 424/08, juris, Rn. 173*

Schließlich ist eine Kontrolle der absoluten Höhe der auf das einzelne Grundstück entfallenden Kosten durchzuführen. Halten sich diese im Rahmen des Üblichen und stehen nicht außer Verhältnis zum Grundstückswert insgesamt, wird die Grenze der Angemessenheit nicht überschritten.

### 3. Besonderheiten in der Rechtsbeziehung zwischen Stadt und Käufer

Auch aus den Rechtsbeziehungen zwischen der Stadt Coesfeld und den Grundstückskäufern ergeben sich keine Bedenken gegen die Vertragskonstruktion.

Die Übernahme der Kostenerstattungspflicht durch die Käufer mit befreiender Wirkung für die Stadt stellt keine unzulässige Umgehung des Abgabenrechts dar, insbesondere handelt es sich nicht um eine versteckte Ablösung unter Verstoß gegen § 133 Abs. 3 Satz 5 BauGB. Dies hatte das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 1989 angenommen in einem Fall, in welchem die Gemeinde eigene Grundstücke als „voll erschlossen“ verkauft hatte, ohne den im Kaufpreis enthaltenen Erschließungskostenanteil offenzulegen.

*BVerwG, Urteil vom 01.12.1989, Az.: 8 C 44/88, juris*

Die vorliegende Konstruktion unterscheidet sich grundlegend von der vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fallkonstellation. Die befreiende Wirkung der Schuldübernahme führt dazu, dass bei der Stadt Coesfeld schon kein beitragsfähiger Aufwand entsteht und damit insgesamt auch keine künftige Beitragsschuld, die abgelöst werden könnte.

*Griziwotz in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Stand: Jan. 2013, § 124 Rn. 125*

Dementsprechend hat sich das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 01.12.2010 nur mit dem Verstoß des Erschließungsvertrages gegen § 124 BauGB a.F. und nicht mit der Frage der Wirksamkeit der Schuldübernahme befasst.

Der Grundstückskäufer steht dabei auch jenseits des Beitragsrechts nicht schutzlos dar. Zu seinen Gunsten greifen § 417 BGB und §§ 307 ff. BGB ein. Er kann einerseits der übernommenen Verpflichtung zur Kostenerstattung alle Einwendungen aus dem Verhältnis zwischen der Stadt Coesfeld und der SEG entgegenhalten. Andererseits handelt es sich bei den Grundstückskaufverträgen um von der Stadt Coesfeld verwendete allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, sodass diese der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegen.

Die Vertragskonstruktion als solche führt nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung der Grundstückskäufer im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Anforderungen des Transparenzgebotes nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB können durch entsprechende Aufklärung der Grundstückskäufer eingehalten werden.

### **C. Ergebnis**

Das Ziel der Stadt Coesfeld Baugebiete, in denen sie Eigentümerin sämtlicher Flächen ist, schnell und möglichst ohne Belastung der Haushaltssituation zu erschließen, lässt sich dadurch erreichen, dass sie in ihrer Eigenschaft als Trägerin der Erschließungslast die SEG in Form eines sog. echten Erschließungsvertrages umfassend mit der Baureifmachung der Grundstücke beauftragt. In ihrer Eigenschaft als private Grundstückseigentümerin schließt die Stadt Coesfeld daneben eine Kostenerstattungsvereinbarung mit der SEG. Im Rahmen der Grundstückskaufverträge mit den Grundstückserwerbern können die daraus resultierenden Kostenerstattungspflichten durch eine Schuldübernahme mit befreiender Wirkung vollständig auf die Erwerber abgewälzt werden.