

nung Darstellungen und Festsetzungen mit immissionsschützender Tendenz zulässig.<sup>57</sup> Hervorzuheben ist auch die Entscheidung des OVG Münster zu dem Kraftwerk Datteln, in der das Gericht die auf die Reduktion von Treibhausgasen zielenden Festlegungen des § 26 LEPro NRW a.F. seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat.<sup>58</sup> Und betrachtet man, dass der VGH Kassel in seiner Entscheidung zum Frankfurter Flughafen auch ein Nachtflugverbot in einem Raumordnungsplan anerkannt hat, zeigt sich, dass auch Aspekte, die auf den ersten Blick keinen deutlichen Raumbezug haben, über Verknüpfungen zum Gegenstand von Raumordnungsplänen werden können.<sup>59</sup> Es soll mithin auch nicht ausgeschlossen werden, dass dem Klimaschutzrecht insgesamt eine raumordnerische Funktion zugemessen werden kann.<sup>60</sup> Diese Frage kann an dieser Stelle jedoch nicht abschließend beantwortet werden.

Ideal erschiene es, wenn der Verfassungsgeber diese Unsicherheit durch die Schaffung eines neuen Kompetenztitels »Klimaschutz« beseitigen würde. Dieser sollte die Grundlage sein, für die Schaffung eines Systems der integrierten Gesamtplanung, das neben der Raumordnung stünde und sich von diesem dadurch unterschiede, dass es in seinen Festlegungen nicht auf einen Raumbezug angewiesen wäre. An dessen Stelle träte das Ziel des Klimaschutzes. Andere Gesetzgebungskompetenzen, etwa im Bereich des Energierechts sollten hierdurch nicht beschnitten werden. Im Mittelpunkt des neuen Systems stünde dessen Rolle für die Koordination der Bemühungen um den Klimaschutz. Das Raumordnungsrecht könnte hier insofern als Vorbild dienen, als auch der Kompetenztitel Klimaschutzrecht mit einer Abweichungsmöglichkeit verbunden werden könnte, gegebenenfalls mit einem abweichungsfesten Kern im Bereich der Klimaschutzziele, weil hier eine bundesweite Koordination unabdingbar erscheint. Dies würde wie im Raumordnungsrecht eine leitbildgebende Funktion des Bundesrechts ermöglichen, bei entsprechender Flexibilisierung durch landesspezifische Regelungen im Detail. Auf diese Weise ließe sich die Beständigkeit der landesrechtlichen Kli-

maschutzgesetzgebung sichern, jedenfalls soweit es um den instrumentellen und institutionellen Rahmen der Klimaschutzpolitik ginge.

## VI. Fazit

Vorstehend wurde gezeigt, dass sich das KISchG NRW-E und das HmbKliSchG bereits im Ansatz deutlich unterscheiden. Während Letzteres einzelne Maßnahmen zum Klimaschutz bündelt, macht Ersteres abstrakte Zielvorgaben in Form von Klimaschutzziele und schafft einen instrumentellen und institutionellen Rahmen. Konzeptionell ließen sie sich gleichwohl in einem Gesetz zusammenführen, wobei das KISchG NRW-E einen allgemeinen Teil eines Klimaschutzgesetzes bilden könnte, während das HmbKliSchG für den besonderen Teil stünde. Das KISchG NRW-E steuert als Elemente dabei insbesondere die Setzung von Klimaschutzziele, das Instrument des Klimaschutzplans und die Einbeziehung der Raumordnung bei. Auch in das Zusammenspiel von Bundes- und Landesrecht, lassen sich Landes-Klimaschutzgesetze einpassen. Eine Kollision mit dem Immissionsschutzrecht, die insbesondere Klimaschutzziele ausschließen würde, besteht nicht. Schwieriger erscheint die Bestimmung der Gesetzgebungskompetenzen. Eine alleinige Zuordnung zum Kompetenztitel Luftreinhaltung führt zu unbefriedigenden Ergebnissen. Ein ergänzender Rückgriff auf die Kompetenz für Raumordnung wirft die Frage nach der Reichweite dieser Kompetenz auf. Als Lösung wird die Schaffung eines eigenständigen Kompetenztitels Klimaschutz, der strukturell Anleihen im Bereich der Raumordnung nehmen könnte, angeregt.

57 Vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 14.01.2002 – 1 KN 468/01 –, NVwZ-RR 2003, 174, 175.

58 OVG Münster, Urt. v. 03.09.2009 – 10 D 121/07.NE –, DVBl 2009, 1385 Rdnr. 74 ff.

59 VGH Kassel, Urt. v. 21.08.2009 – 11 C 227/08.T u.a. –, juris Rdnr. 768 ff. Vgl. hierzu zwischenzeitlich auch BVerwG, Urt. v. 04.04.2012 – 4 C 8/09 u.a. –, NVwZ 2012, 1314 Rdnr. 304 ff.

60 Dies nehmen jedenfalls Klingert/Wegener (Fußn. 52), 905 ff. an.

## Die Angemessenheit der Vertragserfüllungsbürgschaft bei städtebaulichen Verträgen

von Wiss. Mit. Konstantin Chatziathanasiou und Wiss. Ref. Dr. Emanuel V. Towfigh, Bonn\*

Scheitert ein großes Bauvorhaben, ist der Schaden für die Gemeinde regelmäßig groß. Durch die Vereinbarung von Sicherheitsleistungen in städtebaulichen Verträgen können die wirtschaftlichen Folgen eines solchen Scheiterns abgemildert werden. Mittels einer Vertragserfüllungsbürgschaft kann die Gemeinde die Fertigstellung – oder auch den Rückbau – für den Fall gewährleisten, dass der Investor ausfällt. Eine solche Vereinbarung muss aber rechtmäßig, insbesondere angemessen im Sinne des § 11 Absatz 2 Satz 1 BauGB, sein. Der Beitrag entwickelt ausgehend von den Interessen der Beteiligten risikogerechte Maßstäbe für die Bestimmung der Angemessenheit hinsichtlich konkreter städtebaulicher Vertragstypen. Es wird gezeigt, dass Sicherheiten in der Regel zu verlangen sind, und dass das Angemessenheitskriterium nicht nur zu Güns-

ten des Investors wirkt, sondern auch die Gemeinwohlverpflichtung der Gemeinde abstützt.

\* Konstantin Chatziathanasiou ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern in Bonn und Rechtsreferendar am Landgericht ebendort; Dr. Emanuel V. Towfigh ist wissenschaftlicher Referent am selbigen Max-Planck-Institut. Die Autoren möchten Herrn Prof. Dr. Janbernd Oebbecke und Frau Dr. Katharina Towfigh für hilfreiche Kommentare danken.

Mit Hinblick auf Punkt I.7 der Empfehlungen zur »guten wissenschaftlichen Praxis im Öffentlichen Recht« (Brosius-Gersdorf et al., 2012), demzufolge bei gemeinsamer Veröffentlichung mehrerer Autoren soweit möglich ausgewiesen werden soll, welche Leistung die jeweilige Autorschaft begründet, erklären die Autoren: Die Fragestellung für diesen Beitrag und der interessenorientierte Lösungsansatz stammen von Emanuel Towfigh; Konstantin Chatziathanasiou hat die einschlägige rechtswissenschaftliche Literatur aufgearbeitet. Die Ausgestaltung der Lösung im Einzelnen und die Niederschrift des Textes ist in enger Zusammenarbeit erfolgt, so dass beide Autoren vollumfänglich für den gesamten Text stehen

Immer wieder scheitern große Bau- und Infrastrukturvorhaben an einer unerwartet verschlechterten oder bei Projektierung falsch eingeschätzten Wirtschaftskraft privater Investoren, die sich ihrerseits in solchen Fällen verkalkuliert oder verhothen haben. Das war zuletzt beispielsweise am *Nürburgring* oder beim *World Conference Center Bonn (WCCB)* zu beobachten: Bei beiden Projekten misslang die geplante private Finanzierung. Ein solches Scheitern stellt die öffentliche Hand vor die Wahl zwischen Pest und Cholera: Da die Projekte in aller Regel nicht (angemessen) besichert sind, muss die weitere Realisierung des Vorhabens entweder aus Haushaltsmitteln finanziert oder aufgegeben werden. Das Aufgeben der Realisierung ist dabei immer auch mit Kosten verbunden, etwa weil die öffentliche Hand im Zusammenhang mit dem Vorhaben eigene, dann wertlose Leistungen erbracht hat, oder weil das Vorhaben einem öffentlichen Zweck dienen sollte, dessen Erreichung dann wieder in weite Ferne rückt. Nicht zuletzt fallen Opportunitäts- und – nach Beginn der Durchführung des Vorhabens – Abbruchkosten an. Aus Sicht der Handelnden entsteht dabei immer auch ein erheblicher politischer Flurschaden, der oft dazu führt, dass zur Rettung des Projekts unverhältnismäßig hohe Risiken eingegangen und das Eingeständnis des Scheiterns verschlept wird.

Vor diesem Hintergrund gewinnt die Vereinbarung von Sicherheitsleistungen in städtebaulichen Verträgen zunehmend an praktischer Bedeutung.<sup>1</sup> Dabei sind grundlegende Fragen bis heute ungeklärt, etwa wann und in welcher Höhe eine Sicherheit zu stellen rechtlich geboten ist. Ferner schwebt über der Wirksamkeit einer Sicherungsabrede das Damoklesschwert ihrer Angemessenheit gemäß § 11 Absatz 2 Satz 1 BauGB; wobei es noch keine gefestigte Dogmatik zu der Frage gibt, wann eine Sicherungsabrede in diesem Sinne als angemessen anzusehen ist. Da es sich hierbei um einen deutungs offenen Rechtsbegriff<sup>2</sup> handelt, besteht für die Betroffenen Rechtsunsicherheit. Das betrifft nicht nur Großprojekte, sondern auch kleinere und mittlere städtebauliche Vorhaben. Insgesamt ist die Frage, ob und in welchem Umfang im Rahmen städtebaulicher Verträge Sicherheit für Verwirklichungsrisiken zu leisten ist, weder in der Praxis noch durch die Rechtswissenschaft hinreichend beantwortet. Sie bedarf daher einer theoretisch tragfähigen Konkretisierung, zu der wir mit diesem Text beitragen möchten. Im Folgenden schlagen wir zur Systembildung einen Ansatz vor, der sich an den Interessen der Beteiligten orientiert und so für die verschiedenen gängigen Vertragstypen zu jeweils sachgerechten Lösungen kommt.

## I. Interessenlage

Wenn sich eine Gemeinde und ein bauwilliger – großer oder kleiner – Investor gegenüberstehen, verfolgen diese unterschiedliche Interessen, die vertraglich zum Ausgleich gebracht werden sollen. Je nachdem, in welcher (vor allem wirtschaftlichen) Situation sich Gemeinde oder Investor befinden und welche Bedeutung das Bauvorhaben für die jeweilige Seite hat, haben sie bei der Ausgestaltung der Verträge unterschiedliche Verhandlungsmacht. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass sie Dritte, die von der Planung betroffen sind, benachteiligen. Deren Interessen sind folglich ebenfalls in die Abwägung mit einzubeziehen.

Das Zivilrecht vertraut im Grundsatz darauf, dass niemand einen Vertrag eingeht, von dem er sich nicht per Saldo einen

Vorteil verspricht, räumt den Handelnden als Ausfluss ihrer Privatautonomie daher größtmögliche Vertragsfreiheit ein.<sup>3</sup> Nur ausnahmsweise, wo das Machtgefälle allzu verführerisch einer Vertragspartei ermöglicht, der anderen unvorteilhafte Bedingungen zu diktieren, baut das Recht dafür Hürden, etwa durch die AGB-Kontrolle oder im Wohnraummietrecht. Die Situation im öffentlichen Vertragsrecht und vor allem beim städtebaulichen Vertrag ist aber eine andere: Hier wird die öffentliche Hand gesetzesdirigiert vertragsgestaltend tätig (dazu näher unter III.), das heißt in Wahrnehmung von Kompetenzen und nicht privatautonom. Der Handlungsspielraum bei solchen Verträgen ist also enger: Die Gemeinde darf sich einerseits nicht auf Kosten des einzelnen Vertragspartners einen unangemessenen Vorteil verschaffen, aber auch nicht auf Kosten der öffentlichen Hand einem Privaten einen unangemessenen Vorteil einräumen<sup>4</sup>. Schließlich muss sie ggf. die schutzwürdigen Interessen Dritter achten. Anders als ein bürgerlich-rechtlicher Vertrag darf ein öffentlich-rechtlicher Vertrag demnach keine Situationen zum Gegenstand haben, die als Nullsummenspiel zu klassifizieren wären: Es darf nicht sein, dass der einen Partei nur das gegeben, was der anderen Partei genommen wird;<sup>5</sup> öffentlich-rechtliche Verträge sind jedenfalls im Grundsatz keine Umverteilungswerkzeuge. Nur wenn durch das Vertragsverhältnis für beide Parteien ein zusätzlicher Nutzen geschaffen, und also der »Kuchen vergrößert« wird, ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zulässig. Es darf nicht von vorneherein sicher sein, dass nur eine Partei von dem Vertrag profitieren kann, die andere jedoch nicht. Grundsätzlich muss durch den Abschluss des Vertrags sowohl die Gemeinde für die Deckung eines von ihr identifizierten Bedarfs sorgen können, als auch der private Vorhabenträger Aussicht auf einen wirtschaftlichen Vorteil haben dürfen. Das BauGB gießt diese Grenzen für den städtebaulichen Vertrag in die Formel der Angemessenheit (§ 11 Absatz 2 Satz 1).

Freilich ist oftmals nur schwer zu bestimmen, ob ein Vorhaben den Kuchen letztendlich zu vergrößern vermag. Zum einen kann es Unsicherheit bezüglich des Projektes geben, so dass nur eine Chance besteht, den Kuchen zu vergrößern. Ob ein neues Einkaufszentrum in Kamen tatsächlich dazu führen wird, dass weniger Käufer nach Dortmund fahren und damit die Steuereinnahmen in der Kommune steigen, hängt von vielen schwer vorhersehbaren Faktoren ab. Hier wird es vor allem darauf ankommen, die Last des Risikos angemessen zu verteilen. Zum anderen können aber auch die handelnden Akteure Anreize haben, die zu Fehlbewertungen des Vorhabens führen. Um die theoretisch ohne Schwierigkeiten zu beschreibenden Grenzen der Vertragsgestaltung auch praktisch handhabbar zu machen und den Begriff der Angemessenheit

1 Zur Bedeutung städtebaulicher Verträge allgemein etwa Krautzberger, UPR 2006, 1; Pietzcker, Probleme des städtebaulichen Vertrages, in: FS Hoppe, Erguth/Oebecke/Rengeling (Hrsg.) 2000, S. 439; Stürer/König, ZfBR 2000, 528; zur Bedeutung von Sicherheiten etwa Birk, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, Rdnr. 603.

2 Vgl. Towfigh, Der Staat 2009, 29 f.

3 Zur Vertragsfreiheit im Zivilrecht etwa Kötz, Vertragsrecht, 2009, Rdnr. 22 ff.

4 S. etwa Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 56, Rdnr. 54.

5 Das gilt jedenfalls bei Berücksichtigung der Transaktionskosten. Zu Transaktionskosten einführend Nicklisch/Towfigh, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 56; zu Nullsummenspielen Magen, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 88.

in Bezug auf die Vereinbarung von Sicherheitsleistungen zu konkretisieren, gilt es in einem ersten Schritt (dazu sogleich) die Interessen zu untersuchen, die bei den jeweiligen Akteuren eine Rolle spielen können.<sup>6</sup> Teilweise schützt das Recht diese Interessen, teilweise will es ihren Einfluss ausschließen. Diese Analyse bietet dann ausgehend von den zur Verfügung stehenden Sicherungsmitteln (dazu II.) die Grundlage für eine die Interessen berücksichtigende und ggf. beschränkende Typisierung der Angemessenheit von Sicherheitsleistungen beim städtebaulichen Vertrag (dazu III.). Abschließend und ergänzend werden die Mechanismen in den Blick genommen, die die Durchsetzung des Angemessenheitskriteriums gewährleisten (dazu IV.).

### 1. Gemeinde

Die Gemeinde ist bei der Erfüllung ihrer Aufgaben im Interesse der örtlichen Gemeinschaft zu wirtschaftlichem Handeln verpflichtet.<sup>7</sup> Sie möchte durch den Einsatz privater Investoren in erster Linie ihren Haushalt entlasten<sup>8</sup> bzw. Vorhaben umsetzen, die sie aus wirtschaftlichen oder rechtlichen<sup>9</sup> Gründen oder mangels ausreichender eigener Expertise selbst nicht verwirklichen kann. Sie wird auch dem Fall vorbeugen wollen, dass der Investor die vertraglich vereinbarte Leistung nicht zeitgerecht oder (etwa wegen einer Insolvenz) gar nicht erbringt. Dadurch, dass sie die Planungshoheit innehat, ist ihre Position gegenüber dem Investor, der auf das Recht zu bauen angewiesen ist, typischer Weise stark;<sup>10</sup> sie kann versucht sein, daraus Kapital zu schlagen. Andererseits kann es sein, dass die Gemeinde einem besonders finanzstarken Investor gegenübersteht,<sup>11</sup> der mit einem für die Kommune besonders attraktiven Projekt wirbt und nicht auf eine Ansiedlung in einem bestimmten Gebiet angewiesen ist. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Gemeinwohlbindung der Gemeinde<sup>12</sup> nicht nur das Gesamtinteresse der aktuellen örtlichen Gemeinschaft betrifft, sondern darüber hinaus ggf. auch besonders schutzwürdige Interessen von Minderheitsgruppen oder überörtliche bzw. nachbarschaftliche Interessen und die Nachhaltigkeit mit Blick auf künftige Generationen umfasst.

Als konkret handelnde Akteure sind außerdem Gemeinderat und Bürgermeister ihren Wählern und oft Parteien oder Wählergemeinschaften verpflichtet. Sie möchten ihre Wiederwahl sichern und ihre Reputation stärken. Die städtebauliche Planung kann als Vehikel dafür genutzt werden. Ein kurzfristiger Nutzen für den handelnden Akteur kann mit einem langfristigen zu zahlenden Preis erkaufte werden.<sup>13</sup> Die hier lauernden Gefahren sind besonders groß, weil die handelnden Akteure selbst die Folgen ihrer Entscheidungen allenfalls zu einem marginalen Teil mittragen, die Kosten also externalisieren können: Das Hauptrisiko trägt der Steuerzahler. Die Ökonomie beschreibt derlei Verhalten in einem reichhaltigen Literaturstrang als »moral hazard« und als »principal-agent«-Problem.<sup>14</sup> Das Problem ist nicht nur für die Verwirklichung von Vorhaben vorstellbar, sondern auch bei deren Verhinderung.

### 2. Investor

Die Interessen des Investors sind das Spiegelbild der geschilderten Interessen der Gemeinde. Er handelt im eigenen wirtschaftlichen Interesse, wird ein Projekt regelmäßig also nur verwirklichen, wenn es sich für ihn rechnet, d.h. wenn der erwartete Nutzen die erwarteten Kosten übersteigt. Die Leistung von Sicherheiten für ein Vorhaben ist in erster Linie ein

zusätzlicher Kostenfaktor, der seinen Profit schmälert, sofern die Weitergabe der Kosten nicht möglich oder nicht gesichert ist. Diese Kosten erhöhen sein mit dem Vorhaben verbundenes Risiko. Dabei steht er der Gemeinde gegenüber, die allein die Möglichkeit hat, das notwendige Baurecht zu schaffen.<sup>15</sup> Möglicherweise tut sie dies nur zu den von ihr bestimmten Konditionen. Zwar handelt es sich um eine »typische«-do-ut-des-Situation« (Pietzcker), doch erfolgt die Planung trotzdem, jedenfalls bei normativer Betrachtung, ausschließlich aus den Gründen in § 1 BauGB<sup>16</sup>: Ein Anspruch auf Planung kann zu Gunsten des Investors nicht begründet werden (§ 1 Absatz 3 Satz 2 Halbsatz 2 BauGB).

Allerdings handelt der Investor in Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheiten. Sein Handeln darf also selbst angesichts eines fehlenden subjektiven Anspruchs auf Schaffung des Baurechts nicht durch sachfremde Erwägungen beschränkt werden. So darf die Gemeinde beispielsweise nicht zum Schutz bereits ortsansässiger Unternehmen vor weiterem Wettbewerb versuchen, etwa durch ungünstige Vertragsgestaltung und überzogene Sicherheitsforderungen das Risiko des potenziellen Investors so zu erhöhen, dass das Vorhaben unwirtschaftlich wird.

Wenn es sich dagegen um einen »starken« Investor handelt, etwa weil es ihm nicht auf einen bestimmten Standort ankommt, so wird er regelmäßig in der Gemeinde investieren, die ihn mit besonders günstigen Bedingungen locken kann. Eine Sicherungspflicht kann damit auch der Situation vorbeugen, dass der Wettbewerb zwischen den Gemeinden um die Ansiedlung von Investoren zu einem Wettbewerb um das niedrigste Schutzniveau zu Lasten der Gemeinde oder Dritter wird (»race to the bottom«). Auf die Interessen von Dritten wird ein Investor nur insoweit Rücksicht nehmen, als sich dies wirtschaftlich für ihn auswirkt. Dabei hat der Investor gegenüber der Gemeinde einen Informationsvorsprung dahingehend, dass er seine Kostenstruktur und die erwartete Profi-

6 S. hierzu auch Schmidt-Aßmann/Krebs, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Aufl. 1992, S. 113 ff; zur Einschätzung von Verhandlungsposition Th. Burmeister, Praxishandbuch Städtebauliche Verträge, 2. Aufl. 2005, Rdnr. 285 ff.

7 § 6 HGrG und exemplarisch Art. 61 Abs. 2 Satz 1 GO Bay, § 77 Abs. 2 GO BW, § 75 Abs. 1 Satz 2 GO NRW, § 93 Abs. 3 GO Rh-Pf; aus der Rechtsprechung etwa OVG Koblenz, Urteil vom 17.06.2004, Az. 12 C 10660/04.OVG, BeckRS 2004, 23473; OVG Münster, Urteil vom 23.01.2001, Az. 3 A 2373/93, NVwZ-RR 2002, 717.

8 Grziwotz, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, 2002, Rdnr. 322.

9 Etwa bei Beschränkungen für die erwerbswirtschaftliche Betätigung von Kommunen (vgl. etwa § 108 GO NRW).

10 Grziwotz, Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009, A XI. Rdnr. 6.

11 Diesen Aspekt betont Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Hrsg.), Baugesetzbuch, 11. Aufl. 2009, § 11 BauGB, Rdnr. 3. S. auch von Heyl, in: Erenkämper/Zimmermann (Hrsg.), Rechtshandbuch für die kommunale Praxis, 2009, § 1 Rdnr. 305; Stürer/König, ZfBR 2000, 528 (532).

12 Grziwotz, NJW 1995, 1927 (1927); Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), BauGB, § 11 Rdnr. 20 (Loseblatt, Stand: 103. Ergänzungslieferung).

13 Allgemein zu diesem Problem und einführend zur *Public Choice Theorie* Towfigh/Petersen in Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 133 ff. und Towfigh, Demokratische Repräsentation im Parteienstaat, in: Schröder/v. Ungern-Sternberg (Hrsg.), Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre, 2011, S. 211–234.

14 Hierzu einführend Nicklisch/Petersen, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 117 ff.

15 Zur Schwäche des Investors auch Brohm, JZ 2000, 321.

16 Pietzcker (Fußn. 1), S. 452; zum Problem des »Ausverkaufs von Hoheitsrechten« etwa Loomann, NJW 1996, 1439.

tabilität des Vorhabens kennt und weiß, welche Investitionen sich für ihn rentieren.

### 3. Dritte

Auch Dritte sind von den Vereinbarungen zwischen der Gemeinde und dem Investor betroffen.<sup>17</sup> Als Gemeindebürger kommen sie mit ihren Steuern für den Haushalt der Gemeinde auf. Weiterhin sind Dritte als Nutzer des zu verwirklichenden Bauprojekts betroffen. Der Investor wird die ihm entstandenen Kosten – zulässiger Weise<sup>18</sup> – auf die entsprechenden Endabnehmer abwälzen: Sei es, dass es sich dabei um Grundstückskäufer oder um Kunden eines Einkaufszentrums handelt. Dritte können ferner in bestimmten Konstellationen im Fall des Ausfalles eines Investors mit zusätzlichen Kosten belastet werden, etwa wenn sie wider Erwarten doch für die Erschließung beitragspflichtig werden. Dritte als Nachbarn können ein Interesse haben, ein Vorhaben insgesamt zu verhindern. Für die Dritten besteht weiterhin das Problem, dass sie sich den Investor regelmäßig nicht ausgesucht haben, sondern von der Auswahl der Gemeinde abhängig sind.

Schließlich können Dritte aber auch in einem allgemeineren Sinne betroffen sein. Wenn Gemeinde und Investor kolludieren, können sie möglicherweise Nachteile externalisieren, das heißt auf Dritte abwälzen, sofern diese nicht durch das baurechtliche Rücksichtnahmegebot einen gewissen Schutz erfahren. Besonders anfällig dafür sind Betroffene, die in der Gemeinde keine Stimme haben, also etwa Bürger, die außerhalb der Gemeinde wohnen, oder zukünftige Bürger (Problem der potenziellen Zeitinkonsistenz demokratischer Entscheidungen). Als Beispiel wäre hier der Bau eines Einkaufszentrums zu nennen, das durch das Gebiet einer anderen Gemeinde am besten zu erreichen ist und daher dort zu einem erhöhten Verkehrsaufkommen führt.

## II. Sicherungsmittel

Für die Sicherung der öffentlichen Interessen in städtebaulichen Verträgen kommt eine Reihe von Sicherungsmitteln in Betracht. Doch gibt es bei den verschiedenen Möglichkeiten der Sicherung erhebliche Unterschiede. Insbesondere sichern sie die Gemeinde nicht im selben Umfang ab. In diesem Abschnitt soll ein Überblick über die wesentlichen Sicherungsmittel gegeben werden. Die verschiedenen Sicherungsmittel sind freilich nicht nur alternativ einsetzbar, sondern können entsprechend den konkreten Bedürfnissen kombiniert werden (was in der Praxis auch den Regelfall darstellt).

Die *Vertragserfüllungsbürgschaft*<sup>19</sup> ist in der städtebaulichen Praxis am weitesten verbreitet. Sie stellt ein bewährtes<sup>20</sup> Sicherungsmittel dar.<sup>21</sup> Da die Bereitstellung für den Investor mit Kosten verbunden ist, schafft sie einen Anreiz zur zügigen Fertigstellung des Bauvorhabens.<sup>22</sup> Aber wichtiger noch sichert sie die Gemeinde vor einem Totalausfall des Investors ab.<sup>23</sup> Der Regelfall ist dabei die unbefristete selbstschuldnerische Bürgschaft eines Dritten, meist einer Bank.<sup>24</sup>

Für die Fälle, in denen die Gemeinde Eigentümerin der Grundstücke ist, die zur Realisierung eines bestimmten Vorhabens an den Investor veräußert werden, kommt auch die Vereinbarung eines *Wiederkaufrechtes* in Betracht.<sup>25</sup> War ein bestimmter Nutzungszweck vereinbart und wurde die vereinbarte Nutzung nach Ablauf einer bestimmten Frist nicht realisiert, erhält in einer derartigen Konstellation die Gemeinde

automatisch das Recht zum Rückkauf. Allerdings schützt dieses Sicherungsmittel nicht vor allen mit dem Ausfall eines Investors verbunden Risiken, sondern nur vor dem Verlust des Eigentums an den Grundstücken, ohne die Erlangung des erwarteten Gegenwertes. Die Gemeinde muss aber möglicherweise zur Vermeidung einer Bauruine selbst zum Abriss<sup>26</sup> oder zur Realisierung schreiten und dafür ihren Haushalt belasten. Gerade das wollte sie durch die Einbindung des Investors vermeiden.

Für bestimmte Pflichten des Investors können *dingliche Sicherheiten* vereinbart werden<sup>27</sup>: So kann durch die Vereinbarung eines *Erbbaurechts* gesichert werden, dass ein Grundstück von einem Investor, der nicht Eigentümer wird, zu einem bestimmten Zweck genutzt wird, etwa zur Schaffung von Wohnraum für sozial Schwache.<sup>28</sup> Auch durch die Eintragung einer *Dienstbarkeit* können bestimmte Zwecke und auch Nutzungsrechte zugunsten der Gemeinde gesichert werden.<sup>29</sup> Die Durchführung einer bestimmten aktiven Handlung, etwa einer Baumaßnahme, kann dabei jedoch nicht Hauptpflicht einer Dienstbarkeit sein.<sup>30</sup> Auch die Vereinbarung eines *Nießbrauchs* ist nicht geeignet, die Durchführung einer bestimmten Maßnahme zu sichern, da der Nießbrauchberechtigte die Sache nicht verändern darf (§ 1037 Abs. 1 BGB). Zur Sicherung von Zahlungspflichten kommt noch die Eintragung von *Grundpfandrechten* in Betracht.<sup>31</sup> Jedoch ist vor den Risiken, die mit der Entstehung einer Bauruine verbunden sind, durch dingliche Sicherheiten kein solch umfassender Schutz wie durch die Vereinbarung einer Vertragserfüllungsbürgschaft zu erlangen.

Ein weiteres Sicherungsmittel ist die Vereinbarung von *Rücktrittsrechten* für die Fälle nicht ordnungsgemäßer Erfüllung. Daneben lassen sich *Selbstvornahmeregeln* vereinbaren für den Fall, dass die Durchführung einer Maßnahme ins Stocken gerät; sie kollidieren aber mit verschiedenen der dargestellten öffentlichen Interessen und dürften daher nur ausnahmsweise adäquaten Schutz bieten.<sup>32</sup> Weiter besteht die Möglichkeit in städtebaulichen Verträgen *Vertragsstrafen* zu vereinbaren.<sup>33</sup> Sie können helfen, den Investor zu einer zügigen Ausführung anzuhalten. Allerdings decken auch sie nicht das Risiko eines Ausfalles des Investors ab, die Zahlung der Vertragsstrafe setzt eine ausreichende Liquidität des Investors voraus.

17 Schmidt-Aßmann/Krebs (Fußn. 6), S. 225 ff.

18 BVerwG, NVwZ 1985, 346, (348 f.); Pietzcker (Fußn. 1), S. 446 f.

19 Zu Vertragserfüllungsbürgschaften allgemein Otto, in Roquette/Otto (Hrsg.), Vertragsbuch Privates Baurecht, 2. Aufl. 2011, Rdnr. 240.

20 Von Heyl (Fußn. 11), § 1 Rdnr. 318.

21 Zu einem Treuhandverhältnis als Alternative Birk, Leistungsstörungen und Sicherung der Vertragserfüllung bei städtebaulichen Verträgen – Möglichkeiten der Vertragsgestaltung, in: Deutsche Notarrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Städtebauliche Verträge in der notariellen Praxis, 2006, 43 (65).

22 Th. Burmeister (Fußn. 6), Rdnr. 311; Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt, Städtebauliche Verträge, S. 232.

23 Birk (Fußn. 1), Rdnr. 604.

24 Th. Burmeister (Fußn. 6), Rdnr. 311.

25 Th. Burmeister (Fußn. 6), Rdnr. 313; Grziwotz (Fußn. 10), A XI. Rdnr. 19.

26 Vgl. § 179 BauGB.

27 Einen Überblick zu dinglichen Sicherheiten in öffentlich-rechtlichen Verträgen gibt Grziwotz (Fußn. 8), Rdnr. 115 ff.

28 Grziwotz (Fußn. 8), Rdnr. 138.

29 Beispiele bei Grziwotz (Fußn. 8), Rdnr. 126.

30 Grziwotz (Fußn. 8), Rdnr. 122.

31 Dazu Grziwotz (Fußn. 8), Rdnr. 140.

32 S. Grziwotz (Fußn. 8), Rdnr. 174.

33 Dazu Th. Burmeister (Fußn. 6), Rdnr. 310.

Es bleibt festzuhalten, dass von den wesentlichen Sicherungsmitteln nur die Vertragserfüllungsbürgschaft für die Gemeinde die Realisierung ihrer Planung (oder notfalls den Rückbau) vollständig absichert, indem sie ihr die Möglichkeit gibt, eine nicht vollendete bauliche Maßnahme selbst fertigzustellen bzw. fertigstellen zu lassen. Hierin liegt auch der Grund, weshalb sie in der Praxis weit verbreitet ist. Die folgende Darstellung wird sich daher auf dieses Sicherungsmittel konzentrieren.

### III. Angemessenheit der Vertragserfüllungsbürgschaft

Entscheidend für die Wirksamkeit der Vereinbarung einer Vertragserfüllungsbürgschaft ist, dass ihre Vereinbarung im Gesamtzusammenhang des Vertrages angemessen ist.

Bei städtebaulichen Verträgen handelt es sich in aller Regel um öffentlich-rechtliche Verträge.<sup>34</sup> Während der Investor frei ist, sich nach seinem Willen zu binden, besteht, wie bereits erwähnt, auf Seiten der Gemeinde keine Privatautonomie. Sie ist an die Grenzen des § 54 VwVfG gebunden, für sie gilt der Grundsatz der gesetzesdirigierten Vertragsgestaltung.<sup>35</sup> Damit die Gemeinde sich überhaupt vertraglich binden kann, bedarf es Vorschriften, die ihr die hierzu notwendigen Kompetenzen einräumen. Diese Vorschriften wiederum müssen so offen sein, dass eine Vertragsgestaltung auch tatsächlich möglich ist. Bei der Ausgestaltung spielen dann aber auch die rechtlichen Bindungen der Gemeinde eine Rolle. Die Gemeinde trifft somit ein diesen Bindungen und Zielvorgaben entsprechender Gestaltungsauftrag.<sup>36</sup>

Für städtebauliche Verträge gelten nicht nur die allgemeinen Vorgaben der §§ 54 ff. VwVfG, eine besondere Normierung findet sich in § 11 BauGB. Das hier besonders interessierende Kriterium der Angemessenheit ist in § 11 Absatz 2 Satz 1 BauGB verankert: Grundsätzlich müssen Leistung und Gegenleistung danach in einem ausgewogenen Verhältnis stehen.<sup>37</sup> Es handelt sich um einen nicht näher bestimmten Rechtsbegriff. In seiner begrifflichen Offenheit folgt § 11 Absatz 2 Satz 1 BauGB damit den übrigen Vorschriften zu städtebaulichen Verträgen.<sup>38</sup> Das Kriterium der Angemessenheit wird ergänzt vom sog. Kopplungsverbot in § 11 Absatz 2 Satz 2 BauGB, das eine Spezialvorschrift zum allgemeinen Kopplungsverbot in § 56 Absatz 1 Satz 2 VwVfG darstellt. Danach ist die Vereinbarung einer Leistung unzulässig, wenn der Vertragspartner ohnehin einen Anspruch darauf hat. Der vorliegende Beitrag soll sich auf das Kriterium der Angemessenheit konzentrieren.

Angesichts der oben dargelegten möglichen Unterschiede und Unsicherheiten in der Bewertung der Interessen und Kräfteverhältnisse bei Gemeinde und Investor muss das Angemessenheitskriterium so verstanden werden, dass es zwei Schutzrichtungen hat: Als Übermaßverbot<sup>39</sup> soll es den Investor davor schützen, dass die Gemeinde ihre Planungsmacht missbraucht und dem Investor eine übermäßige Leistung abnötigt.<sup>40</sup> Die Leistung des Investors soll vielmehr in einem ausgewogenen wirtschaftlichen Verhältnis zur Leistung der Gemeinde stehen. Für den Fall eines mächtigen Investors gebietet es aber auch, dass die Gemeinde nicht zu nachteiligen Bedingungen kontrahiert.<sup>41</sup> Dies ist Ausdruck der Gemeinwohlverpflichtung der Gemeinde und des Wirtschaftlich-

keitsgebotes. Diese Verpflichtung kann im Hinblick auf die Anwendung des Angemessenheitskriteriums als »Untermaßverbot«<sup>42</sup> verstanden werden.<sup>43</sup>

Diese Deutung weicht von dem bisher in der Literatur vertretenen Verständnis des Angemessenheitskriteriums ab, wonach die Angemessenheit als rein staatsgerichtetes Abwehrrecht zu behandeln ist.<sup>44</sup> So will etwa Hamann die Wahrung der gesetzlichen Bindungen der Gemeinde dogmatisch als »nächsten Schritt«, nicht aber als Gegenstand des § 11 Absatz 2 BauGB behandeln. Als deutungsöffener Rechtsbegriff bietet das Kriterium der Angemessenheit aber einen geeigneten und praktikablen Anknüpfungspunkt für die Einbeziehung von Gemeinwohlinteressen und gemeindlichen Schutzpflichten.<sup>45</sup> So räumt Hamann ein, dass es sinnvoll gewesen wäre, auf die rechtlichen Bindungen der Gemeinde in § 11 Absatz 2 BauGB ausdrücklich hinzuweisen.<sup>46</sup> Zwar fehlt ein solcher Hinweis, mit dem Begriff der Angemessenheit wurde jedoch ein Begriff gewählt, der deutungs offen ist und damit gerade Raum für eine systematisch sinnvolle Interpretation lässt, die den tatsächlichen »Machtverhältnissen« zwischen Gemeinde und Investor gerecht wird.<sup>47</sup> In der bauvertragsrechtlichen Angemessenheitsprüfung lassen sich – ähnlich dem aus der praktischen Konkordanz bekannten Mechanismus – handwerklich sauber alle geschilderten Interessen der beteiligten Akteure an einer dogmatisch bestimmten Stelle verhandeln und in Ausgleich bringen. Insbesondere ist diese Ausweitung für einen effektiven Schutz der Interessen der Gemeindebürger erforderlich, für die die gezeichnete Gefahrenlage besteht (siehe oben unter Abschnitt II.): Sei es, weil die Gemeinde einem wirtschaftlich überaus starkem Investor gegenübersteht, sei es, weil die Gemeindevertreter nach ihrem kurzfristigen politischen Nutzenkalkül handeln. Für eine Deutung des Angemessenheitskriteriums auch zum Schutz der Gemeinde vor Übervorteilung sprechen damit gewichtige Argumente.

Weiter ist zu beachten, dass mit der Kompetenz zum Vertragsschluss und dem Gestaltungsauftrag an die Gemeinde auch

34 So die hM, s. nur Bick, DVBl 2001, 154 (157); von Heyl (Fußn. 11), § 1 Rdnr. 287; Kemper, Finanzwirtschaft 2002, 13; differenzierend Stürer/König, ZfBR 2000, 528 (530 f.); zur umstrittenen Ausnahme des »Weilheimer Modells« BVerwGE 92, 56 und kritisch hierzu Brohm, JZ 2000, 321.

35 Schmidt-Aßmann, in: FS Gelzer, Lenz (Hrsg.), 1991, S. 117 (122); ders., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, Rdnr. 116.

36 Gurlit, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 32 Rdnr. 7.

37 Löhr (Fußn. 11), § 11 BauGB, Rdnr. 21.

38 Zur »innovativen Offenheit« in § 11 BauGB Brohm, JZ 2000, 321 (322); hingegen spricht Lorz, DÖV 2002, 177 (182 ff.) von »Regelungsdefiziten«.

39 BVerwG, Urteil vom 06.07.1973 – IV C 22/72, NJW 1973, 1895 (1898); Lahnor, Städtebauliche Verträge nach § 11 BauGB unter besonderer Berücksichtigung der Angemessenheit, 1998, S. 154 ff.

40 Zum Verbot des Machtmissbrauchs Hoffmann, in: BeckOK BauGB, Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), § 11 Rdnr. 48 (Stand 01.07.2011); Grziwotz (Fußn. 8), Rdnr. 327.

41 Vgl. Löhr (Fußn. 11), § 11 BauGB, Rdnr. 3.

42 Zum Untermaßverbot allgemein s. etwa Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 20 Rdnr. 126 ff. (Loseblatt, Stand: 64. Ergänzungslieferung).

43 AA etwa Hamann, Der Verwaltungsvertrag im Städtebaurecht, 2002, S. 152.

44 S. Hamann (Fußn. 43), S. 152.

45 Vgl. Löhr (Fußn. 11), § 11 BauGB, Rdnr. 3.

46 Hamann (Fußn. 43), S. 152.

47 Zur differenzierenden Berücksichtigung der »Machtverhältnisse« bei der Prüfung der Angemessenheit vgl. auch Stürer/König, ZfBR 2000, 528 (532).

eine Gestaltungsfreiheit einhergeht.<sup>48</sup> Die Gemeinde kann mit ihrem Vertragspartner also jede Gestaltung vereinbaren, durch die sie weder ihre Planungsmacht missbraucht noch übervorteilt wird. Folge eines Verstoßes gegen das Angemessenheitsgebot ist die Nichtigkeit des Vertrages gem. § 59 Absatz 2 Nr. 4 VwVfG (hierzu auch weiter unter IV).<sup>49</sup> Angesichts dieser strengen Folge, steht nicht zu erwarten, dass die Gerichte leichtfertig einen Verstoß gegen das Angemessenheitserfordernis annehmen; sie werden der Gemeinde vielmehr einen gewissen Spielraum zubilligen.<sup>50</sup> Nichtsdestotrotz besteht aufgrund der möglichen Nichtigkeit für beide Seiten ein sehr hohes Bedürfnis zur kautelarjuristischen Absicherung.<sup>51</sup>

Im Folgenden wird unter Berücksichtigung der beschriebenen Interessen der Beteiligten und den damit verbundenen Risiken bestimmt, wann die Vereinbarung einer Erfüllungsbürgschaft in einem städtebaulichen Vertrag dem Angemessenheitskriterium – nach dem eben dargelegten Verständnis – genügt. Einen generell gültigen Maßstab gibt es für die Bestimmung der Angemessenheit nicht.<sup>52</sup> Dafür sind die möglichen Interessenlagen und Kräfteverhältnisse zu unterschiedlich. Für eine sachgerechte Bestimmung kann aber jedenfalls nach den städtebaulichen Vertragstypen und den damit verbundenen spezifischen Risiken differenziert werden.<sup>53</sup> Wir beschränken uns auf die drei in der Praxis bedeutsamsten Vertragstypen: den Erschließungsvertrag nach § 124 BauGB, den Planverwirklichungsvertrag nach § 11 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB und den Durchführungsvertrag nach § 12 BauGB.

### 1. Erschließungsvertrag (§ 124 BauGB)

Gemäß § 124 BauGB ist die Gemeinde ermächtigt, durch Abschluss eines Erschließungsvertrages einen Privaten, der nicht Eigentümer des Grundstücks sein muss,<sup>54</sup> mit der Durchführung der Pflichtaufgabe der Erschließung (§ 123 Absatz 1 BauGB) zu betrauen.<sup>55</sup> Damit schafft sie die Voraussetzungen für das Baurecht, denn die Erteilung einer Baugenehmigung erfordert, dass die Erschließung gesichert ist (§ 30 Absatz 1 und 2 BauGB). Hat ein Investor die Erschließung übernommen, gilt diese als gesichert<sup>56</sup> und die Gemeinde kann eine Baugenehmigung erteilen.

#### a) Risiken

Da die Aufgabe der Erschließung bei der Gemeinde verbleibt, ist die Gemeinde weiter für die Erschließung verantwortlich.<sup>57</sup> Fällt der Investor aus, verstößt die Gemeinde gegen die bei der Erteilung der Baugenehmigung implizit erteilte Zusage der gesicherten Erschließung.<sup>58</sup> Sie ist dann verpflichtet, eine begonnene Erschließung selbst abzuschließen,<sup>59</sup> da andernfalls Amtshaftungsansprüche in Betracht kommen.

Kein für die Gemeinde relevantes Risiko liegt in dem folgenden Fall doppelter Belastung der Grundstückseigentümer vor:<sup>60</sup> Die Grundstückseigentümer können aufgrund vertraglicher Vereinbarung mit einem Privaten einen Preis dafür gezahlt haben, dass dieser einen Erschließungsvertrag mit der Gemeinde schließt und an ihrer statt die Erschließung durchführt. Wird dieser von den Grundstückseigentümern ausgewählte Dritte aber leistungsunfähig, so muss die Gemeinde die Erschließung fortsetzen. Die Grundstückseigentümer werden dann beitragspflichtig, sofern die Gemeinde im Erschließungsvertrag keine Sicherung vereinbart hat. In diesem Fall haben sich die Grundstückseigentümer aber freiwillig auf den Erschließungsträger eingelassen. Damit besteht kein von

der Gemeinde geschaffenes Risiko, für das sie einzustehen hätte.

#### b) Angemessene Sicherung

Für den Erschließungsvertrag ist das Angemessenheitsgebot noch einmal besonders normiert in § 124 Absatz 3 Satz 1 BauGB. Der Einsatz einer Vertragserfüllungsbürgschaft zur Sicherung der Erschließung ist jedenfalls zulässig.<sup>61</sup> Um den dargestellten Risiken gerecht zu werden, ist sie grundsätzlich auch notwendig<sup>62</sup>, da nur sie Schutz vor dem Totalausfall eines Erschließungsträgers bietet.

Bei der Anwendung des Angemessenheitskriteriums auf die Vertragserfüllungsbürgschaft im Falle des Erschließungsvertrages, gilt es nun, die beiden Schutzrichtungen – Übermaß und Untermaß – zu beachten (siehe dazu schon oben).

Das bedeutet, dass einerseits grundsätzlich das Verbot der Übersicherung gilt.<sup>63</sup> Die Obergrenze wird für die Fälle, in denen die Erschließung eines Grundstücks von dessen Eigentümer geleistet wird, durch die Rechtsprechung des BGH gezogen: So darf der Eigentümer, der mit der Gemeinde einen Erschließungsvertrag abschließt, durch diesen Abschluss nicht stärker belastet werden, als dies bei der Erhebung von Erschließungsbeiträgen der Fall gewesen wäre.<sup>64</sup> Dies bedeutet praktisch, dass die Kosten der Erschließung, die der Eigentümer leistet, zusammen mit den Kosten der Sicherheitsleistung nicht den Betrag übersteigen dürfen, der als Beitrag an die Gemeinde zu zahlen wäre, wenn diese das Baugrundstück selbst erschlossen hätte.

Andererseits muss die Gemeinde aber die Sicherheit verlangen, die es ihr ermöglicht, die auf den Erschließungsträger übertragenen Erschließungsleistungen selbst durchführen zu können, ohne die Eigentümer oder (etwa über Amtshaftungsansprüche) den Haushalt zu belasten.<sup>65</sup> Im Lichte der Ge-

48 Allgemein zum administrativen Entscheidungsspielraum Jestaedt, in Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 11 Rdnr. 27 ff.

49 Th. Burmeister (Fußn. 6), Rdnr. 61.

50 Hien, in: FS Schlichter, Berkemann/Gaentzsch/Halama/Heeren/Hien/Lemmel (Hrsg.), 1995, S. 129 (137); so auch Grziwotz (Fußn. 8), Rdnr. 327.

51 Zu diesem Bedürfnis auch Kemper, Finanzwirtschaft 2002, 13 (18).

52 OVG Lüneburg, BauR 2006, 1703 (1706); Grziwotz (Fußn. 10), A XI, Rdnr. 8.

53 Zu den verschiedenen Typen im Überblick Krebs, in Schmidt-Aßmann/Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, 4. Kapitel, Rdnr. 174 ff.; Stüer/König, ZfBR 2000, 528 (528 ff.).

54 BVerwG, Urteil vom 01.12.2010 – 9 C 8/09, BeckRS 2011, 49048 Rdnr. 32.

55 Auf eine Gesellschaft, die durch die Gemeinde ganz oder mehrheitlich beherrscht wird, kann die Erschließung dabei aber nicht übertragen werden, siehe BVerwG, Urteil vom 01.12.2010 – 9 C 8/09, BeckRS 2011, 49048; aA etwa Grziwotz, Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 124 Rdnr. 94 (Loseblatt, Stand: 100. Ergänzungslieferung); Löhr (Fußn. 11), § 124 BauGB, Rdnr. 1.

56 Dazu Kraft-Zörcher, Sicherung der Erschließung durch den Bauherren, LKV 2002, 409.

57 Krautzberger (Fußn. 12), § 11 Rdnr. 54.

58 Zu diesem Haftungsrisiko Birk, (Fußn. 21), S. 64.

59 S. etwa Th. Burmeister (Fußn. 6), Rdnr. 172, Rdnr. 205.

60 Th. Burmeister (Fußn. 6), Rn 205.

61 S. auch OVG Münster (12.7.88) 3 A 1207/85 Rdnr. 14 ff.

62 Vgl. auch Th. Burmeister (Fußn. 6), Rdnr. 311; Grziwotz (Fußn. 55), § 124 Rdnr. 54.

63 Exemplarisch zum für die Gemeinde geltenden Bereicherungsverbot Grziwotz (Fußn. 10), A XI, Rdnr. 9.

64 BGH, Urteil vom 05.05.1983 – III ZR 177/81 = BeckRS 1983, 31071607.

65 Birk (Fußn. 1), Rdnr. 605; Grziwotz, NJW 1997, 237; ders. (Fußn. 55), § 124 Rdnr. 56.

meinwohlverpflichtung der Gemeinde ist das Angemessenheitskriterium hier weiter so auszulegen, dass die Gemeinde verpflichtet ist, die Erschließung zu sichern, ohne Dritte zusätzlich zu belasten. So darf die Gemeinde einen Investor, der sich zur Übernahme von Erschließungskosten verpflichtet hat, auch nicht zu Lasten der (zukünftigen) Beitragspflichtigen aus seiner Verpflichtung entlassen.<sup>66</sup>

Nach alledem muss aus Rechtsgründen eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe der voraussichtlich für die Durchführung der Erschließung entstehenden Kosten verlangt werden.

Soweit die Erschließung durchgeführt ist, muss auch die Sicherung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit freigegeben werden. Allerdings besteht das Risiko, dass Mängel auftreten, weiter. Bei einem Ausfallen des Erschließungsträgers wäre die Gemeinde wiederum zur Beseitigung der Mängel verpflichtet. Dies gebietet, dass sie sich für die Zeit nach Abnahme mit einer Mängelgewährleistungsbürgschaft<sup>67</sup> absichert.

## 2. Planverwirklichungsvertrag (§ 11 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB)

§ 11 Absatz 1 Satz 2 BauGB zählt beispielhaft mögliche Regelungsinhalte eines städtebaulichen Vertrages auf.<sup>68</sup> Hier soll der sog. Planverwirklichungsvertrag<sup>69</sup> gemäß § 11 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB in den Blick genommen werden. Dabei handelt es sich um den städtebaulichen Vertrag in seiner allgemeinsten Form. Er dient der Flankierung von Regelbauungsplänen. Der Investor übernimmt Verpflichtungen, die ihm die Gemeinde nicht hoheitlich auferlegen kann.<sup>70</sup> Durch den Vertrag soll der von der Gemeinde gewünschte Planungserfolg gesichert werden.<sup>71</sup> Dies gilt insbesondere für Fälle, in denen schon das Planungsverfahren auf Initiative eines privaten Investors erfolgt ist.<sup>72</sup>

### a) Risiken

Das mit dem Planverwirklichungsvertrag verbundene Risiko besteht darin, dass der Investor das Planungsinteresse der Gemeinde nicht verwirklicht. Im Gegensatz zum Erschließungsvertrag ist der Investor beim Bau grundsätzlich nicht mit der Durchführung einer gemeindlichen Aufgabe betraut: Verwirklicht er das Planungsinteresse der Gemeinde nicht, muss die Gemeinde nicht für die Verwirklichung eintreten. Das reine Planungsinteresse ist damit grundsätzlich nicht schutzwürdig. Dies ist bei der Bestimmung der Sicherungsgrenzen besonders zu beachten.

Wird ein Investor leistungsunfähig, kann ein Bauprojekt allerdings bspw. im Rohbau stecken bleiben. Die Suche nach einem neuen Investor, der für den ausgefallenen einspringt, wird insbesondere in Fällen individualisierter Planung nicht aussichtsreich sein. Die Gemeinde muss den unfertigen Bau möglicherweise aus bauordnungsrechtlichen Gründen beseitigen. Es besteht dann das Risiko, dass die Kosten hierfür nicht beizutreiben sind.<sup>73</sup>

### b) Angemessene Sicherung

Bei der Bestimmung der Angemessenheit einer Sicherheitsleistung sind wiederum Grenzen zu berücksichtigen, die sich wie oben entwickelt aus Über- und Untermaßverbot ergeben.

Wird der Investor in Durchführung eines Vorhabens tätig, an dem die Gemeinde lediglich ein einfaches Planungsinteresse hat, steht der Gemeinde die Bereitstellung einer Vertragser-

füllungsbürgschaft zur Fertigstellung wegen des Übermaßverbots nicht zu, da die Planverwirklichung wie gezeigt nicht schutzwürdig ist.<sup>74</sup>

Eine Sicherung kann die Gemeinde erst dann verlangen, wenn ein öffentliches Interesse betroffen ist, das über die bloße Nicht-Verwirklichung eines städtebaulichen Zieles hinausgeht. Es müssen konkrete gemeindliche Aufgaben betroffen sein. Ist Gegenstand eines Planverwirklichungsvertrages also bloß das Tätigwerden des Investors zur Verwirklichung eines allein in seinem Interesse liegenden Projekts, so besteht seitens der Gemeinde kein Schutzbedürfnis. Je stärker die Gemeinde mit der Planverwirklichung die Erfüllung eigener Aufgaben (etwa im Bereich des sozialen Wohnungsbaus) verfolgt, desto näher liegt es, dass ein sicherungsfähiges Interesse besteht. So kann die Durchführung der nach § 1a Absatz 3 BauGB erforderlichen Ausgleichsmaßnahmen, die gemäß § 11 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB auf den Investor übertragen werden kann, vorbehaltlos gesichert werden. Das Gleiche gilt für die Sicherung der Übernahme von Folgekosten und -lasten nach § 11 Absatz 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB.<sup>75</sup> Auch im Falle der Schaffung des Wohnraumes für sozial Schwache ist ein schutzwürdiges gemeindliches Interesse betroffen, so dass das Verlangen nach einer Sicherung angemessen ist.<sup>76</sup>

Darüber hinaus kann sich eine Sicherungspflicht aus dem Untermaßverbot ergeben. Das betrifft etwa Fälle, in denen das Risiko besteht, dass das Vorhaben nach Baubeginn nicht fertig gestellt wird (etwa wegen Insolvenz des Vorhabenträgers und mangels »Ersatz-Investors«). Vom Bestehen dieses Risikos ist bei Vorliegen einer individualisierten Planung grundsätzlich auszugehen. In diesen Fällen müsste die Gemeinde eine etwaige Bauruine aus bauordnungsrechtlichen Gründen aufwendig beseitigen lassen (vgl. § 179 BauGB), während die Kosten der Beseitigung nicht beizutreiben wären.<sup>77</sup> Die Gemeinde muss daher schon aufgrund des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes dafür Sorge tragen, dass sie gegen diese Risiken abgesichert ist.<sup>78</sup> Es genügt hier nicht, sich aufgrund einer ständigen Geschäftsbeziehung auf die Zuverlässigkeit eines Investors zu verlassen.<sup>79</sup> Auch bei einem erheblichen finanziellen Eigeninteresse des Investors kann die Sicherung unverzichtbar sein.<sup>80</sup> Denn für die Gemeinde bleibt das Risiko bestehen, dass der Investor ausfällt und sie mit weiteren Kosten konfrontiert wird. Da die Sicherung nur angemessen ist, soweit für die Gemeinde ein Risiko besteht, kann die Sicherheit erst mit Baubeginn verlangt werden und ist mit Reduzierung des Risikos graduell freizugeben.

66 BVerwG, Urteil vom 09.11.1984 – 8 C 77/83, NVwZ 1985, 346, (348).

67 Birk, (Fußn. 1), Rdnr. 251; Grziwotz (Fußn. 55), § 124 Rdnr. 56.

68 Krautzberger (Fußn. 12), § 11 Rdnr. 21.

69 Dazu etwa Grziwotz (Fußn. 10), A XI. Rdnr. 17.

70 Lorz, DÖV 2002, 177 (180).

71 Löhr (Fußn. 11), § 11 BauGB, Rdnr. 10.

72 Th. Burmeister, VBIBW 2002, 245 (245).

73 Dazu Guckelberger, NVwZ 2010, 743 (748); zu dieser Problematik auch Groth/Münzing, NVwZ 2012, 545 (546).

74 So auch Birk (Fußn. 1), Rdnr. 606; Th. Burmeister (Fußn. 6), Rn 309.

75 Dazu Grziwotz, KommJur 2009, 293.

76 S. Birk (Fußn. 1), Rdnr. 606.

77 S. Groth/Münzing, NVwZ 2012, 545 (546); Guckelberger, NVwZ 2010, 743 (748).

78 Grziwotz, NJW 1997, 237.

79 Anders wohl Th. Burmeister (Fußn. 6), Rdnr. 172.

80 Anders Th. Burmeister (Fußn. 6), Rdnr. 307.

### 3. Durchführungsvertrag (§ 12 BauGB)

Der Abschluss eines Durchführungsvertrages ist im Fall eines Vorhaben- und Erschließungsplans gemäß § 12 Absatz 1 Satz 1 BauGB erforderlich.<sup>81</sup> Die Gemeinde beplant in diesem Fall Flächen nach den spezifischen Anforderungen des jeweiligen Vorhabens. Der Investor verpflichtet sich zum Bau und zur Kostenübernahme. Es handelt sich um einen städtebaulichen Vertrag im Sinne des § 11 Absatz 4 BauGB.<sup>82</sup> Auch hier gilt somit das Angemessenheitskriterium des § 11 Absatz 2 Satz 1 BauGB.

#### a) Risiken

Die Risiken für die Gemeinde sind hier ähnlich gelagert wie in den oben beschriebenen Fällen. Insbesondere besteht auch hier die Gefahr, dass im Falle der Durchführung von Erschließungsmaßnahmen der Investor ausfällt und die Erschließung doch durch die Gemeinde durchgeführt werden muss. Daneben besteht auch hier das Risiko, dass bei Ausfall eines Investors eine Bauruine zurückbleibt, weil ein »Ersatz-«-Investor nicht gefunden werden kann und die Kosten für eine erforderliche Beseitigung nicht begetrieben werden können.

#### b) Angemessene Sicherung

Die Absicherung über Bürgschaften ist auch hier auf jeden Fall zulässig.<sup>83</sup> Teilweise wird sie in der Literatur nur verlangt, wenn eine etwaige Bauruine gravierende städtebauliche Maßnahmen zur Folge hätte oder wenn begründete Zweifel hinsichtlich der Finanzkraft des Investors bestehen.<sup>84</sup> So hat die Gemeinde die Pflicht im Vorfeld die Finanzkraft des Investors zu überprüfen.<sup>85</sup> Allerdings ist es zweifelhaft, ob die finanziellen Risiken, denen sich ein Investor ausgesetzt hat, für die Gemeinde erkennbar sind. Teilweise wird es sich bei den Kalkulationen des Investors um Geschäftsgeheimnisse handeln. Die vollumfängliche Offenlegung kann nicht verlangt werden. Auch wird die vollumfängliche Prüfung durch die Gemeinde nicht immer zu leisten sein. Der Anschein der finanziellen Leistungsfähigkeit eines Investors ist ein wenig praktikabler Anknüpfungspunkt für die Annahme einer Sicherungspflicht. Denn es dürfte nur wenige Fälle geben, in denen sich die finanziellen Schwierigkeiten des Investors schon zum Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen abzeichnen.

Aufgrund dieser Risiken ist die Sicherung der Durchführung von Erschließungsmaßnahmen auch im Durchführungsvertrag stets erforderlich. Darüber hinaus kann die Sicherung von Baumaßnahmen verlangt werden, die wie beim Planverwirklichungsvertrag von der Gemeinde vollendet werden müssten, etwa die Schaffung von Grünanlagen und Gehwegen als Folgelast eines Vorhabens.<sup>86</sup>

Hinsichtlich der Gefahr von Bauruinen muss die Gemeinde die Möglichkeit haben, einen etwaigen Rückbau durchführen zu können, falls das Vorhaben des Investors vor Vollendung im Rohbau stecken bleiben sollte, da sonst erhebliche Kostenrisiken für die Gemeinde entstehen. Allerdings ist im Kontext des Durchführungsvertrages eine Besonderheit gegenüber den bereits dargestellten Vertragstypen zu beachten. Der Gesetzgeber hat der Gemeinde in § 12 Absatz 6 BauGB schon ein näher bestimmtes Sicherungsmittel an die Hand gegeben: Die Gemeinde soll den Bebauungsplan bei Ablauf einer Frist ohne Verwirklichung des Vorhaben- und Erschließungsplans aufheben. Das Bestehen dieser Regelung muss Auswirkungen auf die Bestimmung der Angemessenheit der Vereinbarung

von Sicherheiten haben. Die Gemeinde wird die Sicherung folglich nicht vor Baubeginn verlangen können, da zu diesem Zeitpunkt das Risiko einer Bauruine noch nicht besteht. Der Schutz, der ihr durch § 12 Absatz 6 BauGB mit der Möglichkeit der Aufhebung des Bebauungsplans bei Fristablauf gewährt wird, ist in diesem Falle ausreichend.<sup>87</sup> Weiterhin ist auch hier die Sicherung bei Fortschreiten des Bauvorhabens freizugeben.

### IV. Durchsetzung der Sicherungspflicht

Während bei einem Verstoß gegen das Angemessenheitskriterium, der eine rechtswidrige Belastung des Investors zur Folge hat, davon auszugehen ist, dass der Investor diesen Verstoß geltend machen wird, ist nicht offensichtlich, wie die Durchsetzung des im Angemessenheitskriterium enthaltenen und die Gemeinde gemäß Art. 20 Abs. 3 GG bindenden Schutzauftrages praktisch zu gewährleisten ist. Im Folgenden wollen wir daher kurz und ergänzend auf die dazu in Betracht kommenden Mechanismen eingehen.

Zunächst einmal scheidet eine Gewährleistung der Sicherungspflicht durch auf deren Durchsetzung klagende Gemeindebürger aus: Das oben beschriebene »Untermaßverbot« kann kein subjektives Recht im Sinne der Schutznormtheorie<sup>88</sup> gewähren. Schließlich werden dadurch die Interessen der Allgemeinheit der Gemeindebürger geschützt. Die Sicherungspflicht fällt damit unter den allgemeinen Schutzauftrag, den die Verwaltung gegenüber den aggregierten Interessen der einzelnen Bürger hat.<sup>89</sup> Dass die Annahme eines subjektiven Rechts der einzelnen Gemeindebürger auf Sicherung impraktikabel wäre, zeigt sich daran, dass dann jeder einzelne Bürger nach § 58 Abs. 1 VwVfG dem Vertrag schriftlich zustimmen müsste.<sup>90</sup>

Bereits erwähnt wurde das Risiko der Nichtigkeit des Vertrages (siehe oben III.), das einen entsprechenden Druck auf die auf Seiten der Gemeinde tätigen Akteure ausübt. Denn die Nichtigkeit des Vertrages kann weit reichende Folgen haben: Ist etwa ein Durchführungsvertrag zu einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan (§ 12 BauGB) unwirksam, wird dadurch auch der dazugehörige Bebauungsplan nichtig, da die wirksame Verpflichtung zur Durchführung nach § 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB Voraussetzung des Satzungsbeschlusses war.<sup>91</sup> Eine Behebung dieses Mangels kann nur durch den erneuten Abschluss eines – wirksamen – Durchführungsvertrages erreicht werden. Aber auch die Nichtigkeit eines einfachen städ-

81 Dazu im Überblick Krautzberger (Fußn. 12), § 11 Rdnr. 33; Th. Burmeister, VBIBW 2002, 245.

82 Bönker, in: Hoppe/Bönker/Grotfels (Hrsg.), Öffentliches Baurecht 4. Aufl. 2010, § 13 Rdnr. 174.

83 Krautzberger (Fußn. 11), § 12 BauGB, Rdnr. 18.

84 Busse/Grziwotz, Der Vorhaben- und Erschließungsplan: Das Planungsinstrument in der Praxis, 1999, Rdnr. 161.

85 Krautzberger (Fußn. 11), § 12 BauGB, Rdnr. 10.

86 Birk (Fußn. 1), Rdnr. 728a.

87 Birk (Fußn. 1), Rdnr. 726a.

88 Zum subjektiven Recht und zur Schutznormtheorie s. etwa Schmidt-Aßmann, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, Einleitung, Rn. 19 ff. (Loseblatt, Stand: 22. Ergänzungslieferung).

89 Zur »Publizierung« horizontaler Konflikte Wahl, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Vorb. zu § 42 Absatz 2, Rdnr. 55 ff. (Loseblatt, Stand: 22. Ergänzungslieferung).

90 Zum Zustimmungserfordernis etwa Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 58, Rdnr. 12 ff.

91 Hierzu Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt (Fußn. 22), S. 59.

tebaulichen Vertrages nach § 11 BauGB kann für einen Bebauungsplan weitreichende Folgen haben, nämlich dann, wenn der vermeintlich wirksame Vertrag für den jeweiligen Bebauungsplan Teil des Abwägungsmaterials gewesen ist. In der Regel wird das Vorliegen des Vertrages auch das Abwägungsergebnis beeinflusst haben, womit ein nach § 214 BauGB beachtlicher Fehler vorliegt.<sup>92</sup> Lässt sich das Abwägungsergebnis auch ohne den Vertrag noch halten, ist eine Heilung durch Fristablauf nach § 215 BauGB möglich, wenn der Fehler nicht gerügt wird.<sup>93</sup> Kam es bei der Abwägung aber entscheidend auf den Vertrag an, ist der Bebauungsplan unwirksam. Dann wird ein nachträglicher Vertragsschluss erforderlich. Weiteren Druck übt das Risiko der Amtshaftung aus, die in Betracht kommt, wenn die Gemeinde entgegen ihrer impliziten Zusage die Erschließung nicht durchführen kann (siehe oben III. 1. a.).

In der Praxis dürfte darüber hinaus der Verlust politischen Kapitals und der drohende immense Reputationsschaden, der für die zuständigen Kommunalpolitiker mit dem Scheitern eines Vorhabens und allen damit verbundenen Folgeschäden einhergeht, von großer Bedeutung sein und dazu beitragen, dass die Sicherungspflicht ernstgenommen wird.

## V. Fazit

Die Interessenlage bei städtebaulichen Verträgen ist komplex. Das Angemessenheitskriterium muss so ausgelegt werden, dass es dieser Herausforderung überhaupt gerecht werden kann. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass es in zwei Richtungen Wirkung entfaltet: als Abwehrrecht zugunsten des Investors und als gemeindlicher Schutzauftrag. Diese beiden Schutzrichtungen sind maßgeblich für die Beantwortung der konkreten Frage, wie die Vereinbarung von Vertragserfüllungsbürgschaften im Einzelnen rechtlich zu bewerten ist: einerseits zur Bestimmung, ob eine derartige Vereinbarung angesichts der in Frage stehenden Interessen überhaupt zulässig ist, andererseits zur Bestimmung, ob eine solche Vereinbarung in Anbetracht der Interessenlage darüber hinaus auch rechtlich geboten ist.

<sup>92</sup> So Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt (Fußn. 22), S. 59.

<sup>93</sup> Zur Rüge Battis in Battis/Krautzberger/Löhr (Hrsg.), BauGB, 11. Aufl. 2009, § 215, Rdnr. 4 ff.

## Berichte

# Umweltschutz und GG – Umsetzung der Industrieemissionsrichtlinie-RL

## – 36. Umweltrechtliche Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht –

von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster/Osnabrück, und Dirk Buchsteiner, Berlin\*

Die Gesellschaft für Umweltrecht kann auf eine langjährige, im Jahr 1976 im Plenarsaal des BVerwG an der Berliner Hardenbergstraße 31 begründete Tradition zurückblicken. In den jährlichen Treffen der Umweltrechtler werden dabei vor einem großen Fachpublikum aktuelle umweltrechtliche Themen behandelt. Seit einem Jahrzehnt finden die Treffen nach dem Umzug des BVerwG am 12.09.2002 in die traditionsreiche sächsische Messestadt alternierend in Leipzig und Berlin statt. Und so konnte der langjährige Vorsitzende der Gesellschaft Prof. Dr. Hans-Joachim Koch (Hamburg) zu dem Herbsttreffen 2012, das in der Zeit vom 15. bis 17.11.2012 in Leipzig stattfand, im Plenarsaal des BVerwG mehr als 250 Teilnehmer aus allen Bereichen von Gesetzgebung, Rechtsprechung, Ministerialverwaltung in Bund und Ländern, Wissenschaft und Anwaltschaft zu einem tagesaktuellen Forum des Umweltrechts begrüßen.

Die Beratungen waren weit gespannt. Sie reichten von den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Umweltschutzes durch die in Art. 20a GG enthaltene Staatszielbestimmung über das durch die Industrieemissions-RL geprägte neue Recht

der Industrieanlagen bis zu umweltrechtlichen Fragestellungen, die sich aus der Umweltqualitätsplanung und der öffentlichen Hochwasserversorgung ergeben.

### 1. Leipziger Hausmitteilungen

Die Präsidentin des BVerwG Marion Eckertz-Höfer gab – zugleich einer guten Tradition ihrer Vorgänger, dem unvergessenen Prof. Dr. Horst Sandler, und den Präsidenten Dr. Everhardt Franßen und Dr. Dr. hc. Eckart Hien folgend – einen Bericht über die umweltrechtliche Rechtsprechung ihres Hauses. Die drei Senate (4., 7. und 9. Senat) hatten hierzu eine Fülle von

\* Zu den Tagungen der Vorjahre Stüer, DVBl 1990, 197; DVBl 1991, 101; DVBl 1991, 1355; DVBl 1992, 1585; DVBl 1993, 1345; DVBl 1995, 27; DVBl 1996, 93; DVBl 1996, 1418; Stüer/Rude, DVBl 1998, 176; DVBl 1999, 154; DVBl 2000, 250; DVBl 2001, 36; DVBl 2002, 27; Stüer/Stengelhofen, DVBl 2003, 32; Stüer, DVBl 2004, 27; DVBl 2004, 1531; DVBl 2005, 1566; DVBl 2006, 1570; DVBl 2007, 1544; DVBl 2008, 1557; Stüer/Buchsteiner, DVBl 2010, 13; DVBl 2011, 84; DVBl 2012, 92. Über den Verlauf der Tagung gibt auch der in diesem Jahr erscheinende Tagungsband Auskunft; www.gesellschaft-fuer-umweltrecht.de.