

# FACH | INFO

## **Aktuelle Rechtsfragen städtebaulicher Verträge**

14. Auflage 2021

### **Rechtsanwalt**

### **Klaus Hoffmann**

Dipl.-Verwaltungswirt (FH)

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

hgrs Hoffmann | Greß | Reitberger | Sommer  
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB  
Fürstenrieder Str. 281  
81377 München

Telefon: (089) 76 73 60 70

Telefax: (089) 76 73 60 88

[kanzlei@hgrs.eu](mailto:kanzlei@hgrs.eu)

[www.hgrs.eu](http://www.hgrs.eu)

## 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 Zielbindungen
  - Einheimischenbindungen
  - Bauverpflichtungen
  - sozialer Wohnungsbau
3. Notwendige Durchführung einer Bodenordnung / Umlegung
  - vereinbarte Bodenordnung
  - unentgeltliche Abtretung der öffentlichen Flächen (Verkehrsflächen, Grün- und Ausgleichsflächen)
4. Übernahme sonstiger städtebaulicher Kosten, Folgekosten
  - Kosten von Gemeinbedarfseinrichtungen (Kindergarten, Sportplatz etc.)
  - Schulerweiterungskosten

## 5. Erschließungskosten

- Übernahme der Erschließungsträgerschaft gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB
- Herstellung von Straße, 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 einschließlich der Erschließungsverträge, Förderungs- und Sicherungsverträge, Kostenübernahmeverträge und städtebauliche Verträge über Kraft-Wärme-Kopplung und Solaranlagen. 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.

§ 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 Stadtumbau, 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) und durch die BauGB-Novelle 2017 (BGBl. I S. 1057), hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) in mehreren Entscheidungen seine Rechtsprechung vor allem zum sogenannten Folgekostenvertrag (§ 11 Abs. 1 Nr. 3 BauGB) und zum Erschließungsvertrag (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB) fortentwickelt. Zahlreiche 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 einem Erschließungsträger

## 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 § 103 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 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**. Das unmittelbare wirtschaftliche Interesse ist nach der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 25.03.2010, a.a.O.) insbesondere dann gegeben, wenn der öffentliche Auftraggeber alternativ

- selbst Eigentümer der zu errichtenden Bauwerke werden soll;
- über einen Rechtstitel verfügen soll, der ihm die Verfügbarkeit der Bauwerke, die Gegenstand des Auftrages sind, im Hinblick auf ihre öffentliche Zweckbestimmung sicherstellt;
- sich finanziell an der Erstellung des Bauwerkes beteiligt;
- Risiken für den Fall eines wirtschaftlichen Fehlschlags des Bauwerks trägt oder
- wirtschaftliche Vorteile aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks ziehen kann.

Das unmittelbare wirtschaftliche Interesse liegt allerdings nicht vor, wenn die Kommune lediglich städtebauliche Regelungskompetenzen wahrnimmt. Die mit einem Bebauungsplan verfolgten städtebaulichen Ziele (Entwicklung eines Stadtteils, Ansiedlung von Hotel, Dienstleistungen, Errichtung von Wohnungen) sind in diesem Sinne „mittelbare Maßnahmen“.

## 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“).

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 aus- gelöst werden, wenn aufgrund der speziellen Vertragskonstellation der Kooperations- partner bestimmte Bau- oder Betriebspflichten, Abriss und Entsiegelung oder be- stimmte Rückbauverpflichtungen gegenüber der Kommune übernimmt.
- Nicht anwendbar ist das Vergaberecht dagegen beim Abschluss von **Durchfüh- rungsverträgen** nach § 12 BauGB bei vorhabenbezogenen Bebauungsplänen, vor allem wenn der Vorhabenträger selbst Eigentümer der Grundstücke ist. Das Vergabe- recht kann allenfalls dann Anwendung finden, wenn die Gemeinde sich durch Risiko- übernahme mit am Projekt beteiligt und ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Realisierung des Vorhabens hat (z.B. bei der Vereinbarung von Bau- und Nutzungs- bindungen, die im Rahmen der Ausübung klassischer städtebaulicher Regelungs- kompetenzen nicht durchsetzbar wären) und wenn sich die Gemeinde mit eigenen finanziellen Beiträgen beteiligt.
- Bei den **echten Erschließungsverträgen** i.S.d. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 muss unter- schieden werden zwischen Erschließung von Grundstücken, die dem Erschließungs- unternehmer selbst gehören und Erschließungsvereinbarungen im Zusammenhang mit eigenen Grundstücken der Gemeinde. In Fällen, in denen sich der Unternehmer bzw. Eigentümer nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB zur Erschließung eines ihm gehörenden Grundstückes verpflichtet, liegt kein entgeltlicher Bauauftrag i.S.d. § 103 Abs. 1 Satz 3 GWB vor. Der Erschließungsträger, der seine eigenen Grundstücke er- schließt, finanziert die Maßnahme im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Öff- fentliche Haushaltsmittel der Gemeinde werden nicht aufgewendet. Auch die Ver- pflichtung 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 Satz 2 Nr. 1 BauGB. Ein Entgelt oder „unmittelbarer wirtschaftlicher Vor- teil“ liegt auch nicht darin, dass die Gemeinde in diesem Fall auf eigene Erschlie- ßungsmaßnahmen 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 i.S.d. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB, sondern zivilrechtlich betrachtet regelmäßig um Werkver- träge i.S.d. § 631 ff. BGB.

Allerdings muss in jedem Fall untersucht werden, ob der maßgebliche EU-Schwellenwert durch die zu beschaffende Leistung überhaupt überschritten wird (bei Bauaufträgen ab 01.01.2018: € 5.548.000, bei Dienstleistungs- und Lieferaufträgen ab 01.01.2018: € 221.000).

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 unzweckmäßig 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.

### 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 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.
- Die Gemeinde muss vielmehr transparent und nachvollziehbar belegen, dass die von ihr in einem überschaubaren zeitlichen Zusammenhang zu beschließenden und realistisch 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.; vgl. auch OVG Lüneburg, Urteil vom 19.05.2011 - XLC 86/09, OVG Lüneburg, Urteil vom 18.02.2016 - 1 LC 28/12).

- 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.
- Vor allem die Festlegung von pauschalierten 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 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 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 a.F., 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 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; vgl. E/Z/B/Grziwotz, BauGB, § 11 Rn. 37).
- 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 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.

#### 4. Sozialbindungen in städtebaulichen Verträgen

Nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB können städtebauliche Vereinbarungen zur Deckung des Wohnbedarfs von Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumversorgungsproblemen (insbesondere für kinderreiche Familien der unteren Einkommenschichten, Aussiedler und Asylbegehrende, Schwerbehinderte) getroffen werden. Durch städtebauliche Verträge kann damit über die planerischen Festsetzungsmöglichkeiten des § 9 Abs. 1 Nr. 7 BauGB (sozialer Wohnungsbau) und § 9 Abs. 1 Nr. 8 BauGB (Personengruppen mit besonderem Wohnungsbedarf) hinausgehend eine „soziale Feinsteuerung“ erreicht werden. Folgende Bindungen sind in der Praxis üblich:

- Verpflichtungen, einen bestimmten Anteil der Wohnungen oder der Geschossfläche als Eigentums- oder Mietwohnung im Standard und mit Mitteln des sozialen Wohnungsbaus zu errichten,
- Belegungs- und Besetzungsrechte zugunsten der Gemeinde mit bestimmten Bindungsfristen,
- Vereinbarungen von Mietpreisbindungen mit bestimmten Bindungsfristen,
- Vereinbarungen von Veräußerungsbeschränkungen, befristeten Zweckentfremdungsverboten und Umwandlungsverboten bei Errichtung geförderter Miet- oder Eigentumswohnungen.

#### 5. Einheimischenmodelle

§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB nennt die Möglichkeit, dass die Gemeinden städtebauliche Verträge zum Erwerb angemessenen Wohnraums durch einkommensschwächere oder weniger begüterte Personen der örtlichen Bevölkerung schließen können. Viele Gemeinden v. a. im Umfeld von Ballungsräumen und in Erholungsgebieten haben zur Deckung des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung in der Vergangenheit Baulandmodelle entwickelt, bei denen in Neubaugebieten verbilligte Baugrundstücke für einen begünstigten Personenkreis der örtlichen Bevölkerung zur Verfügung gestellt werden. Vertragsgestaltungen, die vorrangig oder ausschließlich die Ortsansässigkeit der Bewerber privilegieren, verstoßen allerdings gegen EU-Recht. Bei der Bewerberauswahl zur Vergabe von gemeindeeigenen Baugrundstücken an die örtliche Bevölkerung muss deshalb neben dem örtlichen Bezug überwiegend auf „sozioökonomische Faktoren“ wie Einkommen und Vermögen abgestellt werden. Dies stellt nunmehr auch die im Rahmen der BauGB-Novelle 2017 konkretisierte Formulierung in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB klar. Zulässig sind Vereinbarungen zwischen Gemeinden und Privaten, die sicherstellen, dass bei der Entwicklung neuer Wohnbauflächen Personen mit geringerem Einkommen und Vermögen und Ortsansässige zum Zuge kommen.

Die bevorzugte Vergabe von Wohnbaugrundstücken an Bürger, die über einen bestimmten Zeitraum in der Gemeinde wohnen müssen, kann gegen das allg. Diskriminierungsverbot, das allg. Freizügigkeitsrecht sowie gegen Grundfreiheiten (Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit, Kapitalverkehrsfreiheit, Art. 18, 21, 45 ff., 49 ff., 63 ff. des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)) verstoßen. Der EuGH hat in einem belgischen Fall (EuGH, Urteil vom 08.05.2013 - Rs C - 197/11 Libert u.a., EuZW 2013, 507) entschieden, dass es für die Vereinbarkeit von Einheimischenmodellen mit EU-Recht auf die konkrete Ausgestaltung der Modalitäten der Förderung Ortsansässiger ankommt. Ein Eingriff in das Freizügigkeitsrecht und die Niederlassungsfreiheit bedarf einer hinreichenden Rechtfertigung durch Gründe des Allgemeinwohls. Danach sind Einheimischenmodelle dann rechtmäßig, wenn sie auf angemessenen Kriterien beruhen, mit denen die sozialen Bedürfnisse der Bevölkerung in einer Region gesichert werden sollen. Allein auf die Dauer der Ortsansässigkeit abzustellen, reicht daher als Rechtfertigungsgrund nicht aus, eine Bevorzugung ortsansässiger Personen bedarf einer **sozialwohnungspolitischen Rechtfertigung**.

Die EU-Kommission hatte aufgrund der Praxis mehrerer Kommunen, Ortsansässige beim Grunderwerb zu bevorzugen, seit dem Jahr 2007 gegen die Bundesrepublik Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren (DE 2006/4271) geführt, das im Juli 2017 eingestellt wurde. Denn Anfang 2017 hatten sich die EU-Kommission und das zuständige Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit und die Bayerischen Staatsregierung im Verhandlungswege auf Rahmenvorgaben verständigt, bei deren Anwendung die EU-Kommission künftig keine Einwände gegen die in Deutschland praktizierten Einheimischen- und Sozialmodelle erhebt: Bei den Vergabekriterien für entsprechende Bauplätze soll mehrheitlich auf sozioökonomische Faktoren wie Einkommens- und Vermögensobergrenze der Bewerber und weitere soziale Kriterien wie zum Beispiel Zahl der Kinder, pflegebedürftige Angehörige oder Behinderung abgestellt werden; die Aufenthaltsdauer in der jeweiligen Gemeinde darf allerdings in die Auswahlentscheidung der Bewerber einfließen. In diesem Zusammenhang wurden vom Bayerischen Städtetag und Bayerischen Gemeindetag im März 2017 *„Leitlinien für Gemeinden bei der vergünstigten Überlassung von Baugrundstücken im Rahmen des sogenannten Einheimischenmodells“* veröffentlicht, die der europarechtskonformen Ausgestaltung städtebaulicher und sonstiger Verträge gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB dienen sollen.