

**letzte Aktualisierung:** 06.02.2020

VG Schleswig, Urt. v. 26.6.2019 – 9 A 241/16

**BauGB § 11; BGB § 155; LVwG SH §§ 126, 129  
Unwirksamkeit eines Erschließungsvertrages**

1. Ein Erschließungsvertrag, in dem sich die Beteiligten über wesentliche Punkte tatsächlich nicht geeinigt haben, ist aufgrund eines offenen Dissenses nach § 11 BauGB i. V. m. §§ 126, 129 LVwG und § 155 BGB schon nicht wirksam zustande gekommen.
2. Dies ist der Fall, wenn dem Erschließungsunternehmer auch die Herstellung des Schmutzwasserkanals obliegt, der dafür zuständige Zweckverband jedoch nicht beteiligt wird und der eigentlich vorgesehene gesonderte Vertrag nicht abgeschlossen wird. Im Übrigen wäre der Erschließungsvertrag auch nichtig, weil die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung nicht festgestellt werden kann, wenn nicht geregelt ist, zu welchen Bedingungen die Herstellung der Schmutzwasserkanäle erfolgt.
3. Ein offener Dissens besteht auch dann, wenn eine Vertragserfüllungsbürgschaft mit einer Gesamtsumme vereinbart wird, aber beide Beteiligte grundsätzlich unterschiedliche Vorstellungen über die Zusammensetzung des Betrages und die Höhe vereinbarter Sicherheitszuschläge haben.

# **SCHLESWIG-HOLSTEINISCHES VERWALTUNGSGERICHT**



Az.: 9 A 241/16

## **IM NAMEN DES VOLKES URTEIL**

In der Verwaltungsrechtssache

der A. A-Straße, A-Stadt

- Klägerin -

Proz.-Bev.:           Rechtsanwälte Dr. B.,  
                          B-Straße, B-Stadt, - -

g e g e n

die Gemeinde Scharbeutz, vertreten durch den Bürgermeister, Am Bürgerhaus 2, 23683  
Scharbeutz

- Beklagte -

Proz.-Bev.:           Rechtsanwälte D.,  
                          D-Straße, D-Stadt, - 04657-16-PB-4105 -

Streitgegenstand:   Erschließungsvertragsrecht

hat die 9. Kammer des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juni 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht XXX, die Richterin am Verwaltungsgericht XXX, den Richter XXX, die ehrenamtliche Richterin XXX und den ehrenamtlichen Richter XXX für Recht erkannt:

1. Das Verfahren wird eingestellt, soweit die Beteiligten den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben.
2. Es wird festgestellt, dass die Vereinbarung vom 07.06.2016 (Urkundenrolle Nr. xxx) nicht wirksam geschlossen wurde.
3. Die Beklagte wird verurteilt, die von der Klägerin in Form der Bürgschaftserklärung der E., E-Straße, E-Stadt bei der Beklagten hinterlegte Sicherheitsleistung in Höhe von 797.030 € herauszugeben.
4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
5. Die Kosten des Verfahrens trägt die Beklagte.
6. Das Urteil ist wegen der Kosten, die den übereinstimmend für erledigt erklärten Teil der Hauptsache betreffen, ohne Sicherheitsleistung, im Übrigen gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

### **Tatbestand**

Die Klägerin fordert von der Beklagten im Wesentlichen die Freigabe der von ihr gewährten Vertragserfüllungsbürgschaft im Zusammenhang mit einem zwischen den Beteiligten geschlossenen öffentlich-rechtlichen Vertrag. Sie ist eine private Erschließungsgesellschaft mit sieben Angestellten und seit mehreren Jahren im Bereich der Bebauungsplanung und Baulandrealisierung tätig.

Anfang des Jahres 2014 schaltete die Klägerin eine Anzeige, ob der Bedarf an seniorengerechten Einfamilienhäusern und normalen Baugrundstücken in F-Stadt nachgefragt sei. Eine positive Tendenz wurde seitens der Beklagten festgestellt, woraufhin zwischen den Beteiligten am 15. Juli 2014 ein erstes Gespräch zur Erörterung der planerischen Rahmenbedingungen zwecks Erschließung eines neuen Wohnbaugebietes („F-Straße“) im Gemeindegebiet der Beklagten, Ortsteil F-Stadt, geführt wurde. Zwischen den Beteiligten bestand dabei von vornherein Einigkeit, dass die Erschließung durch die Klägerin auf der Grundlage eines zwischen den Beteiligten zu schließenden Erschließungsvertrages erfolgen sollte. Dieser sollte zeitnah geschlossen werden, weil ein Grundstück im Planungsgebiet (Flurstück xxx, Grundbuch von G-Stadt Blatt xxx), worauf die Klägerin die Beklagte mehrfach hinwies, bis zum 31. Dezember 2016 der Testamentsvollstreckung unterlag und der Klägerin für das Zustandekommen eines Kaufvertrages eine Bindungsfrist bis zum 30. Juni 2016 eingeräumt wurde.

Im Anschluss an die zwischen den Beteiligten geführte Besprechung übergab die Klägerin der Beklagten einen ersten Entwurf eines Erschließungsvertrages (Bl. 238 ff. der Beiakte A zur Gerichtsakte). Nach § 8 Abs. 1 des Entwurfes („Sicherheitsleistung“) ist die Erschließungsträgerin verpflichtet, zur Sicherung aller sich aus dem Vertrag für sie ergebenden Verpflichtungen eine Bürgschaft zu leisten. Dieser Verpflichtung kann auch dadurch nachgekommen werden, dass Einzelbürgschaften geleistet werden (Kanal/Baustraße, Wasserversorgung, Straßenendausbau, ...). Zu einem Vertragsschluss auf Grundlage dieses Vertragsentwurfes kam es nicht.

Im November 2014 beauftragte die Klägerin im Einvernehmen mit der Beklagten das Ingenieurbüro H. (im Folgenden: H.) mit der Planung, Ausschreibung, Bauleitung und Abrechnung aller Erschließungsanlagen.

Mit E-Mail der Beklagten vom 13. Oktober 2015 (Bl. 42 ff. der Beiakte C zur Gerichtsakte) übersandte diese ihrerseits der Klägerin einen (eigenen) „Entwurf eines Erschließungsvertrages mit den Vertragsinhalten, wie sie politisch gesehen werden“ würden.

Mit E-Mail der Klägerin vom 26. Februar 2016 (Bl. 169 der Beiakte A zur Gerichtsakte) übersandte diese der Beklagten die aus ihrer Sicht notwendigen Änderungswünsche. Sie wies dabei insbesondere darauf hin, dass die in I. § 2 Abs. 3 des Entwurfs vorgesehene Verpflichtung zur Zahlung eines Infrastrukturbeitrages in Höhe von 238.000 € ihrer Auffassung nach mit dem gesetzlichen Koppelungsverbot nicht in Einklang gebracht werden könne. Auch sei die in II. § 7 Abs. 3 enthaltene Regelung zur Abnahme unwirksam, weil der Zeitpunkt der Abnahme der Gesamterschließungsmaßnahme für sie nicht bestimmbar sei. Sie könne ihn weder berechnen noch herbeiführen, weil auf die Bebauung der Grundstücke kein Einfluss genommen werden könne.

Mit Vertrag vom 17. März 2016 beauftragte die Klägerin die L. GmbH mit der Durchführung der für die Erschließung geforderten Werkleistungen für das Erschließungsgebiet zu einem Gesamtfestpreis in Höhe von 1.174.369,75 € netto bzw. 1.397.500 € brutto (Bl. 40 ff. der Gerichtsakte). Zum Zeitpunkt der Submission hatte die L. GmbH noch mit einer Angebotssumme in Höhe von 1.594.918,72 € brutto kalkuliert.

Die Wirksamkeit dieses Vertrages stand nach § 9 unter der aufschiebenden Bedingung des Abschlusses eines Erschließungsvertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten bis spätestens zum 30. Juni 2016.

Mit E-Mail vom 22. März 2016 (Bl. 118 der Beiakte A zur Gerichtsakte) nahm die Beklagte zu der E-Mail der Klägerin vom 26. Februar 2016 Stellung und teilte insbesondere mit, dass die in I. § 2 Abs. 3 der Vereinbarung vorgesehene Regelung durchaus zulässig sei und eine Streichung nicht vorgenommen werde. Auch werde eine Änderung von II. § 7 Abs. 3 der Vereinbarung nicht erfolgen.

Mit E-Mail vom 8. April 2016 übersandte die Beklagte der Klägerin einen überarbeiteten Erschließungsvertrag, „weiterhin noch im Entwurf“ (Bl. 108 der Beiakte A zur Gerichtsakte). Die von der Klägerin vorgeschlagene Aufteilung der nach dem Erschließungsvertragsentwurf vorgesehenen Verpflichtung zur Vorlage einer Vertragserfüllungsbürgschaft - eine konkrete Summe war noch nicht eingetragen - in Bürgschaften für einzelne Gewerke enthielt dieser nicht. Dies bemängelte die Klägerin in einer E-Mail vom 15. April 2016 (Bl. 107 der Beiakte A zur Gerichtsakte).

Mit E-Mail vom 22. April 2016 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass es noch nicht möglich sei, den Betrag der Bürgschaftssumme festzulegen (Bl. 106 der Beiakte A zur Gerichtsakte). Sie verwies hinsichtlich der von der Klägerin gewünschten gewerkweisen Bürgschaftsstellung darauf, dass dies einen zusätzlichen Aufwand bedeute, der zu vermeiden sei.

Am 12. Mai 2016 erfolgte zwischen den Beteiligten zwecks „abschließende[r] Bearbeitung der offenen Punkte“ eine Besprechung. In dem - von der Klägerin - angefertigten Protokoll vom 17. Mai 2016 (Bl. 91 ff. der Beiakte A zur Gerichtsakte) heißt es auszugsweise wie folgt:

„Erschließungsvertrag:

Zunächst wurde von [der Beklagten] darauf hingewiesen, dass der Vertragsentwurf vom 12.08.2015, eingegangen bei [der Klägerin] mit Mail vom 13.10.2015, bereits von der Gemeindevertretung beschlossen (Ratsbeschluss) wurde und dieser deshalb nur redaktionell geändert werden kann, ansonsten hätte [die Beklagte] den Vertragsentwurf nicht an [die Klägerin] geschickt.

Zum Vertragstext wird daraufhin folgendes besprochen:

...

**Teil I., § 2, Ziffer 3:** [Die Klägerin] macht darauf aufmerksam, dass es keine Vereinbarung über die pauschale Kostenbeteiligung an Infrastrukturaufwendungen zwischen [der Klägerin] und [der Beklagten] gibt. Diese wurde allein von der [der Beklagten] festgelegt, Gespräche mit [der

Klägerin] sind darüber nicht geführt worden. Siehe hierzu auch die E-Mail [der Klägerin] an [die Beklagte] vom 26.02.2016. [Die Beklagte] verweist auf den Beschluss der Gemeindevertretung, damit ist die Änderung dieses Vertragsteils ausgeschlossen. In diesem Zusammenhang muss die Bemerkung erlaubt sein, dass es uns ungewöhnlich erscheint, wenn der Rat über einen Vertragstext beschließt, ohne dass der künftige Vertragspartner diesen kennt, geschweige denn seine Zustimmung dazu gegeben hat. Aber das ist dann wohl so!

**Teil I. § 3 und Teil II. § 1, Ziffer 5** regeln die Herstellung der Ausgleichsmaßnahmen. Gemäß des Bebauungsplanes hat [die Klägerin] eine Ausgleichsfläche herzustellen, die wesentlich größer als der Bedarf ist. Die nicht für den Eingriff benötigte Fläche von 15.310 m<sup>2</sup> soll, so die Begründung zum Bebauungsplan, als Ausgleichsflächenpool künftigen Eingriffen zur Verfügung stehen.

[Die Klägerin] weist darauf hin, dass seit Anbeginn der Verhandlungen zwischen [ihr] und [der Beklagten] klar war, dass [die Klägerin] für den nicht benötigten Teil dieser Flächen einen Ausgleich erhalten soll in Form von Geld oder Gutschrift auf ein Ökokonto für zukünftige Maßnahmen. Der Erschließungsvertrag enthält jedoch hierzu keine Regelung.

[Die Beklagte] erklärt dazu, die Gemeindevertretung habe entschieden, dass [die Klägerin] den Überschuss kostenfrei an die Gemeinde zu übertragen hat. Auf [die] Frage [der Klägerin], ob das als Geschenk an die Gemeinde zu verstehen ist, antwortet [die Beklagte] mit ja. [Die Klägerin] weist darauf hin, dass uns derartige Forderungen von Vertragspartnern aus dem Kommunalbereich bisher unbekannt waren. Aber, aufgrund der Tatsache, dass der Rat dies so entschieden hat und deshalb eine Änderung nicht mehr möglich ist, wird diese Formulierung von [der Klägerin] wohl unterzeichnet werden.

...

**Teil II. § 10, Ziffer 1, Abs. 1:** [Die Klägerin] schlägt nochmals vor, [der Beklagten] Einzelbürgschaften, bezogen auf die jeweiligen Gewerke bzw. ggf. auch Bauphasen, vorlegen zu dürfen. [Die Beklagte] fordert hingegen eine Gesamtbürgschaft für die gesamte Erschließungsmaßnahme und kann sich bestenfalls vorstellen, drei Einzelbürgschaften, aufgeteilt in Planungsleistung, Bauleistungen und Infrastrukturbeiträge, entgegenzunehmen. Damit ist [die Klägerin] jedoch nicht einverstanden. Sie bezieht sich dabei auf die Rechte des Bauunternehmers, der eine Bürgschaft nach § 648 a BGB verlangen kann. Durch die Benennung des Sicherungstextes in der Bürgschaftsurkunde erreichen wir, dass der die Leistung erbringende Unternehmer, dem der Zahlungsteil der Bürgschaft zusteht, nachdem die Kommune einer Teilleistung zugestimmt hat

und deshalb diese Sicherungsteils der Bürgschaft nicht mehr bedarf, bezüglich dieser Zahlung gesichert ist.

Man verständigt sich auf folgendes: [Die Klägerin] wird den Vorschlag [der Beklagten] prüfen, eine Bürgschaftsurkunde auszustellen, die eine detaillierte Aufstellung (gewerkeweise) zur Zusammensetzung der gesamten Bürgschaftssumme enthält.

...

Während der Besprechung werden [der Beklagten] folgende Unterlagen übergeben:

1. Aufstellung zur Zusammensetzung der Bürgschaftssumme
  2. Bürgschaftsmuster
  3. Kopie des abgeschlossen Werkvertrages mit der Fa. L. vom 17.03.2016
- Alle Beteiligten sind sich darüber einig, dass der Erschließungsvertrag Ende Mai beurkundet werden soll.

...“

Mit E-Mail der Klägerin vom selben Tag (Bl. 90 der Beiakte A zur Gerichtsakte) leitete diese das Protokoll an die Beklagte weiter und bat diese darum, ihre Änderungswünsche zu prüfen und, soweit dies noch möglich sei, den Erschließungsvertrag entsprechend anzupassen. Dass in dem Erschließungsvertrag unter Umständen Regelungen verbleiben würden, die ihr nicht „gerade sympathisch“ seien, sei ihr allerdings bewusst.

Am 23. März 2016 wurde der zur Durchführung des Erschließungsvorhabens erforderliche Bebauungsplan „Nr. 86 – Sch-“ beschlossen. Nach den Festsetzungen dieses Bebauungsplans ist für sogenannte „gemischte Verkehrsflächen“ eine Gesamtbreite von 7,75 m vorgesehen.

Mit E-Mail der Klägerin vom 31. Mai 2016 (Bl. 60 ff. der Beiakte A zur Gerichtsakte) übersandte diese der Beklagten den Entwurf einer Bürgschaftssumme. Dieser enthielt einen Betrag in Höhe von 1.875.000 € sowie - als Anlage zur Bürgschaftsurkunde - eine Aufstellung der von ihr geschuldeten Leistungen sowie die jeweils zu verbürgenden Teilsummen.

Mit E-Mail vom 1. Juni 2016 nahm die Beklagte zu dem Protokoll der Klägerin vom 17. Mai 2016 Stellung (Bl. 40 f. der Beiakte A zur Gerichtsakte). Darüber hinaus teilte die Beklagte

der Klägerin mit, dass bezüglich der Höhe der Bürgschaftssumme weiterhin Klärungsbedarf bestehe. Die von der Klägerin angebotenen 1.875.000 € würden nicht den Gesamterschließungskosten entsprechen. Die derzeitige Berechnung der Bürgschaftshöhe sehe wie folgt aus:

- „1. Angebotssumme Fa. L. zum Zeitpunkt der Submission rd. 1,6 Mio €, hinzu kommen:
- 2. 75.000,-- € für den Spielplatz
- 3. 238.000,-- € Infrastrukturabgabe
- 4. 72.000,-- € Resthonorar H.
- 5. 10.000,-- € Vermessungskosten“

Hieraus entstehe zunächst eine Bürgschaftsforderung in Höhe von rund 2.000.000 €. Unberücksichtigt seien dabei die Mehrkosten, für die der Beklagten noch keine Kostenberechnung vorliege, wie zum Beispiel für die Granitborde und die Erhöhung der Regenwasserschächte. Im Übrigen wies die Beklagte die Klägerin (erstmalig) darauf hin, dass noch ein Risikozuschlag einzuberechnen sei, für den Fall, dass die Beklagte die Erschließung gegebenenfalls selbst und dann zu erhöhten Kosten zu Ende führen müsse.

Am 7. Juni 2016 wurde zwischen den Beteiligten eine - als solche auch bezeichnete - Vereinbarung in notarieller Form geschlossen, bestehend aus einem städtebaulichen Vertrag (I.), einem Erschließungsvertrag (II.), einem Übertragungsvertrag (III.) sowie allgemeinen Bestimmungen (IV.). Zu diesem Zeitpunkt hatte die Klägerin bereits Vorleistungen, etwa für die Bauleitplanung und Ingenieursleistungen, erbracht. Die bereits im Vertragsentwurf der Beklagten enthaltenen Regelungen blieben im Wesentlichen unverändert. Die Pflicht der Klägerin zur Errichtung eines Kinderspielplatzes ist auf eine maximale Summe von 75.000 € festgeschrieben (II. § 3 Abs. 2 e) der Vereinbarung). Nach II. § 3 Abs. 2 c) umfasst die Erschließung nach diesem Vertrag insbesondere auch die Herstellung der öffentlichen Abwasserbeseitigungsanlagen für die Schmutzwasser- und die Niederschlagswasserbeseitigung der Grundstücke, wobei gemäß II. § 2 Abs. 5 der Vereinbarung für die Wasserversorgung sowie die Schmutzwasserentsorgung ein separater Vertrag mit dem Zweckverband Ostholstein (im Folgenden: ZVO) als Ver- und Entsorgungsträger in Abstimmung mit der Beklagten zu schließen ist.

Entsprechend der E-Mail der Beklagten vom 1. Juni 2016 wurde im Beurkundungstermin die Regelung in II. § 10 Abs. 1 (Sicherheitsleistungen) dahingehend angepasst, dass mit der seitens der Klägerin vorzulegenden Vertragserfüllungsbürgschaft nicht nur die zu erwartenden Erschließungskosten und Honorar und Arbeiten der Ver- und Entsorgungsträger, sondern auch ein Sicherheitszuschlag gesichert werden sollte. Die



Bürgschaftssumme wurde insgesamt mit einem Betrag in Höhe von 2.500.000 € beziffert, nachdem die Beklagte eine entsprechende Forderung - der Höhe nach - erstmalig einen Tag vor dem Beurkundungstermin in einem Telefongespräch zur Grundlage des Vertragsschlusses machte. Auf Grundlage welcher konkreten Berechnung die Beklagte zu dieser Bürgschaftssumme gelangte, wurde der Klägerin zunächst nicht mitgeteilt. Eine entsprechende Aufstellung - so die Aussage des Bürgermeisters der Beklagten im Beurkundungstermin - habe man nicht zur Hand, werde diese allerdings umgehend nach dem Notartermin an die Klägerin weiterleiten.

Mit E-Mail der Klägerin vom selben Tag bat diese die Beklagte um Übersendung der seitens des Bürgermeisters der Beklagten im Notartermin zugesagten Auflistung. Nachdem die Klägerin mit E-Mail vom 8. Juni bzw. 9. Juni 2016 erneut an die Übersendung erinnerte, übersandte die Beklagte diese mit E-Mail vom 13. Juni 2016 an die Klägerin, datiert vom selben Tag. Hiernach setzt sich die Höhe der Bürgschaftssumme aus folgenden Einzelpositionen zusammen (Bl. 11 der Beiakte A zur Gerichtsakte):

„Fa. L. Angebotssumme zur Submission	1.594.918,72 Euro
Zuzüglich Spielplatz	75.000 Euro
Zuzüglich Infrastrukturabgabe	238.000 Euro
Zuzüglich Resthonorar H.	72.000 Euro
Zuzüglich Resthonorar Vermesser	10.000 Euro
Zuzüglich Änderung der Ausführung (Granitborde usw.)	96.700 Euro
<u>Zuzüglich Baumpflege Scharbeutzer Weg</u>	<u>30.000 Euro</u>
Zwischensumme	2.116.618,72 Euro
<u>Zuzüglich ..... 20% Sicherheitszuschlag</u>	<u>426.323,74 Euro</u>
Summe Gesamt-Erschließungskosten	2.539.942,46 Euro
	rd. 2.5 Mio. Euro“

Mit Schreiben der Klägerin vom selben Tag (Bl. 6 der Beiakte A zur Gerichtsakte) widersprach diese der Berechnung und führte zur Begründung im Wesentlichen an:

Die Auftragssumme an die Firma L. GmbH belaufe sich laut Werkvertrag vom 17. März 2016 auf 1.397.500 € und keineswegs auf 1.594.918,72 €. Der Teilbetrag beinhalte demnach bereits einen Sicherheitszuschlag in Höhe von 12,38 % (bzw. 197.418,72 €). Die Herstellungskosten für den zu entrichtenden Kinderspielplatz seien im Erschließungsvertrag zudem mit maximal 75.000 € vorgegeben. Demnach sei für diesen Teilbetrag kein Sicherheitszuschlag notwendig. Das Gleiche gelte für die Infrastrukturabgaben. Der Teilbetrag in Höhe von 238.000 € sei von der Beklagten als Festbetrag vorgegeben worden. Die Auftragssumme an das Ingenieurbüro H. sei ebenfalls fest vereinbart. Demnach sei auch für diesen Teilbetrag kein Sicherheitsaufschlag

erforderlich. Die Vermessungskosten seien in Ordnung. Die Ausführungsplanung sei aufgrund der nachträglichen Forderungen der Beklagten nach der Submission geändert worden. Aufgrund dessen würden der Klägerin erhebliche Mehrkosten für die Erschließung entstehen. Ob sich diese auf tatsächlich 96.700 € belaufen, könnte zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht gesagt werden. Letztlich seien der Klägerin von der Beklagten bezüglich der Kosten für die Baumpflege entlang des Scharbeutzer Weges am 12. Mai 2016 ein Angebot als auch unter II. § 3 Abs. 2 h) der Vereinbarung die Ausschreibungsunterlagen und das Submissionsergebnis zu der Baumpflege zugesichert worden. Bis heute habe die Klägerin diese jedoch nicht erhalten. Die Kosten hierfür lägen in der Hand der Beklagte. Deshalb sei auch für diesen Teilbetrag, der nach Auffassung der Klägerin ohnehin überhöht sei, derzeit kein Sicherheitszuschlag zu berechnen. Alles in allem sei festzuhalten, dass dem Grunde nach ein Sicherheitszuschlag keinesfalls gerechtfertigt sei und schon gar nicht in dieser Höhe.

Am 21. Juni 2016 erhielt die Beklagte von der Klägerin das Original der Bürgschaftsurkunde vom 15. Juni 2016 über einen Betrag in Höhe von 2.500.000 € (Avalgebühr: 1,75 % p.a.; einmalige Bearbeitungsgebühr: 25.000 €). Als Anlage zur Bürgschaftsurkunde ist dieser eine konkrete Berechnung der Bürgschaftssumme beigelegt (Bl. 38 f. der Gerichtsakte). Hiernach ergibt sich der Bürgschaftsbetrag aus (geschätzten) Gesamtkosten in Höhe von 1.855.000 € - bei einem tatsächlichen Auftragswert (so die Klägerin, vgl. Bl. 71 f. der Gerichtsakte) in Höhe von letztlich 1.818.229,44 € ohne Sicherheitszuschläge bzw. 2.448.772,45 € inkl. Sicherheitszuschläge (vgl. Bl. 6, 71, 111 der Gerichtsakte) - und Sicherheitszuschlägen in Höhe von insgesamt 645.000 € (= 34,77 % der Gesamtkosten). Die Berechnung stellt sich nach der Anlage im Einzelnen wie folgt dar:

„Bezeichnung der Leistung / verbürgte Teilsummen:

Pos.:	Leistung:	Teilsumme:
1	LOS 1 (Regenwasserkanalisation, Schmutzwasserkanalisation, Wasserversorgung, Erdarbeiten Versorger Gas und Wasser, Baustraße) zzgl. 40 % Sicherheitszuschlag	<b>€ 935.000</b> € 374.477
2	Herstellung Scharbeutzer Weg zzgl. 40 % Sicherheitszuschlag	<b>€ 65.000</b> € 26.033
3	Herstellung der Straßenbeleuchtung zzgl. 40 % Sicherheitszuschlag	<b>€ 70.000</b> € 28.036
4	Herstellung des Kinderspielplatzes zzgl. 17 % Sicherheitszuschlag	<b>€ 75.000</b> € 12.754
5	Baumpflege Scharbeutzer Weg zzgl. 17 % Sicherheitszuschlag	<b>€ 30.000</b> € 5.102

6	Herstellung des Straßenendausbaus zzgl. 40 % Sicherheitszuschlag	<b>€ 360.000</b> € 144.184
7	Infrastrukturbeiträge zzgl. 17 % Sicherheitszuschlag	<b>€ 238.000</b> € 40.472
8	Vermessungsarbeiten zzgl. 17 % Sicherheitszuschlag	<b>€ 10.000</b> € 1.701
9	Ingenieurleistungen zzgl. 17 % Sicherheitszuschlag	<b>€ 72.000</b> € 12.244

---

Gesamtbetrag: **€ 2.500.000“**

In der Folgezeit wurde mit der Durchführung der Erschließungsarbeiten begonnen bzw. diese wurden auch überwiegend ausgeführt. Die im LOS 1 enthaltenen Erdarbeiten Gas/Wasser sowie Arbeiten für die Wasserversorgung wurden durch den ZVO Energie selbst beauftragt und sind zwischenzeitlich abgeschlossen. Die Übernahme der hingegen von der Klägerin im Baugebiet hergestellten Abwasserleitungen und deren Übernahme durch den ZVO werden sowohl seitens des ZVO als auch seitens der Beklagten verweigert, weil eine Einigung hinsichtlich der Übertragung der Schmutzwasserleitungen auf den ZVO nicht erzielt werden konnte. Eine Einigung scheiterte bisher daran, dass der ZVO gegenüber der Klägerin zum Ausdruck brachte, einer vertraglichen Regelung erst zuzustimmen, wenn die Klägerin einer unentgeltlichen Übertragung der im Bereich des Bebauungsplans hergestellten Schmutzwasseranlagen auf den ZVO zustimmt. Die Klägerin begehrt hingegen von dem ZVO eine entsprechende Ausgleichszahlung.

Am 25. Oktober 2016 hat die Klägerin Klage erhoben, mit der sie im Wesentlichen die Freigabe der Bürgschaft in Höhe von - aus ihrer Sicht zum Zeitpunkt der Klageerhebung - noch verbürgten Summe von 1.982.927,15 € begehrte. Zu diesem Zeitpunkt habe die Beklagte - so die Klägerin - 517.072,85 € von geforderten 578.020,36 € freigegeben. Tatsächlich erfolgte allerdings bereits am 6. Oktober 2016, also vor Klageerhebung, die Freigabe eines weiteren Betrages in Höhe von 160.650 €, insgesamt somit in Höhe von 677.722,85 € (= 517.072,85 € + 160.650 €), sodass die verbürgte Summe zu diesem Zeitpunkt tatsächlich noch 1.822.277,15 € (= 2.500.000 € - 677.722,85 €) betrug. In der Folgezeit wurden seitens der Beklagten weitere Beträge freigegeben. Zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung belief sich die gesicherte Bürgschaftssumme noch auf einen Betrag von 797.030,00 €. Wegen der weiteren Einzelheiten der Zusammensetzung der vorgenannten Bürgschaftsbeträge wird auf den Schriftsatz der Klägerin vom 28. Mai 2019 (nebst Anlagen) Bezug genommen.

Mit Urteil des Landgerichts Lübeck vom 21. Dezember 2016 - 9 O 221/16 - (Bl. 153 ff. der Gerichtsakte) wurde ein Beschluss desselben Landgerichts vom 28. September 2016 aufgehoben, wonach es der Beklagten verboten wurde, einer Äußerung vom 6. September 2016, die sie gegenüber dem beurkundenden Notar tätigte, zu wiederholen. Die Beklagte hatte sinngemäß behauptet, dass die von der Klägerin vorgenommene Aufteilung der Grundstücke und die entsprechende Vereinbarung hinsichtlich der Grundstücksgröße in den Kaufverträgen mit den privaten Grundstückserwerbern nicht den Festsetzungen des Bebauungsplans entspreche, weil dadurch die Gesamtbreite der festgesetzten Verkehrsfläche (7,75 m) deutlich reduziert werde. Die Klägerin würde damit mit dem Erschließungsgebiet nur vermeintlich nutzbare Grundstücksflächen an die privaten Erwerber verkaufen, von denen sie aber genau wisse, dass diese Flächen später zu Straßen- oder Kinderspielplatzflächen gehören würden, um die Festsetzungen des Bebauungsplans und ihrer Verpflichtung gegenüber der Beklagten, diese Flächen an sie zu übereignen, nachkommen zu können. Beispielsweise sei das Grundstück „F-Straße“ sowohl von Straßenflächen wie auch Flächen für einen Kinderspielplatz betroffen und werde deshalb deutlich kleiner als im Grundstückskaufvertrag versprochen.

In dem daraufhin vor dem Oberlandesgericht Schleswig erfolgten Berufungsverfahren - 3 U 2/17 - (Bl. 86 ff. der Beiakte C zur Gerichtsakte) haben sich die Beteiligten geeinigt, dass die Klägerin die Erschließungsstraße entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplanes herstellen und an die Beklagte gemäß I. § 8 Abs. 4 der Vereinbarung übereignen werde. Vor diesem Hintergrund bestand zwischen den Beteiligten Einigkeit, dass die Beklagte die streitgegenständliche Äußerung nicht mehr wiederholen wird. Die Klägerin ließ daraufhin eine Neuvermessung durchführen, sodass der Abstand zwischen den an die privaten Erwerber übereigneten Grundstücke nunmehr 7,75 m beträgt. Mit den Grundstückseigentümern wurden daraufhin, soweit notwendig, notariell beurkundete Rückkaufverträge geschlossen, mit dem Regelungsinhalt, dass sich der Kaufgegenstand aufgrund Zurückvermessung um 20 cm verkleinert hat. Die jeweiligen Grundstückseigentümer erhielten dafür einen finanziellen Ausgleich.

Mit Schreiben der Klägerin vom 3. April 2017 forderte diese die Beklagte zur Abnahme der Baumaßnahmen des 1. Abschnitts auf. Mit Schreiben der Beklagten vom 10. April 2017 verwies diese auf II. § 7 Abs. 3 der Vereinbarung, wonach die Herstellung der Gesamterschließungsmaßnahme anzuzeigen sei. Eine Verpflichtung der Beklagten zur Durchführung einer „Teilabnahme“ bestehe daher - so im Schreiben der Beklagten vom 11. Mai 2017 - nicht. Auch sei nach II. § 7 Abs. 4 der Vereinbarung die Vorlage der notwendigen Bestandsunterlagen erforderlich.

Am 12. April 2017 führte die Klägerin mit der Firma L. GmbH - ohne Beteiligung der Beklagten - die Abnahme durch.

Mit E-Mail vom 21. April 2017 erklärte die Klägerin gegenüber ihren Käufern die Freigabe der Baustraße. Baugenehmigungen für das Vorhabengebiet wurden erteilt. Auch Bautätigkeiten erfolgten seither. Der Endausbau steht noch aus.

Zur Begründung ihrer Klage trägt die Klägerin im Wesentlichen vor:

Ihr stehe ein Anspruch auf Freigabe der gesamten noch verbürgten Summe auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs zu. Die Übergabe der Bürgschaftsurkunde stelle nämlich eine Leistung der Klägerin dar, die ohne Rechtsgrund erfolgt sei. Die in II. § 10 getroffene Sicherungsabrede sei bereits nach § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB unwirksam. Die vereinbarte Sicherheitsleistung sei aufgrund ihrer Höhe und mangels eines korrespondierenden legitimen Sicherungsinteresses der Beklagten unangemessen.

Die Sicherungsabrede sei auch deswegen unangemessen im Sinne von § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB, weil sie eine Leistung der Klägerin absichere, welche ihrerseits nicht wirksam vereinbart worden sei und bezüglich derer folglich auch kein Sicherungsinteresse bestehen könne. Dies betreffe insbesondere die nach I. § 2 Abs. 3 der Vereinbarung bestehende Verpflichtung zur Übernahme von Folgekosten. Diese Vereinbarung im Sinne von § 11 Abs. 1 Ziff. 3 BauGB sei unwirksam, weil sie keine Aufwendungen betreffe, die der Beklagten für städtebauliche Maßnahmen entstünden oder entstanden und die Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens seien. Zunächst werde bestritten, dass die Beklagte die genannten Aufwendungen getätigt habe oder noch tätigen werde. Es werde auch bestritten, dass ein Gesamtkonzept der Beklagten vorliege, welches geeignet sei zu belegen, dass der durch das durch die Klägerin erschlossene Baugebiet hervorgerufene Bedarf jedenfalls mitursächlich für die angeblich getätigten Aufwendungen gewesen sei. Die seitens der Beklagten im Klageverfahren vorgelegte Kalkulation der Infrastrukturmaßnahmen (Bl. 123 ff. der Gerichtsakte) sei ihr zuvor nicht bekannt gewesen. Des Weiteren sei die pauschale Nennung weiterer Infrastrukturaufwendungen zu unkonkret, um den erforderlichen Kausalzusammenhang zu begründen. Denn die Maßnahmen, für die Folgekosten geleistet werden sollen, müssten bereits im Vertrag selbst hinreichend bestimmt sein (Bezugnahme auf BVerwG, B. v. 29.10.2010 - 9 B 9/10 -, juris, Rdnr. 3).

Selbst unter Heranziehung der erstmalig im Klageverfahren vorgebrachten Unterlagen und Überlegungen der Beklagten, die nicht Vertragsbestandteil geworden seien, würden die drei genannten Infrastruktureinrichtungen Schulanbauten, Kindergartenerweiterungen und Feuerschutzeinrichtungen nicht den Vorgaben des § 11 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 3 BauGB entsprechen. Denn die drei genannten Maßnahmen seien nicht unmittelbar kausal mit dem Vorhaben verknüpft. Auch sei die Kalkulation nicht, wie erforderlich, von der Gemeindevertretung beschlossen worden. Sie sei damit nicht von der planerischen und gestaltenden Willensbildung der Beklagten gedeckt. Die Kalkulation sei auch mangelhaft. So entbehre etwa eine anteilige Kostenberechnung für die Herstellung des Kreisverkehrs jeder Grundlage. Der Kreisverkehr befinde sich nordwestlich des Plangebiets. Dieser sei über den Scharbeutzer Weg und die Lübecker Straße unmittelbar an die B 432 angeschlossen. Die Beklagte habe noch nicht einmal den Versuch unternommen, darzulegen, warum diese Aufwendungen gerade im Hinblick auf das Vorhaben entstanden seien.

Entgegen der Auffassung der Beklagten führe die Teilnichtigkeit auch zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages. Abzustellen sei hier auf die Regelung in § 59 Abs. 3 VwVfG. Dessen Voraussetzungen lägen im hiesigen Fall jedoch nicht vor. Es sei nämlich nicht vorstellbar, dass die Beklagte den Erschließungsvertrag auch ohne Regelung der anfallenden Folgekosten geschlossen hätte.

Ferner sei ein Sicherheitszuschlag von jeweils 17 % jedenfalls in Bezug auf die Folgekosten und die Kosten für die Errichtung eines Spielplatzes unzulässig. Die - unwirksame - Verpflichtung zur Zahlung von Folgekosten beziehungsweise eines Infrastrukturbeitrags sei auf die Zahlung einer festen Geldsumme gerichtet. Etwaige Preissteigerungen im Fall eines Ausfalls der Klägerin, die der Sicherheitszuschlag abdecken solle, könnten mithin nicht entstehen. Hinsichtlich der Pflicht zur Errichtung eines Kinderspielplatzes sei diese Pflicht der Klägerin auf eine maximale Summe von 75.000 € gedeckelt (vgl. II. § 3 Abs. 2 e) der Vereinbarung).

In diesem Zusammenhang sei auch zu berücksichtigen, dass der Beklagten bekannt gewesen sei, dass die Klägerin zum einen unter erheblichem zeitlichen Druck aufgrund der Bindungsfrist gestanden habe. Zum anderen sei ihr auch bekannt gewesen, dass die Klägerin aufgrund der bereits von ihr erbrachten erheblichen Vorleistungen unter dem wirtschaftlichen Druck gestanden habe, einen Erschließungsvertrag abzuschließen. Eine „Verhandlung auf Augenhöhe“ sei nicht erfolgt. Die Beziehung zwischen den Beteiligten sei

vielmehr davon geprägt gewesen, dass die Beklagte für die Klägerin überraschend Forderungen gestellt habe und eine Verhandlungsbereitschaft habe vermissen lassen. Dies habe insbesondere die Aspekte Folgekosten und Bürgschaftshöhe betroffen. Die überraschend von der Beklagten vorgeschlagene Höhe der Bürgschaft habe die Klägerin davon abhalten sollen, den Erschließungsvertrag abzuschließen. Sie habe den zeitlichen und wirtschaftlichen Druck, unter dem die Klägerin im Beurkundungstermin gestanden habe, ausgenutzt, um einseitig Vertragsbedingungen zu diktieren.

Darüber hinaus sei die in II.10 der Vereinbarung normierte Leistungspflicht zur Übergabe einer Vertragserfüllungsbürgschaft auch nach § 126 Abs. 1 LVwG SH in Verbindung mit § 138 BGB nichtig. Die Verpflichtung zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 2.500.000 € sei bereits wegen anfänglicher Übersicherung nichtig. Der anfängliche Auftragswert für die zu sichernde Leistung der Klägerin habe 1.818.229,44 € betragen. Dem habe eine anfängliche Sicherung von 2.500.000 € gegenübergestanden. Diese Übersicherung habe sich noch gesteigert, sodass nunmehr eine nachträgliche Übersicherung vorliege.

Schließlich sei die von der Beklagten, trotz wiederholter Aufforderung durch die Klägerin, verweigerte (Teil-)Abnahme des fertig gestellten Bauabschnitts ein weiterer Beleg für die Nichtigkeit des Erschließungsvertrages. Die dazu in II. § 7 der Vereinbarung getroffene Regelung sei unangemessen. Sie bevorteile die Beklagte einseitig. Dabei sei insbesondere zu berücksichtigen, dass Teile der Leistung der Klägerin bereits erbracht seien. Dies betreffe zum Beispiel die Kanäle. Diese seien fertig gestellt. Sie würden, bis der Endausbau stattfinden könne, genutzt werden. Auf den Zeitpunkt des Endausbaus habe die Klägerin keinen Einfluss. Bis zu diesem Zeitpunkt würden voraussichtlich mehrere Jahre vergehen, in denen die fertig gestellten Kanäle fortwährend in Benutzung sein würden. Das Risiko einer eintretenden Mangelhaftigkeit dieser großen Teilleistung alleine der Klägerin aufzubürden, sei unangemessen. Der zwischen den Beteiligten geschlossene Erschließungsvertrag sei insofern auch deshalb rechtswidrig, weil er keine Regelung zu den Modalitäten der Übernahme der Schmutzwasserleitung bzw. der Übergabe selbiger an die Beklagte sowie den ZVO enthalte. Jedenfalls sei ein Dissens im Sinne des § 155 BGB analog anzunehmen, weil die Vertragsparteien ersichtlich erheblich divergierende Auffassungen bezüglich der Vertragsmodalitäten im Hinblick auf die Übertragung der Schmutzwasseranlagen hätten.

Hilfsweise, für den Fall der Wirksamkeit von II. § 10 der Vereinbarung, stehe der Klägerin ein Anspruch auf Freigabe einer noch verbürgten Bürgschaftssumme in Höhe von - zum

Zeitpunkt der Klageerhebung - jedenfalls 204.979,30 € (= Sicherheitszuschlag in Höhe von 2.403,73 € bzw. 17 % bezogen auf die 5. Abschlagsrechnung der H. in Höhe von 14.131,25 € brutto + 4.270,56 € ursprüngliche Übersicherung + Sicherheitszuschlag in Höhe von 723,22 € bzw. 17 % bezogen auf die ursprüngliche Übersicherung + Sicherheitszuschlag in Höhe von 53.550 € bzw. 40 % bezogen auf die 1. Abschlagsrechnung der Firma L. GmbH in Höhe von 133.875 € + Sicherheitszuschlag in Höhe von 141.372 € bzw. 40 % bezogen auf die 2. Abschlagsrechnung der Firma L. GmbH in Höhe von 353.430 € + Sicherheitszuschlag in Höhe von 2.659,79 € bzw. 17 % bezogen auf die 6. Abschlagsrechnung der H. in Höhe von 15.636 €) zu.

Der Vertrag sei auch deshalb unangemessen und damit jedenfalls teilweise nichtig, weil er keine Regelung enthalte, die einer verbotenen Doppelbelastung sowohl der Klägerin als auch der Grundstückseigentümer entgegenwirke. Die Vorgehensweise der Beklagten, 100-prozentige Kostenübernahme für die Herstellung der Schmutzwasseranlagen durch die Klägerin und die Übernahme der Anliegerkosten zu verlangen (II. § 9 der Vereinbarung), stelle eine unangemessene Doppelbelastung sowohl der Klägerin als auch der Grundstückserwerber dar. Nach eigener Aussage des ZVO werde er auch bei unentgeltlicher Überlassung der Abwasserleitungen seitens der Klägerin die Grundstückseigentümer im streitgegenständlichen Baugebiet zu Anschlussbeiträgen heranziehen. Da weder der Beklagten noch dem ZVO Kosten für die Herstellung der Abwasserleitung entstanden seien, diese aber für die Berechnung der Höhe der Anschlussbeiträge gemäß der Beitrags- und Gebührensatzung für die zentrale und dezentrale Schmutzwasserbeseitigung des Zweckverbandes Ostholstein ungemindert heranzuziehen seien, entstehe jedenfalls im Hinblick auf die Grundstückseigentümer eine unangemessene Doppelbelastung, die nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu einer jedenfalls teilweisen Unwirksamkeit des angefochtenen Erschließungsvertrages führen müsse. Jedenfalls stelle die Weigerung der Beklagten, die Abnahme bzw. Übernahme der von der Klägerin hergestellten Schmutzwasserleitung zu erklären bzw. dafür Sorge zu tragen, dass der ZVO diese erkläre, eine vertragliche Nebenpflichtverletzung der Beklagten dar. Losgelöst davon habe die Klägerin mit der endgültigen Herstellung der Leitungsanlagen ihre vertraglichen Pflichten erfüllt.

Entgegen der Auffassung der Beklagten seien die Erschließungsanlagen aufgrund der Breite des für die öffentliche Straße vorgesehenen Grundstücks auch nie mangelhaft gewesen. Die Beklagte unterschlage, dass Bestandteil der von ihr genehmigten Ausführungsplanung gewesen sei, dass die öffentliche Straßenverkehrsfläche mit 7,35 m



auf öffentlichem Grund liege. Die unterirdischen Betonrückenstützen sollten auf privatem Grund liegen. Dies gehe aus dem Straßenbaulageplan, der Bestandteil der Ausführungsplanung sei, hervor (Bezugnahme auf Bl. 63 der Beiakte C zur Gerichtsakte). Hierauf habe die Klägerin die Beklagte auch in ihrem Schreiben vom 5. September 2016 bereits hingewiesen (Bezugnahme auf Bl. 64 der Beiakte C zur Gerichtsakte). Losgelöst davon sei zwischenzeitlich eine Neuvermessung erfolgt. Der Abstand zwischen den an die privaten Erwerber übereigneten Grundstücke betrage jetzt 7,75 m. Von einer Mangelhaftigkeit der Erschließungsanlagen könne daher nicht (mehr) die Rede sein.

Zur Begründung ihres im Wege der Klageerweiterung geltend gemachten Begehrens trägt die Klägerin vor:

Die Klägerin habe ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit des Erschließungsvertrages. Sie sei fortwährend Nachforderungen der Beklagten ausgesetzt. Die beantragte Feststellung sei geeignet, die rechtliche Beziehung zwischen den Beteiligten für die Zukunft zu klären. Jedenfalls einzelne in der Vereinbarung festgehaltene Verpflichtungen der Klägerin seien unwirksam bzw. nichtig. Es bestehe keine Verpflichtung zur Zahlung von Folgekostenbeiträgen. Auch sei die Klägerin nicht zur Errichtung von Knickschutzzäunen auf den privaten Grundflächen verpflichtet. Insbesondere ergebe sich eine derartige Pflicht nicht aus II. § 3 Abs. 2 d) der Vereinbarung, weil hiernach Maßnahmen auf dem Baugrundstück, wozu auch die private Grünfläche zähle, nicht erfasst seien. Letztlich sei die in II. § 8 Abs. 4 der Vereinbarung vorgesehene Regelung unwirksam. Nach den Regelungen des Erschließungsvertrages sei die Klägerin verpflichtet, unter anderem auf den in dem Feststellungsantrag enthaltenen Flächen, die notwendigen Ausgleichsmaßnahmen herzustellen. Es verbleibe allerdings ein erheblicher Überschuss (Bezugnahme auf Bl. 509, 527 der Gerichtsakte: 15.310 m<sup>2</sup>). Nach II. § 8 Abs. 4 der Vereinbarung erhalte die Klägerin für die unentgeltliche Flächenübertragung und den Ausgleichspunkten keine Vergütung. Dies sei jedoch in den Vorbesprechungen versprochen worden. Die einseitig diktierte Verpflichtung zur kostenlosen Übertragung der Grünflächen und der damit verbundenen Punkte im Ausgleichsflächenpool verstoße gegen das Koppelungsverbot und sei unangemessen (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB). Soweit die Flächen nicht als Ausgleich für den hier relevanten Bebauungsplan Nr. 86 – Sch – benötigt werden würden, stünden diese Flächen, die sich die Beklagte im Rahmen des Erschließungsvertrages habe zusprechen lassen, bereits in keinem sachlichen Zusammenhang mit dem Vorhaben und dem Vertragsgegenstand. Die Ökopunkte, die diese Ausgleichsflächen als Überschuss beinhalteten, sollten gerade für andere Baugebiete/-vorhaben verwandt werden. Die Beklagte verfolge mit ihrer Forderung allein

fiskalische Interessen; dies sei ihr nicht erlaubt. Ein Sachzusammenhang bestehe - auch nach der eindeutigen Aussage der Begründung des Bebauungsplans - nicht.

Bezogen auf das Schadenersatz- bzw. das diesbezügliche Feststellungsbegehren der Klägerin gelte Folgendes: Die Verträge der Klägerin mit den Erwerbern der Baugrundstücke würden zurzeit vorsehen, dass die Kaufpreise erst fällig werden würden, wenn der Kaufgegenstand gemäß § 33 BauGB bebaubar sei, was im Zweifelsfall der Kreis Ostholstein als untere Bauaufsichtsbehörde entscheide. Die Beklagte habe allerdings - trotz der wiederholten Aufforderung seitens der Klägerin und des Notars - die gesicherte Erschließung erst mit Schreiben vom 5. April 2017 (Anlage K60, Beiakte C zur Gerichtsakte), d.h. eine Woche vor Abnahme der Baumaßnahme durch die Klägerin gegenüber der Firma L. GmbH, bestätigt. Tatsächlich habe eine gesicherte Erschließung schon früher vorgelegen, nämlich mit Abschluss des Erschließungsvertrages zwischen den Beteiligten, Übergabe der Bürgschaft und Inkrafttreten des qualifizierten Bebauungsplanes Nr. 86 – Sch –. Dies sei bereits am 21. Juni 2016 der Fall gewesen. Jedenfalls aber sei bereits ab dem 22. Juni 2016 eine gesicherte Erschließung zu erklären gewesen, weil damit habe gerechnet werden können, dass die Erschließungsanlagen im Zeitpunkt der voraussichtlichen Fertigstellung der Bauvorhaben, spätestens bei deren Gebrauchsabnahme, funktionsfähig angelegt seien und auf Dauer zur Verfügung stünden. Die verspätete Erklärung der Beklagten habe dazu geführt, dass eine Fälligkeitsstellung der noch offenen Kaufpreisforderungen erst am 11. April 2017 durch den Notar habe erfolgen können. Durch diese unberechtigte Weigerung der Beklagten, die gesicherte Erschließung zu klären, sei der Klägerin ein Schaden entstanden.

Die Klägerin hat zunächst - bei verständiger Würdigung ihres Begehrens - angekündigt zu beantragen,

1. die Beklagte zu verurteilen, die von ihr in Form der Bürgschaftserklärung der E., E-Straße, E-Stadt bei der Beklagten hinterlegte Sicherheitsleistung in Höhe von 1.982.927,15 € an sie herauszugeben;
2. hilfsweise, die Beklagte zu verurteilen, die von ihr in Form der Bürgschaftserklärung der E., E-Straße, E-Stadt bei der Beklagten hinterlegte Sicherheitsleistung in Höhe von 204.979,30 € freizugeben.

Mit Schriftsatz vom 8. Juni 2017 bzw. 28. März 2019 hat die Klägerin ihre Klage erweitert bzw. ihre angekündigten Klageanträge - insbesondere vor dem Hintergrund zwischenzeitlich erfolgter weiterer Freigaben - neu gefasst.

In der mündlichen Verhandlung haben die Beteiligten den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt, soweit die Bürgschaft seit Klageerhebung in Höhe eines Betrages von 1.185.897,15 € (= 1.982.927,15 € - 797.030 €) freigegeben wurde, ebenso im Hinblick auf den mit Klageerhebungsschriftsatz vom 24. Oktober 2016 angekündigten Klageantrag zu Ziff. 2. (Freigabe der Bürgschaft in Höhe von 204.979,30 €) und den mit Schriftsatz vom 28. März 2019 angekündigten Klageantrag zu Ziff. 5 (Freigabe der Bürgschaft in Höhe von 238.000 €).

Die Klägerin beantragt,

1. festzustellen, dass der Erschließungsvertrag vom 07.06.2016 (Anlage K 1) unwirksam/nichtig bzw. eine Vereinbarung zwischen den Beteiligten nicht zustande gekommen ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, die von der Klägerin in Form der Bürgschaftserklärung der E., E-Straße, E-Stadt bei der Beklagten hinterlegte Sicherheitsleistung in Höhe von 797.030 € herauszugeben;
3. festzustellen, dass die Beklagte der Klägerin die ihr durch die verspätete Erklärung der gesicherten Erschließung entstandenen Schäden zu ersetzen hat;
4. hilfsweise zu 1., für den Fall, dass keine Gesamtunwirksamkeit/-nichtigkeit des Erschließungsvertrages vorliegt, festzustellen, dass der Vertrag jedenfalls in Bezug auf einzelne darin enthaltenen Verpflichtungen der Klägerin unwirksam/nichtig ist. Dies bezieht sich darauf, festzustellen:
  - dass die Klägerin nicht zur Zahlung des Folgekostenbeitrages an die Beklagte in Höhe von 238.000,00 € gemäß § 2 Abs. 3 des notariellen Vertrags, I. Städtebaulicher Vertrag, (Anlage K 1) verpflichtet ist und sein wird;
  - dass die Klägerin nicht gegenüber der Beklagten verpflichtet ist, entlang des vorhandenen westlichen Knicks auf den privaten Grünflächen der Baugrundstücke einen Knickschutzzaun zu errichten;
  - dass die Klägerin nicht nach § 8 Abs. 4 des Erschließungsvertrages, II. Teil (Anlage K 1) verpflichtet ist, der Beklagten die öffentlichen Grünflächen des Flurstückes xx in einer Größe von ca. 21.000 m<sup>2</sup> und des Flurstückes xx mit einer Größe von ca. 19.000 m<sup>2</sup> unentgeltlich zu übereignen, soweit diese Flächen mit einem Anteil von 15.310 m<sup>2</sup> nicht als Ausgleichsfläche für Eingriffe durch den Bebauungsplan Nr. 86 – Sch – der Beklagten dienen;

5. hilfsweise zu 1. und ergänzend zu 4. die Beklagte zu verurteilen, die von der Klägerin in Form der Bürgschaftserklärung der E., E-Straße, E-Stadt bei der Beklagten hinterlegte Sicherheitsleistung in Höhe von 200.194 € freizugeben.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die ursprünglich gestellten Klageanträge seien unbegründet. Entgegen der Ansicht der Klägerin seien bereits in der Vergangenheit ursächlich auf das von der Klägerin erschlossene Baugebiet zurückzuführende Leistungen erbracht worden. Insgesamt seien für diese Infrastrukturmaßnahmen Kosten in Höhe von 7.464.770,27 € entstanden. Darüber hinaus würden aufgrund des neu zu erschließenden Baugebietes weitere Aufwendungen entstehen. Die mit 238.000 € angesetzte Summe für Folgekosten sei anhand einer umfangreichen Kalkulation der Infrastrukturmaßnahmen ermittelt worden. Die Kostenübernahme durch die Klägerin sei daher wirksam vereinbart worden. Im Übrigen folge aus einer - unterstellten - Nichtigkeit der Regelung in I. § 2 Abs. 3 der Vereinbarung keine Unwirksamkeit des gesamten Vertrages. Die Klägerin trage selbst nicht vor, dass der Vertrag entsprechend der Regelung in § 139 BGB bei Kenntnis einer etwaigen Unwirksamkeit der Klausel nicht geschlossen worden wäre. Darüber hinaus enthalte jeder Teil des Vertrages eine Klausel, wonach die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen die Wirksamkeit der übrigen Regelungen des Vertrages nicht berühre und sich die Parteien in diesem Fall verpflichteten, die unwirksame Bestimmung durch eine solche zu ersetzen, die dem Sinn und Zweck des Vertrages rechtlich und wirtschaftlich am nächsten komme (I. § 6 Abs. 2, II. § 2 Abs. 2, IV. § 2 der Vereinbarung).

Entgegen der Darstellung der Klägerin bestehe zwischen der vereinbarten Bürgschaftssumme in Höhe von 2.500.000 € und den vermeintlichen bzw. - mit Nichtwissen - bestrittenen tatsächlichen Ausgaben in Höhe von 1.818.229,44 € zuzüglich der vereinbarten Sicherheitszuschläge in Höhe von 630.543,01 €, insgesamt daher in Höhe von 2.448.772,45 € (vgl. Bl. 111 f. der Gerichtsakte), lediglich eine Differenz in Höhe von 51.227,55 € (= 2.500.000 € - 2.448.772,45 €). Eine derartige Abweichung sei bei umfangreichen Vorhaben dieser Art aufgrund der einzukalkulierenden Unwägbarkeiten vollkommen üblich, weshalb eine Unangemessenheit im Sinne von § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB ausscheide, zumal den Beteiligten klar gewesen sei, dass es sich bei der der Berechnung zugrunde gelegten Summe lediglich um prognostizierte Kosten gehandelt habe. Bei der Ermittlung der Bürgschaftssumme in Höhe von 2.500.000 € sei zudem zu

berücksichtigen, dass die Firma L. GmbH ursprünglich mit einer Angebotssumme von 1.594.918,72 € kalkuliert habe. Die weiteren Positionen seien dann (seitens der Beklagten) entsprechend dieser Aufstellung hinzugesetzt worden (vgl. die Auflistung der Beklagten vom 13. Juni 2016), sodass die Beteiligten bei Abschluss des Vertrages bzw. Erteilung der Bürgschaft übereinstimmend und berechtigterweise von einer (berechneten) Gesamtbürgschaftssumme von 2.500.000 € ausgegangen seien, zumal die Klägerin der Beklagten erst nach Vertragsschluss am 13. Juni 2016 die endgültige Auftragssumme in Höhe von 1.397,500 € mitgeteilt habe. Auch seien die von der Klägerin in der Anlage K 15 (Bl. 71 f. der Gerichtsakte) vorgelegten und bestrittenen abweichenden Beträge nicht nachvollziehbar. Zum Zeitpunkt der Bürgschaftserteilung seien diese jedenfalls noch unbekannt gewesen und könnten daher nicht zur Berechnungsgrundlage gemacht werden. Letztlich diene die Vorschrift des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB insbesondere auch dem Schutz privater Grundstückseigentümer. Bei der Klägerin handele es sich jedoch um ein großes und erfahrenes Erschließungsunternehmen, das mit der Beklagten auf Augenhöhe verhandelt habe. Eine Unangemessenheit im Sinne von § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB scheide folglich aus.

Soweit die Klägerin behauptet, die genaue Ermittlung der Bürgschaftshöhe sei erst nach dem Notartermin am 13. Juni 2016 erfolgt, sei dieser Vortrag unzutreffend. Tatsächlich sei die Höhe der Bürgschaft bereits am 3. Juni 2016 von der Beklagten ermittelt worden (Bl. 306 der Gerichtsakte). Dass die Bürgschaftssumme nicht früher habe kalkuliert werden können, dafür sei einzig und allein die Klägerin verantwortlich, weil sie zunächst nicht die für die Beklagte notwendige Zuarbeit hinsichtlich der Kostenberechnung geliefert habe. Bereits Mitte 2016 sei sie auf die fehlende Kostenberechnung hingewiesen worden. Hinzu komme, dass der Klägerin bewusst gewesen sei, dass sich die Bürgschaftssumme von 2.000.000 € noch erhöhen werde. Die Beklagte habe nämlich unstreitig die Klägerin darauf hingewiesen, dass diese Summe noch ohne Berücksichtigung von Mehrkosten - für die eben noch keine Kostenberechnung vorgelegen habe - und des Risikozuschlags ermittelt worden sei.

Entgegen der Auffassung der Klägerin habe die Beklagte bei der Ermittlung der Bürgschaftssumme die geprüfte Angebotssumme der Firma L. GmbH in Höhe von 1.594.918,72 € auch deshalb zugrunde legen dürfen, weil im Falle einer Nichtleistung durch die Firma L. GmbH ein anderes Unternehmen mit den Leistungen hätte beauftragt werden müssen, die nicht an die mit der Firma L. GmbH verhandelten Konditionen gebunden gewesen wäre. Welche Leistungen im Einzelnen von diesem Auftrag umfasst gewesen seien, habe (zudem) von der Beklagten nicht überprüft werden können, weil das

Leistungsverzeichnis mit dieser nicht abgestimmt gewesen sei. Die Beaufschlagung der ermittelten Gesamtsumme mit 20 % sei erfolgt, weil der Beklagten das beauftragte Leistungsverzeichnis nicht bekannt gewesen sei, also auch nicht habe festgestellt werden können, ob alle zur Erschließung gehörenden Maßnahmen beauftragt worden seien. Die genaue Aufteilung des „Sicherheitsaufschlages“ zu den einzelnen Positionen sei schließlich von der Klägerin selbst und nicht von der Beklagten vorgenommen worden.

Dass die Beklagte die Freigabe von Sicherheitszuschlägen abgelehnt habe und diese erst zum Ende der Erschließungsmaßnahmen freigeben würden, beruhe auf dem Umstand, dass sie sich in nachvollziehbarer Weise für den Fall absichere, dass Teilleistungen des umfangreichen Erschließungsvorhabens von der Klägerin nicht ausgeführt würden und deshalb Dritte - dann möglicherweise zu höheren Preisen - mit diesen Leistungen beauftragt werden müssten. Zudem bestehe ein berechtigtes Interesse der Beklagten, etwaige Gewährleistungsansprüche für die Zukunft abzusichern. Zwar sehe der zwischen den Beteiligten geschlossene Erschließungsvertrag auch eine Gewährleistungsbürgschaft vor, welche originär dieses Erfordernis erfüllen solle. Indes regle II. § 10 Abs. 1 UAbs. 3 der Vereinbarung, dass die Freigabe der Vertragserfüllungsbürgschaft erst nach Vorlage der Gewährleistungsbürgschaft höchstens bis zur 90 % der Bürgschaftssumme nach Abs. 3 erfolge. Die Gewährleistungsbürgschaft sei nach Abs. 3 jedoch erst nach Abnahme der Maßnahme und Vorlage der Schlussrechnung mit Anlagen zu stellen. Während dieser Zwischenzeit erfolge die Absicherung über Sicherheitszuschläge bzw. über die Vertragserfüllungsbürgschaft.

Schließlich resultiere eine Berechtigung zur Verweigerung der Freigabe der Sicherheitszuschläge aus dem Umstand, dass bereits jetzt die Mangelhaftigkeit der Erschließungsmaßnahme feststehe.

Dass die von der Klägerin hergestellten Abwasseranlagen von der Beklagten noch nicht abgenommen worden seien, beruhe auf dem Umstand, dass die Klägerin nach II. § 2 Abs. 5 der Vereinbarung die Herstellung der Wasserversorgung sowie die Schmutzwasserentsorgung in einem separaten Vertrag mit dem Zweckverband Ostholstein zu regeln habe. Dies umfasse auch die Abnahme der entsprechenden Vertragsleistung. Die Klägerin habe indes den vorgelegten Vertragsentwurf des ZVO bis heute nicht unterzeichnet. Die Verzögerung dieser Vertragsverhandlung liege nicht im Verantwortungsbereich des ZVO und schon gar nicht der Beklagten. Vielmehr verweigere die Klägerin eine Einigung auf Grundlage des Vertragsentwurfes nach Kenntnis der Beklagten aufgrund der darin enthaltenen Verpflichtungen in § 1 des Entwurfs zur

unentgeltlichen Übertragung der Schmutzwasserbeseitigungsanlagen auf den ZVO. Insofern obliege eine Einigung jedoch allein den jeweiligen Vertragsparteien, sodass diesbezügliche Schwierigkeiten jedenfalls nicht zulasten der Beklagten gingen. Angesichts dessen obliege es auch einzig dem ZVO, die Abnahme zu erklären. Eine Verantwortlichkeit der Beklagten bestehe nicht. Ungeachtet dessen lägen die Abnahmevoraussetzungen derzeit noch nicht vor, weil die Mangelhaftigkeit der Leistung noch nicht nachgewiesen sei. Die Abnahme könne nach II. § 7 der Vereinbarung erst erfolgen, wenn die Anzeige der Fertigstellung der Gesamterschließungsmaßnahme erfolgt sei.

Eine Unwirksamkeit von II. § 10 der Vereinbarung nach § 126 LVwG SH in Verbindung mit § 138 BGB bestehe gleichfalls nicht. Im Hinblick auf eine zur Unwirksamkeit führende anfängliche Übersicherung fehle es bereits an dem erforderlichen groben Missverhältnis. Weder folge ein solches aus einer von der Klägerin behaupteten Abweichung der Bürgschaftssumme von den tatsächlichen Auftragswerten noch ergebe sie sich aus einer Verbürgung der abgesicherten Leistung aus der Folgekostenvereinbarung, weil diese wirksam vereinbart worden sei. Auch eine verwerfliche Gesinnung der Beklagten werde von der Klägerin selbst bereits nicht - hinreichend substantiiert - behauptet.

Eine zur Unwirksamkeit führende nachträgliche Übersicherung liege angesichts einer zu vernachlässigenden Abweichung von 51.227,55 € nicht vor. Dabei seien die Sicherheitszuschläge zulässigerweise verbürgt worden.

Im Hinblick auf das im Wege der Klageerweiterung geltend gemachten Begehren der Klägerin erwidert die Beklagte wie folgt:

Die Klage sei insofern bereits unzulässig. Der Klageerweiterung werde ausdrücklich widersprochen. Diese sei auch nicht sachdienlich. Bisher sei ausschließlich über die Wirksamkeit von II. § 10 der Vereinbarung im Hinblick auf die Vertragserfüllungsbürgschaft und I. § 2 Abs. 3 der Vereinbarung hinsichtlich der Infrastrukturaufwendungen gestritten worden. Selbst wenn eine dieser Vorschriften unwirksam wäre, ergebe sich daraus nicht die Unwirksamkeit des gesamten Erschließungsvertrages.

Jedenfalls sei die Klage auch insofern unbegründet. Bezogen auf die zwischen den Beteiligten streitige Verpflichtung zur Herstellung eines Knickschutzzaunes missdeute die Klägerin die Regelung in II. § 3 Abs. 2 d) der Vereinbarung. Hiernach umfasse die Erschließung insbesondere die erstmalige Herstellung der örtlichen Straßen, Wege, Plätze und Anlagen einschließlich Grün- und Ausgleichsflächen gemäß Bundesnaturschutzgesetz innerhalb des Baugebietes (ausgenommen solche auf den Baugrundstücken) sowie auf der

durch die Grünplanung bestimmten Ausgleichsflächen des Baugebietes nach Maßgabe der von der Gemeinde genehmigten Ausbauplanung. Der rechtskräftige Bebauungsplan habe inhaltlich im Teil B unter der Ziffer 7.3 die Erläuterung: „Die Grünfläche „Knickschutzstreifen“ ist außerhalb des Knicks zu einer Kraut- und Grasflur zu entwickeln und gegenüber den Baugrundstücken durch einen mindestens 1,2 m hohen Zaun abzugrenzen.“ Insoweit seien die von der Klägerin übernommenen Verpflichtungen nach dem Erschließungsvertrag völlig eindeutig.

Bezogen auf die in II. § 8 Abs. 4 der Vereinbarung normierte Verpflichtung der Klägerin zur Übertragung der Grünflächen habe diese zwar im Rahmen des Bauleitplanverfahrens darauf hingewiesen, dass nach ihrer Auffassung ein „Ausgleichsüberschuss“ entstanden sei. Das Entwässerungskonzept zur Niederschlagswasserbeseitigung beinhalte auf der Überschussfläche allerdings den Bau eines Regenrückhaltebeckens, die Schaffung von Versickerungsgräben, sowie die Anlegung einer Retentionsfläche, die das anfallende Niederschlagswasser verriegelten. Daher sei die Übertragung dieser Fläche notwendig, um die gesicherte Erschließung zu gewährleisten. Die wasserbehördliche Erlaubnis dafür datiere vom 5. April 2016 (Bl. 532 der Gerichtsakte).

Im Hinblick auf das geltend gemachte Schadenersatzbegehren sei der - zunächst mit Schriftsatz vom 8. Juni 2017 angekündigte - Antrag zu unbestimmt. Darüber hinaus habe die gesicherte Erschließung von Seiten der Beklagten erst bestätigt werden können, nachdem die Klägerin die Neuvermessung der Straßenfläche vorgenommen habe, damit die örtliche Einrichtung auf öffentlichen Grund liege und damit eine Übernahme möglich werde.

Am 29. März 2019 hat der Berichterstatter die Sach- und Rechtslage mit den Beteiligten erörtert. Im Anschluss daran reichte die Beklagte eine Genehmigungserklärung des ZVO zur Gerichtsakte. Darüber hinaus erkannte sie - ausgehend von einem entrichteten Kaufpreis in Höhe von insgesamt 2,16 €/m<sup>2</sup> - das Bestehen eines Ausgleichsanspruchs in Höhe von 12.836,88 € im Hinblick auf eine Ausgleichsfläche von 5.945 m<sup>2</sup>, die als Ausgleichspool für künftige Plangebiete diene, an. Letztlich wurde der auf die Infrastrukturaufwendungen verbürgte Betrag in Höhe von 238.000 € sowie ein Sicherheitszuschlag in Höhe von 23.800 € freigegeben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte nebst Beiakten Bezug genommen.



## **Entscheidungsgründe**

I. Soweit die Beteiligten die Klage übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, wird das Verfahren analog § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO eingestellt.

II. Im Hinblick auf den Klageantrag zu Ziff. 3. erweist sich die beantragte Klageänderung in Form einer Klageerweiterung als unzulässig. Es handelt sich hierbei um eine unzulässige Klageänderung im Sinne des § 91 VwGO. Eine Klageänderung liegt vor, wenn der Streitgegenstand eines anhängigen Verfahrens nach Erhebung der Klage durch klägerische Erklärung geändert wird. Dies kann durch Austausch, aber auch - wie hier - durch Erweiterung des Klagebegehrens im Sinne des § 88 VwGO erfolgen (vgl. BVerwG, U. v. 18.08.2005 - 4 C 13/04 -, NVwZ 2006, 87; Peters/Kujaht, in: Sodan/Ziekow, 5. Aufl. 2018, § 91 VwGO, Rdnr. 18). Die Beklagte hat ihre Zustimmung zu der nachträglichen Klageänderung mit Schriftsatz vom 29.06.2017 verweigert, § 91 Abs. 1, 1. Alt. VwGO. Die Klageänderung ist auch nicht sachdienlich im Sinne des § 91 Abs. 1, 2. Alt. VwGO, soweit die Klägerin mit dem Klageantrag zu Ziff. 3. die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Leistung von Schadensersatz begehrt. Eine Klageänderung ist dann sachdienlich, wenn für die geänderte Klage der Streitstoff im Wesentlichen derselbe bleibt und die Klageänderung die endgültige Beilegung des Rechtsstreits fördert. Sachdienlichkeit ist in der Regel zu verneinen, wenn durch die Klageänderung ein gänzlich neuer Prozessstoff eingeführt wird, der die Grundlagen des bisherigen Rechtsstreits ändert oder wenn der Rechtsstreit ohne Berücksichtigung der Klageänderung bereits entscheidungsreif wäre (vgl. BVerwG, U. v. 27.02.1970 - IV C 28/67 -, NJW 1970, 1564 <1565>; VGH Mannheim, U. v. 16.09.1993 - 2 S 559/92 -, VBIBW 1994, 147; Kopp/Schenke, 25. Auflage 2019, § 91 VwGO, Rdnr. 19, mit weiteren Nachweisen). Gemessen daran steht der Annahme einer Sachdienlichkeit hinsichtlich des Klageantrages zu Ziff. 3. der Umstand entgegen, dass durch diese Klageänderung ein gänzlich neuer Prozessstoff, der die Grundlagen des bisherigen Rechtsstreits ändert, in das Verfahren eingeführt würde. Die Frage, ob die Beklagte die Erschließung bereits zu einem früheren Zeitpunkt hätte erklären müssen bzw. diese (schuldhaft) zu spät erklärt hat, bedarf der Klärung anhand eines Streitstoffes, der nicht - im Wesentlichen - mit dem bisherigen Streitstoff übereinstimmt. Der bisherige Streitstoff hat nichts gemein mit der von der Klägerin begehrten Feststellung des Bestehens von Schadensersatzansprüchen gegenüber der Beklagten. Es bestehen damit wesentliche Unterschiede zwischen den Streitgegenständen, weshalb durch die Klageänderung auch kein weiterer Prozess vermieden, sondern nur ein neuer Prozess unter einem alten Aktenzeichen fortgeführt werden würde (vgl. hierzu auch VG Düsseldorf, U. v. 25.09.2015 - 13 K 7604/14 -, juris, Rdnr. 22 unter Bezugnahme auf VG Bremen, U. v. 20.11.1997 - 2 A 65/96 -, juris, Rdnr. 18; VGH München, U. v. 21.06.1993 - 20 B 92.1949 -, BeckRS 1993,

11447; OVG Münster, B. v. 30.09.2002 - 6 A 1106/99 -, juris, Rdnr. 8). Unter diesen Umständen erweist sich die Klageänderung als nicht sachdienlich und daher vorliegend als unzulässig. Etwas anderes gilt jedoch hinsichtlich der erfolgten Klageerweiterungen im Übrigen. Der Streitstoff bleibt im Wesentlichen derselbe. Dem Klageerweiterungsbegehren liegt praktisch derselbe Streitstoff zugrunde, weil es auch insofern auf die Frage ankommt, ob die notarielle Vereinbarung wirksam geschlossen wurde bzw. sich einzelne Regelungen als unwirksam erweisen und wie einzelne Regelungen der Vereinbarung auszulegen sind bzw. die Beklagte zur (Teil-)Freigabe der Bürgschaft verpflichtet ist. Auch wird insofern die endgültige Beilegung des Rechtsstreits zwischen den Beteiligten gefördert.

III. Darüber hinaus ist die Klage, soweit nach den übereinstimmenden Erledigungserklärungen den Beteiligten noch über sie zu entscheiden war, zulässig (dazu unter 1.) und begründet (dazu unter 2.).

1. Die Klage ist zulässig. Das beschließende Gericht ist für die streitgegenständliche Verwaltungsrechtssache sachlich zuständig (§ 45 VwGO). Denn der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet. Dieser ist gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Dies gilt insbesondere auch, soweit die Klägerin eine Herausgabe der Bürgschaftsurkunde begehrt. Ein derartiger Leistungsanspruch ist öffentlich-rechtlicher Natur, weil der geltend gemachte Erstattungsanspruch als gleichsam umgekehrter Leistungsanspruch dem öffentlichen Recht angehört bzw. die Vereinbarung als öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 121 LVwG SH nach seinem Zweck und Gegenstand einen vom öffentlichen Recht geordneten Sachbereich betrifft (vgl. dazu VGH Mannheim, U. v. 31.03.2015 - 3 S 2016/14 -, juris, Rdnr. 40; BVerwG, U. v. 16.05.2000 - 4 C 4/99 -, juris, Rdnr. 15; VG Augsburg, Urteil vom 10.10.2013 - Au 5 K 10.2056 -, juris, Rdnrn. 167 ff.; OVG Lüneburg, U. v. 18.02.2016 - 1 LC 28/12 -, juris, Rdnrn. 95 f.; vgl. in diesem Zusammenhang auch BVerwG vom 12.03.2018 - 10 B 25.17 -, juris, betreffend die Frage, wann ein Sicherungsgeschäft öffentlich-rechtlicher oder bürgerlich-rechtlicher Art ist).

Auch ist im Hinblick auf die Feststellungsanträge das nach § 43 Abs. 1 VwGO erforderliche Feststellungsinteresse der Klägerin gegeben. Ein solches Interesse kann rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein. Die gerichtliche Entscheidung muss geeignet sein, die Rechtsposition des Klägers zu verbessern (vgl. nur BVerwG, U. v. 27.01.2010 - 8 C 38.09 -, juris, Rdnr. 52; U. v. 13.09.2017 - 10 C 6/16 -, juris, Rdnr. 13). So liegt der Fall hier. Über die zwischen den Beteiligten bestehenden Meinungsverschiedenheiten kann

mit der begehrten Feststellung des Nichtbestehens einer wirksamen Vereinbarung bzw. der Nichtigkeit einzelner Regelungen eine Klärung herbeigeführt und die Rechtsposition der Klägerin in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht verbessert werden.

Für das Herausgabe- bzw. Freigabebegehren (Klageantrag zu Ziff. 2. und Hilfsantrag zu Ziff. 6.) ist die allgemeine Leistungsklage statthaft. Hieraus resultierend ist bei der Klägerin auch die Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO gegeben. Auch das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis ist zu bejahen.

2. Die Klage ist auch begründet.

a) Dies gilt zunächst im Hinblick auf die mit dem Hauptantrag zu Ziff. 1. begehrte Feststellung. Die zwischen den Beteiligten geschlossene notarielle Vereinbarung vom 7. Juni 2016 ist nicht wirksam zustande gekommen. Hierbei handelt es sich um einen städtebaulichen Vertrag im Sinne des § 11 BauGB, weshalb die darin normierten Voraussetzungen gewahrt werden müssen. Zusätzlich findet, soweit hier relevant, § 126 LVwG SH Anwendung. Dazu im Einzelnen:

aa) Die Regelungen in der Vereinbarung sind zunächst in wesentlichen Punkten unvollständig (dazu unter (a)). Diese Unvollständigkeit führt dazu, dass zwischen den Beteiligten keine Vereinbarung geschlossen wurde (dazu unter (b)) bzw. die Vereinbarung insgesamt unwirksam ist (dazu unter c)).

(a) Nach II. § 2 Abs. 2 c) der Vereinbarung umfasst die seitens der Klägerin eingegangene Verpflichtung zur Erschließung des Erschließungsgebietes auch die Herstellung des Schmutzwasserkanals. Einzelne Regelungen zu einer Verpflichtung der Klägerin zur Übereignung dieser Erschließungsanlage an den für die Abwasserbeseitigung zuständigen ZVO (vgl. § 3 Ziff. 1. c) der Verbandssatzung des ZVO) bzw. einer Übernahme durch diesen enthält die Vereinbarung hingegen nicht. Zwar regelt II. § 2 Abs. 5 der Vereinbarung, dass für die Wasserversorgung sowie die Schmutzwasserentsorgung ein separater Vertrag mit dem ZVO als Ver- und Entsorgungsträger in Abstimmung mit der Beklagten abzuschließen ist. Auch enthält II. § 3 Abs. 5 der Vereinbarung eine Regelung zur Herstellung der erforderlichen Ver- und Entsorgungsleitungen. Nähere (konkrete) Einzelheiten sind der zwischen den Beteiligten geschlossenen Vereinbarung jedoch nicht zu entnehmen. Insbesondere ergibt sich aus der Vereinbarung nicht, unter welchen Bedingungen die Klägerin zu einer Übertragung der Leitungen auf den ZVO verpflichtet ist bzw. diese von dem ZVO eine Übernahme verlangen kann. Auch ist unklar, ob die Beklagte zu einer Freigabe der Bürgschaft bzw. einer Abnahme im Sinne des II. § 7 der Vereinbarung auch

dann verpflichtet ist, sofern eine Abnahme und Übernahme der Schmutzwasserleitungen durch den ZVO noch nicht erfolgt ist. Gerade diese Gesichtspunkte sind zwischen den Beteiligten bzw. der Klägerin und dem ZVO streitig.

Obliegt - wie hier - der Klägerin die Herstellung von Teilen des Wasserleitungs- bzw. Kanalnetzes und ist dafür nicht die Beklagte, sondern der ZVO zuständig, hätte entweder mit dem ZVO eine eigenständige vertragliche Vereinbarung getroffen werden oder diese hätte als weitere Vertragspartei an dem Erschließungsvertrag beteiligt werden müssen (so ausdrücklich Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, 13. Auflage 2016, § 11 BauGB, Rdnr. 23; in diese Richtung auch Grziwotz, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Werkstand: 131. EL Oktober 2018, § 11 BauGB, Rdnr. 426). Es muss nämlich sichergestellt sein, dass neben der Herstellungsverpflichtung des Erschließungsunternehmers hinreichende Regelungen betreffend die Übertragung der Leitungen auf den ZVO vorhanden sind, um insbesondere den späteren ordnungsgemäßen Betrieb der Ver- und Entsorgungsanlagen abzusichern. Daran mangelt es vorliegend. Dabei erweist sich auch als unerheblich, dass durch die Aufnahme der Regelung in II. § 2 Abs. 5 der Vereinbarung die Regelung weiterer Einzelheiten einem zwischen der Klägerin und dem ZVO zu schließenden Vertrag vorbehalten sein sollte. Durch diese Regelung war nämlich nicht gewährleistet, dass es auch tatsächlich zu einem derartigen Vertragsschluss kommt.

An vorgenannter Betrachtung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der ZVO zwischenzeitlich eine Genehmigung zu der zwischen den Beteiligten geschlossenen Vereinbarung erklärt hat. Zwar kann sich auch eine derartige Zustimmung im Sinne von § 125 Abs. 1 LVwG SH als ausreichend erweisen (Birk, Städtebauliche Verträge, 5. Auflage 2013, Rdnr. 218; VG Gera, U. v. 25.11.1999 - 4 K 1838/97 GE -, BeckRS 1999, 31331112). Voraussetzung ist dann jedoch, dass hinsichtlich der grundsätzlich in die Zuständigkeit des ZVO fallenden Herstellung der Schmutzwasserleitungen hinreichende vertragliche Regelungen, die die Anforderungen des § 11 Abs. 3 BauGB wahren, erfolgt sind. Soweit vorliegend daher der ZVO eine „Genehmigungserklärung“ abgegeben hat, konnte dieser seine Zustimmung zu der Vereinbarung nur insoweit erklären, soweit darin Regelungen, die in seine Rechte eingreifen, auch tatsächlich getroffen wurden. Dies betrifft vorliegend jedoch im Wesentlichen nur die Herstellungsverpflichtung hinsichtlich der Schmutzwasserleitungen. Weitere wesentlichen Regelungen sind - wie dargelegt - in diesem Zusammenhang gerade nicht vereinbart worden. Auch die erteilte Genehmigung vermag daher an der Unvollständigkeit der Vereinbarung nichts zu ändern.

Die Lücke in der Vereinbarung kann auch nicht - durch dispositives Recht oder - im Wege der (ergänzenden) Vertragsauslegung (§ 129 Satz 2 LVwG SH in Verbindung mit §§ 133, 157 BGB) geschlossen werden. Bei der ergänzenden Auslegung ist darauf abzustellen was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall bedacht hätten. Dabei ist zunächst an den Vertrag selbst anzuknüpfen; die darin enthaltenen Regelungen und Wertungen, sein Sinn und Zweck sind Ausgangspunkt der Vertragsergänzung. Sie findet ihre Grenze an dem im - wenn auch lückenhaften - Vertrag zum Ausdruck gekommenen Parteiwillen; sie darf daher nicht zu einer Abänderung oder Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen und muss in dem Vertrag eine Stütze finden (vgl. BGH, U. v. 12.10.2012 - V ZR 222/11 -, juris, Rdnr. 12, mit weiteren Nachweisen).

Vorliegend fehlt es an einer Basis, um eine derartige ergänzende Vertragsauslegung vornehmen zu können. Es ist nicht erkennbar, was die Beteiligten vereinbart hätten, wenn sie bei Abschluss der Vereinbarung bedacht hätten, dass es weiterer Regelungen bedurft hätte, zumal auch der ZVO hätte beteiligt werden müssen. Eine ergänzende Vertragsauslegung scheitert dann jedoch. Denn kann eine Regelungslücke in verschiedener Weise geschlossen werden und bestehen keine Anhaltspunkte dafür, für welche Alternative sich die Parteien entschieden hätten, ist eine ergänzende Vertragsauslegung ausgeschlossen (vgl. nur BGH, U. v. 20.07.2005 - VIII ZR 397/02 -, juris, Rdnr. 19; LG Bonn, U. v. 25.01.2012 - 5 S 230/11 -, juris, Rdnr. 24).

(b) Vorgenannte Unvollständigkeit führt nach § 129 Satz 2 LVwG SH in Verbindung mit § 155 BGB dazu, dass eine Vereinbarung zwischen den Beteiligten schon nicht zu Stande gekommen ist. Denn eine hinreichend bestimmte Einigung über die wesentlichen Vertragsbestandteile fehlt bzw. diese lassen sich der schriftlichen Vereinbarung nicht entnehmen. Die Regelung des § 155 BGB greift ein, wenn die Parteien glauben, sich über den gesamten Vertragsinhalt geeinigt zu haben, obwohl sie in Wirklichkeit einen regelungsbedürftigen Punkt vergessen oder übersehen haben. Dabei ist erforderlich, dass die Parteien den Punkt überhaupt bedacht haben und ihn regeln wollten (H.-W. Eckert, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, 50. Edition, Stand: 01.05.2019, § 155 BGB, Rdnr. 7, mit weiteren Nachweisen). So liegt der Fall hier. Den Beteiligten war durchaus bewusst, dass hinsichtlich der Herstellung der Schmutzwasserleitungen weitere Regelungen mit dem ZVO erforderlich sind, wie II. § 2 Abs. 5 der Vereinbarung zeigt. Sie gingen jedoch irrtümlich davon aus, dass vorgenannte Regelung ausreichend ist und es in der zwischen den Beteiligten geschlossenen Vereinbarung keine weiteren Regelungen mehr bedarf.

Vorliegend lässt sich nicht annehmen, dass die Beteiligten die Vereinbarung auch nur zur Herstellung einer Teilerschließung abgeschlossen hätten. Insbesondere die Klägerin hätte eine vertragliche Bindung nicht gewollt, wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Unvollständigkeit der Vereinbarung erkannt hätte. Die fehlende Einigung der Beteiligten über die näheren Einzelheiten betreffend die Übertragung der Schmutzwasserleitungen auf den ZVO erfasst damit die gesamte Vereinbarung.

Gestützt wird dieses Ergebnis von dem Umstand, dass bereits die fehlende Zustimmung eines Zweckverbandes zu der zwischen den Vertragspartnern eines Erschließungsvertrages erfolgten Vereinbarung - jedenfalls in der Regel - für sich betrachtet zur Gesamtnichtigkeit der Vereinbarung führt (Birk, Städtebauliche Verträge, 5. Auflage 2013, Rdnr. 218). Das muss vorliegend dann jedoch erst Recht gelten, sofern die Vereinbarung nicht nur an einem formellen Fehler leidet, sondern - in wesentlicher Hinsicht - materiell unvollständig ist.

(c) Selbst für den Fall, dass vorgenannten Erwägungen nicht gefolgt werden würde, liegt vorliegend jedenfalls ein Verstoß gegen § 11 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 BauGB vor, der nach § 126 Abs. 1, 4 LVwG SH in Verbindung mit §§ 125, 134 BGB zur Gesamtnichtigkeit der Vereinbarung führt.

Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 BauGB kann die Gemeinde städtebauliche Verträge schließen. § 11 Abs. 1 Satz 2 BGB enthält eine beispielhafte („insbesondere“) Konkretisierung möglicher Inhalte städtebaulicher Verträge. Grenzen städtebaulicher Verträge ergeben sich aus § 11 Abs. 2 BauGB. Hiernach müssen die vereinbarten Leistungen den gesamten Umständen nach angemessen sein (Satz 1). Die Vereinbarung einer vom Vertragspartner zu erbringenden Leistung ist unzulässig, wenn er auch ohne sie einen Anspruch auf die Gegenleistung hätte (Satz 2). Trägt oder übernimmt der Vertragspartner Kosten oder sonstige Aufwendungen, ist unbeschadet des Satzes 1 eine Eigenbeteiligung der Gemeinde nicht erforderlich (Satz 3). Nach § 11 Abs. 3 BauGB bedarf ein städtebaulicher Vertrag, wie bereits dargelegt, der Schriftform, soweit nicht durch Rechtsvorschriften eine andere Form vorgeschrieben ist.

Das Gebot der Angemessenheit der Gegenleistung im Sinne von § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB verlangt in materiell-rechtlicher Hinsicht, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs die Gegenleistung des Vertragspartners der Behörde nicht außer Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert der von der Behörde zu erbringenden Leistung stehen darf und dass auch sonst keine Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass die Gegenleistung eine unzumutbare Belastung bedeutet (vgl. BVerwG, U. v. 25.11.2005

- 4 C 15.04 -, juris, Rdnr. 22, unter Bezugnahme auf das U. v 06.07.1973 - 4 C 22.72 -, juris). § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB enthält dabei nicht nur Anforderungen materiell-rechtlicher, sondern auch formell-rechtlicher Natur (Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Werkstand: 131. EL Oktober 2018, § 11 BauGB, Rdnr. 110).

Die Formvorschrift des § 11 Abs. 3 BauGB (vgl. vorliegend zur Ersetzung § 126 Abs. 4 BGB) wiederum hat Klarstellungs-, Beweis- und Warnfunktionen im Verhältnis der Beteiligten untereinander und soll insbesondere die Beweisbarkeit getroffener Abreden sicherstellen (vgl. in diesem Zusammenhang BVerwG, B. v 08.07.2016 - 2 B 56.15 -, juris, Rdnr. 7, 18). Insofern wird diesem Formerfordernis inhaltlich nur Genüge getan, wenn alle vertraglichen Vereinbarungen in der Urkunde enthalten sind. Daher gehören zu den in die Urkunde aufzunehmenden Vereinbarungen nicht nur alle essentialia negotii, sondern auch sämtliche weiteren Abreden, die nach dem Willen der Vertragsparteien von wesentlicher Bedeutung sind (vgl. in diesem Zusammenhang zu § 550 BGB OLG Düsseldorf, U. v. 21.11.2013 - I-10 U 55/13 -, BeckRS 2014, 1866; vgl. zu § 126 BGB Dörner, in: Schulze, 10. Auflage 2019, § 126 BGB, Rdnr. 11, siehe zu § 57 VwVfG Mann, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, 1. Auflage 2014, § 57 VwVfG, Rdnr. 15, mit weiteren Nachweisen). Unklare oder unvollständige Regelungen in einer Vereinbarung führen nur dann nicht zu einem Verstoß gegen das Schriftformerfordernis, solange der Vertragsinhalt durch Auslegung festgestellt werden kann (Birk, Städtebauliche Verträge, 5. Auflage 2013, Rdnr. 133).

Gemessen an den vorstehenden Ausführungen gilt Folgendes:

Vorliegend enthält die Vereinbarung in wesentlicher Hinsicht - wie dargelegt - unvollständige Regelungen. Diese hätten in formeller Hinsicht in der Vereinbarung getroffen werden müssen. Dies gilt nicht nur vor dem Hintergrund des in § 11 Abs. 3 BauGB geregelten Schriftformgebotes, sondern auch und maßgeblich deshalb, weil für - hier - die Klägerin maßgeblich erkennbar sein muss, zu welchen Leistungen und unter welchen Bedingungen sie verpflichtet ist. Nur dann ist auch dem Gericht eine Überprüfung dahingehend möglich, ob diese dem Angemessenheitserfordernis im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB Rechnung tragen.

Die dadurch vorhandene Lücke kann nicht durch eine Auslegung geschlossen werden. Folge ist damit ein Verstoß gegen § 11 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 BauGB, der nach § 126 Abs. 1 LVwG SH in Verbindung mit §§ 125, 134 BGB zur Nichtigkeit führt, soweit die Beteiligten die Herstellung der Schmutzwasserleitungen durch die Klägerin vereinbart haben. Daraus

folgt vorliegend aus § 126 Abs. 4 LVwG SH zugleich, dass die Vereinbarung insgesamt nichtig ist.

bb) Zwischen den Beteiligten ist eine wirksame Vereinbarung auch aus einem weiteren Grund nicht zustande gekommen. Es mangelt sowohl in formeller und materieller Hinsicht an einer Vereinbarung eines Sicherheitszuschlages bezogen auf die nach II. § 10 Abs. 1 der Vereinbarung zu leistende Vertragserfüllungsbürgschaft (dazu unter (a)). Dieser Umstand führt gleichfalls dazu, dass die Beteiligten keine Vereinbarung geschlossen haben (dazu unter (b)) bzw. diese unwirksam ist (dazu unter (c)).

(a) Gemäß II. § 10 Abs. 1, UAbs. 1 der Vereinbarung ist zur Sicherung der sich aus diesem Vertrag für die Erschließungsträgerin ergebenden Verpflichtungen eine Sicherheit in Höhe der zu erwartenden Erschließungskosten einschließlich eines Sicherheitszuschlages und einschließlich Honorar und Arbeiten der Ver- und Entsorgungsträger gemäß genehmigter Ausbauplanung durch Übergabe einer Vertragserfüllungsbürgschaft zu leisten, und zwar nach Abschluss dieses Vertrages, spätestens vor Erschließungsbaubeginn und zwar in Höhe von 2.500.000 €.

Soweit hier die Urkunde davon ausgeht, dass sich die Beteiligten konsensual über einen - rechtfertigungsbedürftigen (vgl. hierzu Birk, Städtebauliche Verträge, 5. Auflage 2013, Rdnr. 317 und Fn. 499) - Sicherheitszuschlag geeinigt haben, lässt sich eine derartige Einigung tatsächlich nicht feststellen. Zwischen den Beteiligten herrschten bzw. herrschen vollständig unterschiedliche Vorstellungen über die Zusammenstellung der Bürgschaftssumme in Höhe von 2.500.000 € und darüber, worauf sich die Sicherheitszuschläge beziehen. Während die Berechnung der Beklagten einen Sicherheitszuschlag von 20 % aufweist, enthält die Anlage zur Bürgschaftsurkunde eine Auflistung, wonach von Sicherheitszuschlägen in Höhe von 40 % bzw. 17 % auszugehen wäre. Eine Einigung hierüber haben die Beteiligten jedoch nicht getroffen. Vielmehr haben sie mit der objektiv mehrdeutigen Erklärung („einschließlich eines Sicherheitszuschlages“) subjektiv Unterschiedliches gewollt. Insbesondere lagen zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung die seitens der Beteiligten angestellten Berechnungen der jeweils anderen Vertragspartei nicht vor. Sie konnten daher schon nicht Grundlage der Vereinbarung sein. Losgelöst davon haben die Beteiligten auch in der Folgezeit zum Ausdruck gebracht, dass sie die Berechnung der jeweils anderen Vertragspartei als nicht korrekt ansehen, damit einhergehend auch die Höhe des Sicherheitszuschlages (vgl. hierzu Bl. 196, 208 und Bl. 555 der Gerichtsakte).



Auf Grundlage der vorstehenden Erwägungen folgt zugleich, dass sich auch eine ergänzende Vertragsauslegung als nicht zielführend erweist. Außerhalb der Urkunde liegende, zur Auslegung geeignete Umstände sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

(b) Die unterschiedlichen Vorstellungen der Beteiligten haben gleichfalls einen Einigungsmangel nach § 129 Satz 2 LVwG SH in Verbindung mit § 155 BGB zur Konsequenz, der dazu führt, dass die Vereinbarung insgesamt nicht geschlossen wurde (vgl. in diesem Zusammenhang auch VG Trier, U. v. 30.11.2016 - 5 K 4249/16.TR -, n. v.). Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beteiligten auch ohne Einigung über die Höhe des Sicherheitszuschlages eine Vereinbarung geschlossen hätten. Die Vereinbarung eines Sicherheitszuschlages bzw. die damit verknüpfte Regelung der Verpflichtung der Klägerin zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft stellt vorliegend - insbesondere für die Beklagte - einen „wesentlichen Vertragsinhalt“ dar. Dies wird zunächst aus dem Vertragstext selbst deutlich. Gemäß I. § 1 Abs. 3 der Vereinbarung werden nämlich der städtebauliche Vertrag, sowie der nachfolgende Erschließungsvertrag erst rechtsgültig mit Übergabe der unter II. § 10 vereinbarten Bürgschaft. Insofern haben die Beteiligten die Wichtigkeit der Vertragserfüllungsbürgschaft, aber auch der Vereinbarung eines Sicherheitszuschlages, zum Ausdruck gebracht. Dafür spricht auch der Umstand, dass nach den Berechnungen der Beteiligten ein erheblicher Anteil der Vertragserfüllungsbürgschaft (2.500.000 €) nur auf den Sicherheitszuschlag (Klägerin: 645.000 €; Beklagte: 426.323,74 €) entfällt. Hinzu kommen die Umstände des Zustandekommens der Vereinbarung. Die Höhe der zu leistenden Vertragserfüllungsbürgschaft war Gegenstand mehrfacher Korrespondenz zwischen den Beteiligten. Auch spricht für die Wesentlichkeit der Regelung in II. § 10 der Vereinbarung bzw. der Vereinbarung eines Sicherheitszuschlages der Sicherungszweck, den die Beklagte insofern verfolgt hat. Die Vereinbarung einer Leistung einer Vertragserfüllungsbürgschaft bzw. eines Sicherheitszuschlages ist bewusst vor dem Hintergrund erfolgt, die Erschließung zu sichern. Es bestand zudem seitens der Beklagten ein gesteigertes Sicherungsinteresse, weil der städtebauliche Vertrag nicht nur dem unmittelbaren Interesse der Beklagten dient, sondern auch den durch sie zu wahren Interessen der Eigentümer bzw. Erwerber der im Vertragsgebiet gelegenen Grundstücke, die durch die herzustellenden Erschließungsanlagen erschlossen werden sollen (vgl. in diesem Zusammenhang auch Walter, Der Erschließungsvertrag im System des Erschließungsrechts, Berlin 2010, Seite 123). Hinzu kommt, dass die Beklagte im Falle des Scheiterns des Erschließungsvertrages, etwa infolge Insolvenz der Klägerin, regelmäßig verpflichtet ist, die gesamte oder fehlende restliche Erschließung auf eigene - und ggf.

höhere - Kosten durchzuführen. Derartige (Mehr-)Kosten wollte die Beklagte keinesfalls tragen, weshalb für sie die Vereinbarung des Sicherheitszuschlages für das Zustandekommen einer Vereinbarung zwingend war, zumal ihr - so auch ihr ausdrücklicher Vortrag - das Leistungsverzeichnis nicht bekannt gewesen sei, sodass sie nicht habe feststellen können, ob alle zur Erschließung gehörenden Maßnahmen beauftragt worden waren (Bl. 251 der Gerichtsakte). Insofern steht zur Überzeugung des Gerichts auch fest, dass die Vereinbarung mit der Regelung über einen Sicherheitszuschlag „stehen und fallen“ sollte und die Vereinbarung ohne einen Sicherheitszuschlag (insgesamt) nicht geschlossen worden wäre.

(c) Darüber hinaus folgt eine Nichtigkeit II. § 10 Abs. 1, UAbs. 1 der Vereinbarung jedenfalls daraus, dass diese Regelung gegen § 11 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 BauGB verstößt. Dieser Verstoß hat nach § 126 Abs. 1 LVwG SH in Verbindung mit §§ 125, 134 BGB die Teilnichtigkeit und nach § 126 Abs. 4 LVwG SH die Gesamtnichtigkeit zur Folge.

Entscheidend ist auch in diesem Zusammenhang, dass es – in formeller Hinsicht - zwingend einer Regelung zur Höhe der Sicherheitsleistung der Beteiligten bedurft hätte. Dieses Ergebnis folgt auch hier nicht nur vor dem Hintergrund des in § 11 Abs. 3 BauGB geregelten Schriftformgebotes, sondern auch deshalb, weil sich auch die Vereinbarung eines Sicherheitszuschlages am Maßstab des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB messen lassen muss. In der Regel erweist sich nämlich eine Vertragserfüllungsbürgschaft nur in der Höhe von 100 % der voraussichtlichen Erschließungskosten als angemessen (Birk, Städtebauliche Verträge, 5. Auflage 2013, Rdnr. 317 und Fn. 499). Zwar kann auch ausnahmsweise die Vereinbarung eines Sicherheitszuschlages gerechtfertigt sein. Die Höhe eines solchen Sicherheitszuschlages muss sich dann jedoch aus der Vereinbarung, die das Formerfordernis im Sinne des § 11 Abs. 3 BauGB wahren muss, bzw. jedenfalls aus Unterlagen, auf die ausdrücklich Bezug genommen wird, hervorgehen. Anderenfalls ist es auch dem Gericht nicht möglich, zu überprüfen, ob sich der vereinbarte Sicherheitszuschlag bzw. damit einhergehend die zu leistende Vertragserfüllungsbürgschaft - hier in Höhe von 2.500.000 € - noch innerhalb der Grenzen des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB bewegt bzw. aus welchen Einzelpositionen sich die berechnete Bürgschaftssumme zusammensetzt. Diesen Anforderungen trägt die Vereinbarung nicht Rechnung. Daraus folgt, dass II. § 10 Abs. 1, UAbs. 1 der Vereinbarung nach § 126 Abs. 1 LVwG SH in Verbindung mit §§ 125, 134 BGB nichtig ist, jedenfalls im Hinblick auf den „vereinbarten“ Sicherheitszuschlag. Hieraus ergibt sich gleichfalls die Gesamtnichtigkeit der Vereinbarung nach § 126 Abs. 4 LVwG SH.

(d) Die Prozessbevollmächtigte der Beklagten hat in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht, es sei der Klägerin nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 129 Satz 2 LVwG SH in Verbindung mit § 242 BGB) verwehrt, sich auf das Nichtzustandekommen einer Vereinbarung bzw. deren Gesamtnichtigkeit zu berufen, weil diese für die fehlende Bestimmbarkeit der voraussichtlichen Gesamterschließungskosten bzw. der Sicherheitszuschläge verantwortlich sei. Dem ist nicht zu folgen. Denn die Durchsetzung der Rechtslage stellt grundsätzlich nichts Verwerfliches dar (Kähler, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, GesamHrsg: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Hrsg: Gsell, Stand: 15.04.2019, § 242 BGB, Rdnr. 1474, unter Bezugnahme auf BGH, U. v. 05.05.1992 - X ZR 134/90 -). Dabei ist hier insbesondere zu berücksichtigen, dass die vertraglichen Regelungen durch die Beklagte zum Gegenstand der Vereinbarung gemacht wurden, ohne ihre Berechnung zur Bürgschaftssumme zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung offen zu legen bzw. diese zum Gegenstand der Vereinbarung zu machen, obgleich sie wusste, dass die Klägerin zeitlich und wirtschaftlich unter Druck stand und mehrfach um Übersendung der Auflistung bzw. Mitteilung der konkreten Berechnung bat. Die Beklagte hat damit den „vertraglichen Mangel“ jedenfalls im gleichen Maße zu vertreten wie die Klägerin. Auch konnte bei ihr angesichts der durchgängig aufrechterhaltenen Einwände der Klägerin zu keinem Zeitpunkt ein Vertrauenstatbestand dahingehend entstanden sein, dass eine Vereinbarung über einen konkreten Sicherheitszuschlag bzw. die Berechnung der Bürgschaftssumme tatsächlich erfolgt ist. Jedenfalls ist nicht erkennbar, weshalb besondere Umstände es rechtfertigten sollten, die Rechtsausübung der Klägerin als treuwidrig oder widersprüchlich erscheinen zu lassen bzw. einen gesetzwidrigen Zustand aufrechtzuerhalten.

cc) Selbst wenn man davon ausginge, dass vorgenannte Erwägungen jeweils für sich betrachtet nicht zur Auffassung führen, dass insgesamt eine Vereinbarung zwischen den Beteiligten nicht geschlossen wurde bzw. diese nicht insgesamt nichtig ist, rechtfertigen diese Erwägungen jedenfalls insgesamt das Ergebnis, dass es an einem wirksamen Vertragsschluss mangelt. Ohne eine Vereinbarung über die Herstellung der Schmutzwasserleitungen bzw. den Sicherheitszuschlag/die Vertragserfüllungsbürgschaft wäre eine Vereinbarung zwischen den Beteiligten nicht geschlossen worden. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die in I. § 2 Abs. 3 der Vereinbarung geregelte Verpflichtung der Klägerin im Hinblick auf die Infrastrukturaufwendungen gleichfalls nichtig ist, weil sie das Gebot der Ursächlichkeit im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 3 BauGB nicht beachtet (vgl. hierzu auch VG Schleswig, U. v. 27.12.2014 - 9 A 283/09 -; Kukk, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 9. Auflage 2019, § 11 BauGB, Rdnrn. 35, 51). Es mangelt an einer vertraglichen Konkretisierung im Hinblick auf die

Zusammensetzung des vereinbarten Betrages in Höhe von 238.000 €, um diesen in bestimmter Höhe bestimmten Folgemaßnahmen zuordnen zu können. Zwar führt diese Teilnichtigkeit nach § 126 Abs. 4 LVwG SH nicht zur Gesamtnichtigkeit der Vereinbarung (vgl. in diesem Zusammenhang auch OVG Münster, U. v. 12.07.1988 - 3 A 1207/85 -, BeckRS 2015, 44796). Erweist sich damit jedoch eine weitere Regelung als unwirksam, führen diese - zum Teil gravierenden Verstöße - jedenfalls in der Gesamtschau zur Gesamtnichtigkeit der Vereinbarung.

dd) An vorgenanntem Ergebnis mag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Beteiligten salvatorische Klauseln (I. § 6 Abs. 2, II. § 11 Abs. 2, IV. § 2 der Vereinbarung) bzw. eine Heilungsklausel (IV. § 2 der Vereinbarung) aufgenommen haben. Soweit eine Vereinbarung zwischen den Beteiligten nach §§ 126 Abs. 1, 129 Satz 2 LVwG SH in Verbindung mit § 155 BGB nicht zustande gekommen ist, sind diese vorliegend schon nicht anwendbar. Insofern erweist sich eine Bestimmung der Vereinbarung nämlich weder als „unwirksam“ - Regelfolge des § 155 BGB ist, dass kein Rechtsgeschäft zustande kommt, nicht jedoch, dass einzelne Bestimmungen „unwirksam“ sind (vgl. hierzu auch Möslin, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, GesamtHrsg: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Hrsg: Hager, Stand: 01.02.2018, § 155 BGB, Rdnr. 25; Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2018, § 155 BGB, Rdnr. 14) -, noch kann eine Bestimmung in diesem Sinne nicht „durchgeführt“ werden. Darüber hinaus entbinden das Gericht solche Klauseln nicht von der Prüfung, ob die Beteiligten den Vertrag auch ohne die unwirksame Vereinbarung abgeschlossen hätten (BGH, U. v. 11.10.1995 - VIII ZR 25/94 -, juris, Rdnrn. 39 ff.). Sind - wie hier - die nicht festgehaltenen bzw. unwirksamen Regelungen von grundsätzlicher Bedeutung für den Vertragsschluss, ist regelmäßig - so auch hier - die Aufrechterhaltung der Vereinbarung im Übrigen trotz einer entsprechenden Klausel vom Willen der Beteiligten nicht mehr gedeckt (vgl. VG Augsburg, U. v. 10.10.2013 - Au 5 K 10.2056 -, juris, Rdnr. 196, mit weiterem Nachweis).

ee) Nach alledem erweist sich die zwischen den Beteiligten geschlossene Vereinbarung schon nicht als zustande gekommen und wäre darüber hinaus auch nichtig.

b) Die Klage ist auch hinsichtlich des Klageantrages zu Ziff. 2. begründet. Die Klägerin hat einen Anspruch auf die begehrte Herausgabe.

Anspruchsgrundlage ist der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch analog § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB. Ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch ist die Kehrseite des Leistungsanspruchs. Er entspricht in Struktur und Zielsetzung den §§ 812 ff. BGB und richtet sich auf Herausgabe des rechtsgrundlos Erlangten bzw. auf Wertersatz (vgl. OVG

Schleswig, U. v. 10.12.2008 - 2 LB 9/08 -, n. v.). Nach § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB ist derjenige, der durch die Leistung eines anderen etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, zur Herausgabe verpflichtet. „Herausgabe“ meint im vorliegenden Fall die Herausgabe der gewährten Vertragserfüllungsbürgschaft.

Der Tatbestand des § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB ist vorliegend erfüllt. Denn die Beklagte hat den Besitz an der Bürgschaftsurkunde rechtsgrundlos erlangt, weil zwischen den Beteiligten eine Vereinbarung bzw. Sicherungsabrede, die ein Rechtsgrund für das Behaltendürfen darstellen könnte, - wie dargelegt - nicht wirksam zustande gekommen bzw. nichtig ist. Sie ist daher analog § 818 Abs. 1 BGB zur Herausgabe verpflichtet.

Auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen einer etwaigen Mangelhaftigkeit der Erschließungsanlagen kann sich die Beklagten nicht berufen. Ein solches scheitert jedenfalls an dem Umstand, dass mangels wirksamer Vereinbarung zwischen den Beteiligten der Beklagten keine Mängelrechte zustehen.

c) Über die hilfsweise gestellten Anträge musste in Anbetracht der erfolgreichen Hauptanträge nicht mehr entschieden werden. Insofern erweist sich auch als unerheblich, dass die Beklagte im Schriftsatz vom 22. Mai 2019 erklärt hat, einen Betrag in Höhe von 12.836,88 € anzuerkennen. Sie war nicht im Wege eines Teil-Anerkenntnisurteils nach § 173 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 307 Satz 1 ZPO entsprechend zu verurteilen. Wird nämlich ein - wie hier - nur hilfsweise geltend gemachter Anspruch von der Beklagten (teilweise) anerkannt (Klageantrag zu Ziff. 4. bzgl. einer Grünfläche von 5.943 m<sup>2</sup>), dann darf nur ein Anerkenntnisurteil ergehen, wenn der Hauptantrag abgewiesen worden ist und deshalb das Gericht über den Hilfsantrag zu entscheiden hat (Musielak, in: Musielak/Voit, 16. Auflage 2019, § 307 ZPO, Rdnr. 7, unter Bezugnahme auf OLG Zweibrücken, U. v. 04.06.1986 - 2 U 65/85 -, OLGZ 1987, 371 <372>). Daran mangelt es. Darüber hinaus ist eine Partei gemäß § 173 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 307 Satz 1 ZPO dem Anerkenntnis gemäß nur zu verurteilen, wenn sie den gegen sie „geltend gemachten Anspruch“ ganz oder zum Teil anerkennt. Anspruch ist dabei der Streitgegenstand, also der in der Antragsschrift geltend gemachte verfahrensrechtliche Anspruch. Vorliegend hat die Klägerin mit ihrem Hilfsantrag zu Ziff. 4, soweit hier relevant, einen Anspruch gegenüber der Beklagten auf Zahlung eines konkreten Ausgleichsbetrages jedoch nicht geltend gemacht.

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1, 161 Abs. 2 VwGO. Hinsichtlich der für erledigt erklärten Anträge entspricht es billigem Ermessen, die Kosten ebenfalls der Beklagten aufzuerlegen, weil der Klage vor Eintritt der erledigenden Ereignisse nach

Aktenlage im Wesentlichen stattzugeben gewesen wäre. Offen bleiben kann an dieser Stelle, wie sich der Umstand auswirkt, dass bereits am 6. Oktober 2016, also vor Klageerhebung, die Freigabe eines weiteren Betrages in Höhe von 160.650 € erfolgt ist und dieser Betrag im ursprünglichen Klageantrag enthalten war. Selbst wenn der Klägerin insofern nämlich kein Anspruch mehr zustand, wäre sie nur mit einem geringen Teil unterlegen. Die Beklagte hätte daher nach § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO auch dann vollumfänglich die Kosten des Verfahrens tragen müssen (vgl. hierzu auch Clausen, in: Schoch/Schneider/Bier, Werkstand: 36. EL Februar 2019, § 161 VwGO, Rdnr. 25).

Im Rahmen der Kostenentscheidung bleibt der Streitgegenstand, der durch die unzulässige Klageerweiterung in das Verfahren eingeführt worden ist (Klageantrag zu Ziff. 3.), außer Betracht. Dieser wirkt sich nämlich nicht streitwerterhöhend aus (vgl. in diesem Zusammenhang zur Bemessung des Streitwerts OVG B-Stadt, B. v. 05.10. 2011 - 4 So 79/11 -, juris, Rdnr. 10).

V. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 167 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 VwGO in Verbindung mit § 709 Satz 2 ZPO.

#### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Berufung statthaft, wenn diese von dem Oberverwaltungsgericht zugelassen wird. Die Zulassung der Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils beim Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgericht, Brockdorff-Rantzau-Straße 13, 24837 Schleswig zu beantragen. Der Antrag muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils sind die Gründe, aus denen die Berufung zuzulassen ist, darzulegen. Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist, bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgericht, Brockdorff-Rantzau-Straße 13, 24837 Schleswig einzureichen.

Im Berufungsverfahren - einschließlich des Antrages auf Zulassung der Berufung - müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte im Sinne von § 67 VwGO vertreten lassen.

Soweit das Verfahren eingestellt und diesbezüglich über die Kostentragung entschieden worden ist, ist diese Entscheidung unanfechtbar (§§ 92 Abs. 3 Satz 2 analog, 158 Abs. 2 VwGO).