

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.:** 166559**letzte Aktualisierung:** 14. Februar 2019**BauGB §§ 11, 133**

Erschließungsvertrag von Gemeinde mit 100-prozentiger Tochtergesellschaft mbH; Informationsbedürftigkeit hinsichtlich der Kalkulationsgrundlagen des Erschließungsvertrags; Kostenerstattungsvereinbarung

I. Sachverhalt

Die Gemeinde W hat bezüglich eines neuen Baugebiets laut Angabe mit der W-GmbH einen Erschließungsvertrag abgeschlossen, in dem die gesamten Erschließungsmaßnahmen nach BauGB auf die W-GmbH übertragen wurde. Alleiniger Gesellschafter der W-GmbH ist die Gemeinde W selbst.

Die Gemeinde will nunmehr Bauplätze unter Mitwirkung der W-GmbH an gewerbliche Käufer veräußern und dabei, nach Hinweis auf den laut Angabe bestehenden Erschließungsvertrag mit der W-GmbH, einen Kostenerstattungsanspruch für diese mit einem bestimmten Betrag pro Quadratmeter begründen.

Die W-GmbH wirkt an der Urkunde mit. Grundstücksverkäufer ist jedoch die Gemeinde. Die Gemeinde will nur auf den bestehenden Erschließungsvertrag und die darin von der W-GmbH übernommene Erschließung hinweisen, jedoch den Vertrag i. Ü., insbes. hinsichtlich der ge-regelten Austauschregelungen, Kalkulationen zwischen Gemeinde und W-GmbH, nicht dem Käufer zur Kenntnis geben. Laut Angabe entspricht der in der Urkunde aufzunehmende Kostenerstattungsanspruch pro Quadratmeter der jetzigen Kalkulation.

II. Fragen

1. Ist eine vertragliche Gestaltung, in der bei Bauplatzverkäufen der Gemeinde W an gewerbliche Käufer der zugrundeliegende Erschließungsvertrag mit der W-GmbH nur erwähnt wird, jedoch die zugrundeliegenden Kalkulationen nicht offengelegt werden, möglich und zulässig?
2. Welche rechtlichen Vorschriften sind darüber hinaus zu beachten?

Hierzu **merken** Sie Folgendes an:

Nach der nunmehrigen gesetzlichen Regelung des BauGB dürfte ein Erschließungsvertrag zwischen Gemeinde und W-GmbH regelmäßig zulässig sein, doch verlangt die Literatur für diesen Erschließungsvertrag teilweise, dass dieser einem Drittvergleich standhalten muss und

weiteren Voraussetzungen. Insofern bitten Sie auch allgemein um Darstellung des Sachstandes oder weitere Hinweise. Derzeit liegt der Erschließungsvertrag der Gemeinde nicht vor, die Gemeinde behauptet jedoch, dieser Erschließungsvertrag entspreche den gesetzlichen Bestimmungen.

III. Zur Rechtslage

1. Vorbemerkung

Zunächst gestatten wir uns den Hinweis, dass das DNotI nach seinen Leistungsgrundsätzen in der Fassung vom 1.7.2004 (abgedruckt im Jahresregister 2015/2016, S. XXIII, Beilage zu DNotI-Report 6/2017) grundsätzlich keine Vertragsgestaltungen begutachtet oder entwickelt oder Gestaltungsempfehlungen abgibt. Das DNotI erfüllt seine Aufgaben vielmehr durch Stellungnahmen zu konkreten Rechtsfragen der Notare, die sich im Rahmen der vorsorgenden Rechtspflege ergeben haben. Wir bitten daher um Verständnis dafür, dass wir uns auf die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen beschränken.

2. Gestaltungsmöglichkeiten bei der Erschließung von Grundstücken durch die Gemeinde

Grundsätzlich gehen die Gemeinden bei der Erschließung von Grundstücken wie folgt vor:

Entweder übernimmt die Gemeinde die Erschließung in Eigenregie oder sie überträgt die Durchführung der Erschließung auf einen Dritten, indem sie mit Anliegern oder einem privaten Erschließungsträger einen **Erschließungsvertrag i. S. d. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB** schließt. Dem Anwendungsbereich von § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB unterfallen dabei – im Gegensatz zu Regelung im Rahmen von § 124 BauGB a. F., die ausschließlich Verträge in Bezug auf die erstmalige Herstellung von Erschließungsanlagen zur Baureifmachung von Grundstücken in dem jeweiligen Erschließungsgebiet betraf – auch die darüber hinausgehende Erschließung durch Einrichtungen des Gemeinbedarfs (z. B. Schulen, Kindergärten etc.) sowie die Erweiterung und Verbesserung vorhandener Erschließungsanlagen (statt aller: Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 11 Rn. 20).

a) Erschließung in Eigenregie

Übernimmt die **Gemeinde selbst** die Durchführung der Erschließung, ist sie berechtigt, die Grundstückseigentümer im betreffenden Baugebiet durch Erhebung von Erschließungsbeiträgen nach den §§ 127ff. BauGB sowie durch Erhebung von Beiträgen nach den Kommunalabgabegesetzen der Länder unter den dort normierten Voraussetzungen und im dort näher bestimmten Umfang an den hiermit verbundenen Kosten zu beteiligen. Ob sie daneben bei einer in Eigenregie durchgeföhrten Erschließung auch die Möglichkeit hat, die ihr entstandenen oder noch entstehenden beitragsfähigen Kosten im Rahmen eines sog. Folgekostenvertrages gem. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB auf vertraglicher Basis abzuwälzen, ist im Detail umstritten (krit. etwa: Birk, Städtebauliche Verträge, 5. Aufl. 2013, Rn. 256a f.; Grziwotz, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, 130. EL August 2018, § 133 Rn. 77 f.; befürwortend dagegen: Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt, § 11 Rn. 21).

b) Übertragung der Erschließung auf Dritte

Überträgt die Gemeinde die Durchführung der Erschließung hingegen – wie im vorliegenden Fall – durch Abschluss eines **Erschließungsvertrags i. S. d. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB** auf einen Dritten, sind wiederum mehrere Konstellationen zu unterscheiden:

aa) Echter Erschließungsvertrag

Beim **echten Erschließungsvertrag** stellt ein privater Erschließungsträger die Anlagen auf eigene Kosten her und muss sich die **Refinanzierung durch Kostenerstattungsvereinbarungen mit den Anliegern** oder – sofern er selbst Eigentümer von Grundstücken im Erschließungsgebiet ist – durch den Verkauf der Grundstücke **selbst sichern**. An einer solchen Vereinbarung wären als Vertragspartner in der Regel allein der private Erschließungsträger und der Bauplatzwerber zu beteiligen. Möglich und bei der Veräußerung gemeindeeigener Grundstücke durchaus üblich ist es jedoch, die Kostenerstattung als Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) im Rahmen des Kaufvertrages zwischen Gemeinde und Bauplatzwerber zu vereinbaren. Die Vereinbarung ist rein privatrechtlicher Natur. Eine **öffentlich-rechtliche Beitragspflicht** ist in diesem Fall **ausgeschlossen** und die Gemeinde muss angesichts der Kostenerstattungsvereinbarungen zwischen Erwerbern und Erschließungsträgern nichts mehr veranlassen (BeckOK-BauGB/Hoffmann, 41. Ed. 1.11.2018, § 11 Rn. 15.1; Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt, § 11 Rn. 21). Gem. § 11 Abs. 2 S. 3 BauGB ist eine Eigenbeteiligung der Gemeinde bis zur Grenze der Unangemessenheit nicht erforderlich. Über den umfassenden Verweis der landesrechtlichen Regelungen auf die §§ 127 ff. BauGB dürfte dies auch im Bereich der beitragsfähigen Erschließungsanlagen gelten. In Bayern wird dies durch Art. 5a Abs. 4 BayKAG ausdrücklich bestätigt. Eine anschließende Weitergabe der umfassenden Kostentragungspflicht (d. h. ohne Eigenbeteiligung) im Rahmen privatrechtlicher Kostenerstattungsverträge betrifft formal rechtlich allein das Verhältnis zwischen Erschließungsträger und Fremdanlieger und ist insoweit unbedenklich.

bb) Unechter Erschließungsvertrag (sog. Vorfinanzierungsvertrag)

Von einem **sog. unechten Erschließungsvertrag (Vorfinanzierungsvertrag)** ist dagegen die Rede, wenn der private Erschließungsträger die Anlagen zunächst zwar unter Übernahme der Kosten herstellt, die **Gemeinde dem Erschließungsträger** diese **Kosten** aber sodann **erstattet**, soweit sie nicht bereits zuvor durch etwaige, die eigenen Grundstücke des Vertragspartners betreffende Ablösungsbeträge verrechnet worden sind (vgl. BeckOK-BauGB/Hoffmann, § 11 Rn. 15.1; Brügelmann/Bank, BauGB, Std.: Februar 2014, § 11 Rn. 47.23 jew. m. w. N.; Döring NVwZ 1994, 853). In einem solchen Fall bestehen gerade **keine Kostenersstattungsvereinbarungen des Erschließungsträgers mit Privaten**. Durch die Zahlung der Gemeinde an den privaten Erschließungsträger entsteht vielmehr ein **beitragsfähiger Aufwand**, sodass der Erlass von **Beitragsbescheiden bzw.** der Abschluss einer **Ablösevereinbarung** notwendig wird (BeckOK-BauGB/Hoffmann, § 11 Rn. 15.1; Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt, § 11 Rn. 21; jew. m. w. N.; BVerwG NVwZ-RR 2013, 479). Entschließt sich die Gemeinde für eine öffentlich-rechtliche

Beitragserhebung durch Verwaltungsakt, sind hierbei die Vorgaben der §§ 127ff. BauGB sowie der einschlägigen Regelungen der Kommunalabgabengesetze der Länder zu beachten. In diesem Fall wäre auch die in § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB vorgesehene Eigenbeteiligung der Gemeinde zwingend (ausf. zum Ganzen: BeckOK-BauGB/Eiding, 40. Ed. 1.1.2018, BauGB § 129 Rn. 40 f.). Entsprechendes gilt auch für den Abschluss einer Ablösevereinbarung, die ein öffentlich-rechtliches Ersatzinstrument zur Beitragserhebung darstellt (dazu unter Ziff. 2).

cc) Modifizierter Erschließungsvertrag

Im Rahmen des echten Erschließungsvertrages ist der Erschließungsträger, der nicht Eigentümer sämtlicher Baugrundstücke ist, darauf angewiesen, mit den Fremdanliegern privatrechtliche Kostenerstattungsverträge abzuschließen. Problematisch ist es, wenn die Gemeinde die Erschließung im Rahmen eines echten Erschließungsvertrages übertragen möchte, der Erschließungsträger aber keine Sicherheit hat, ob alle Fremdanlieger zu einer Kostenübernahme bereit sind. Hier hat sich der modifizierte Erschließungsvertrag entwickelt, der ausdrücklich auch vom Bundesverwaltungsgericht gebilligt wird (Thebille, RNotZ 2014, 333, 343 f. m. w. N.; BVerwG NVwZ-RR 2013, 479 ff.; MittBayNot 1996, 387 ff.).

Die Gemeinde und der Erschließungsträger schließen einen **echten Erschließungsvertrag** ab. Geplant ist weiterhin, dass **privatrechtliche Kostenerstattungsverträge** zwischen dem **Erschließungsträger** und den **Fremdanliegern** getroffen werden. Im Erschließungsvertrag **verpflichtet sich** die **Gemeinde** jedoch **gleichzeitig** auch, dem Erschließungsträger die gesamten nachgewiesenen **Erschließungskosten zu erstatten**, sodass bei ihr **beitragsfähiger Aufwand** entsteht, der durch Erschließungsbeiträge auf alle Grundstücks-eigentümer umgelegt werden kann. Gelingt nun die private Refinanzierung durch Kostenerstattungsverträge mit einzelnen Fremdanliegern nicht, so kann der Erschließungsträger seine Kosten der Gemeinde in Rechnung stellen. Die Gemeinde kann den Gesamtaufwand auf sämtliche Grundstücke verteilen, wobei zugunsten derjenigen Fremdanlieger, die einer Kostenerstattungsvereinbarung mit dem Erschließungsträger zugestimmt haben, zugleich eine Ablösevereinbarung eingreift. Mit den **Kostenerstattungsverträgen** wird also **gleichzeitig vorsorglich eine Ablösevereinbarung** getroffen, sodass diejenigen Fremdanlieger, die zu einem Vertragsschluss mit dem Erschließungsträger bereit sind, auch nur die dort vereinbarte Kostenlast tragen müssen. Die **Fremdanlieger**, die einen **Vertragschluss mit dem privaten Erschließungsträger verweigern**, können dann durch **Beitragserhebung** von der Gemeinde herangezogen werden. Hierbei ist wichtig, dass der **Erschließungsträger die gesamten Kosten in Rechnung** stellt, damit bei der Gemeinde als beitragsfähiger Aufwand der Gesamtbetrag entsteht. Denn der Gemeinde ist eine Beitragserhebung nur unter Verteilung der beitragsfähigen Kosten auf sämtliche Grundstücke möglich. Würden nur diejenigen Kosten in Rechnung gestellt, die der private Erschließungsträger von einzelnen Fremdanliegern nicht erstattet bekommt, so könnten auch nur diese Kosten auf sämtliche Grundstückseigentümer umgelegt werden. Zu beachten ist ferner, dass die Gemeinde gegenüber den Fremdanliegern grundsätzlich den **gemeindlichen Eigenanteil** von mindestens 10 % zu tragen hat. Inwieweit abweichende vertragliche Vereinbarungen zulässig sind und ob sich der Erschließungsträger wiederum zur Erstattung dieses Anteils an die Gemeinde für den Fall verpflichten kann, dass zwischen Gemeinde und Fremdanliegern keine entsprechende Vereinbarung zu-

stande kommt, ist höchstrichterlich nicht geklärt und damit im Ergebnis **unsicher**. Zum Teil wird eine entsprechende Konstruktion als erschließungsbeitragsrechtlich unzulässiger Folgekostenvertrag nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB angesehen (ausf. Thebille, RNotZ 2014, 333, 344 m. w. N.).

c) Einordnung des Sachverhalts hins. der Vertragsart

Fraglich ist, wie der vorliegende Fall sich in diese Systematik einordnen lässt. Welcher Vertragstyp vorliegt, hängt dabei – ebenso wie die Beantwortung der daran anschließenden Folgefrage, inwiefern auf Grundlage der gewählten Gestaltung ein beitragsfähiger Aufwand der Gemeinde entsteht, der Grundlage für den Abschluss von Ablösevereinbarungen sein kann – von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab. Letztlich betrifft dies eine Frage der **Auslegung** des zwischen der Gemeinde und dem Erschließungsträger bereits abgeschlossenen Erschließungsvertrages, die das DNotI mangels umfassender Kenntnis der Einzelfallumstände sowie im Hinblick auf die vorrangige Auslegungszuständigkeit der entscheidungsberufenen Gerichte, naturgemäß nicht abschließend beurteilen kann. Für die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen kommt dem Wortlaut keine maßgebliche Bedeutung zu, wenn die Vertragsteile mit einem unzulänglichen, unrichtigen oder sogar sinnlosen Ausdruck eine übereinstimmend gemeinte Bedeutung bestimmten Inhalts verbinden, die vom Wortlaut nicht ohne Weiteres oder überhaupt nicht gedeckt ist (Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl. 1999, § 133 Rn. 17). Vor diesem Hintergrund kann das DNotI kein verbindliches Auslegungsergebnis feststellen, sondern nur Aspekte darlegen, die bei der Auslegung ggf. zu beachten sind. Wir bitten daher, die nachfolgenden Ausführungen unter diesen Einschränkungen zu sehen.

Nach den uns mitgeteilten Informationen wird die Erschließung gem. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB auf den Erschließungsträger übertragen, wobei dieser die Erschließung auf eigene Kosten durchführt. Auf den ersten Blick scheint dies für den Abschluss eines echten Erschließungsvertrages i. S. vorstehender Ziff. 2 lit. b), aa) zu sprechen.

Sollte ein modifizierter Erschließungsvertrag beabsichtigt gewesen sein, weisen wir hinsichtlich der Beteiligung der Gemeinde am Abschluss etwa beabsichtigter Kostenerstattungsverträge zwischen dem Erschließungsträger und den künftigen Erwerbern ferner auf Folgendes hin: **Gebräuchliche Praxis in Bayern** ist es bereits, dass die **privaten Kostenerstattungsverträge mit den Grundstückseigentümern** anlässlich der Veräußerung der Grundstücke durch die Gemeinde abgeschlossen werden. Die Gemeinde veräußert das Grundstück und der Erwerber schließt zeitgleich in derselben Urkunde mit dem Erschließungsträger oder **im Erwerbsvertrag mit der Gemeinde zugunsten des Erschließungsträgers (§ 328 BGB)** den Kostenerstattungsvertrag mit dem Erschließungsträger ab. Der Verkauf des Grundstücks wird also seitens der Gemeinde verknüpft mit einem Vertragsschluss des Erwerbers mit dem Erschließungsträger. Wurde der Kostenerstattungsvertrag – wie bei einem modifizierten Erschließungsvertrag üblich und erforderlich – bereits mit der Gemeinde abgeschlossen, spricht u. E. nichts dagegen, dass der Erwerber die hieraus folgenden Verpflichtungen – im Gegensatz zum erstmaligen Abschluss eines eigenständigen Kostenerstattungsvertrages – im Rahmen eines Vertrages zugunsten Dritter lediglich übernimmt. Unseres Erachtens macht dies für die rechtliche Zulässigkeit keinen wesentlichen Unterschied, die Kostenerstattungsvereinbarung kann erstmalig beim von der Gemeinde verschiedenen Erwerber abgeschlossen werden, oder zunächst von der Gemeinde abgeschlossen werden und vom Grundstückserwerber lediglich übernommen werden. In

beiden Fällen liegt die „Organisation“ der Refinanzierung des Erschließungsträgers im Verantwortungsbereich der Gemeinde, die letztlich dafür sorgt, dass nur solche Erwerber Grundstücke erhalten, die einer privaten Kostenvereinbarung mit dem Erschließungsträger zustimmen.

Wir weisen jedoch ausdrücklich darauf hin, dass sich die Rechtsprechung bislang noch nicht einmal über die Zulässigkeit der bereits praktizierten Vorgehensweise der Kostenvereinbarung anlässlich des Grundstücksverkaufs geäußert hat. Flankierend zur Kostenübernahmeverpflichtung des Erwerbers gegenüber dem Erschließungsträger wäre eine Ablösevereinbarung zugunsten derjenigen Erwerber zu treffen, die der vorgenannten Kostenübernahme zugestimmt haben.

3. Kostenerstattungsvereinbarung und Offenlegung des Erschließungsvertrags

Zur Ausgestaltung der Kostenerstattungsvereinbarungen zwischen den Privaten und dem gemeindeeigenen Erschließungsträger ist kaum Literatur ersichtlich. Zunächst ist es richtig, dass die Gemeinde städtebauliche Verträge auch mit einer juristischen Person, an der sie beteiligt ist, abschließen kann (vgl. § 11 Abs. 1 S. 3 BauGB). *Grziwotz* etwa formuliert ausdrücklich bei einem Kauf durch Private von der Gemeinde bei Durchführung der Erschließungsmaßnahmen durch eine gemeindeeigene Erschließungsgesellschaft der Erschließungsvertrag offenzulegen ist (*Grziwotz*, § 11 Rn. 425):

„Hierzu gehört auch die Offenlegung von im Kaufpreis enthaltenen und an den Erschließungsunternehmer „weitergeleiteten“ Erstattungszahlungen. Die Gemeinde muss dem Erwerber die Überprüfung ihrer Höhe ermöglichen. Gleiches gilt bei Durchführung der Erschließung durch eine gemeindliche Eigengesellschaft. Diese Konstruktion darf nicht allein deshalb gewählt werden, um eine Umgehung der im Beitragsrecht geltenden Grundsätzen der Transparenz und der Überprüfbarkeit zu erreichen. Dem Erwerber müssen sowohl der Erschließungsvertrag als auch vereinbarte Kostenerstattungen offen gelegt werden.“

Dies dürfte zwar unmittelbar nur die Konstellation des unechten Erschließungsvertrags betreffen; dem Gebot des sichersten Weges folgend sollte *unseres Erachtens* jedoch auch bei einem echten Erschließungsvertrag mit Blick auf die Kostenerstattungsvereinbarung eine Offenlegung des Erschließungsvertrages erfolgen. *Grziwotz* hebt ausdrücklich hervor, dass der Grundsatz der Transparenz sowohl durch die Gemeinde als auch durch die kommunale Eigengesellschaft zu beachten ist (*Grziwotz*, § 11 Rn. 425). Überdies besteht zwischen Kostenerstattungsvereinbarung und Erschließungsvertrag eine Akzessorietät (BVerwG NVwZ 2011, 690, 691), sodass die Übertragung unangemessener Kosten auf den Erschließungsträger auf die Kostenerstattungsvereinbarung durchschlägt (Uechtritz, in: Rechtsgestaltung in der kommunalen Praxis, 2015, § 2 Rn. 38).

Ein Muster für einen Kostenerstattungsvertrag zwischen dem Erschließungsunternehmen und Fremdanliegern sowie weitere Muster von *Grziwotz* haben wir im Anhang beigefügt (*Grziwotz*, § 11 Rn. 426-430). Insbesondere kann eine Differenzierung zwischen Erschließungsbeiträgen und Beiträgen für leistungsgebundene Einrichtungen angezeigt sein (so *Grziwotz*, § 11 Rn. 430).

Die Rechtslage mit Blick auf die Offenlegung des Erschließungsvertrages ist jedoch unsicher, da *Grziwotz* etwa einen Einzelnachweis der Aufwendungen des Erschließungsunternehmers in seinem Vertragsmuster für die Kostenerstattungsvereinbarung nicht fordert (vgl. dort II bei Grziwotz, § 11 Rn. 430). Allerdings ist aus dem Muster nicht ersichtlich, ob der Erschließungsunternehmer – wie im vorliegenden Fall – einer Alleinbeteiligung durch die Gesellschafterin Gemeinde unterliegt. Der öffentlich-rechtlichen Pflichtenbindung mit Blick auf das Transparenzgebot wird sich die Gemeinde durch die formelle Privatisierung wohl nicht entziehen können (in diese Richtung Grziwotz, § 11 Rn. 425).

4. Ergebnis

Dem Gebot des sichersten Weges und dem durch die Gemeinde und den gemeindeeigenen Erschließungsträger zu beachtenden Transparenzgebot dürfte es entsprechen, dass der Erschließungsvertrag zwischen Gemeinde und Erschließungsunternehmen offengelegt wird.