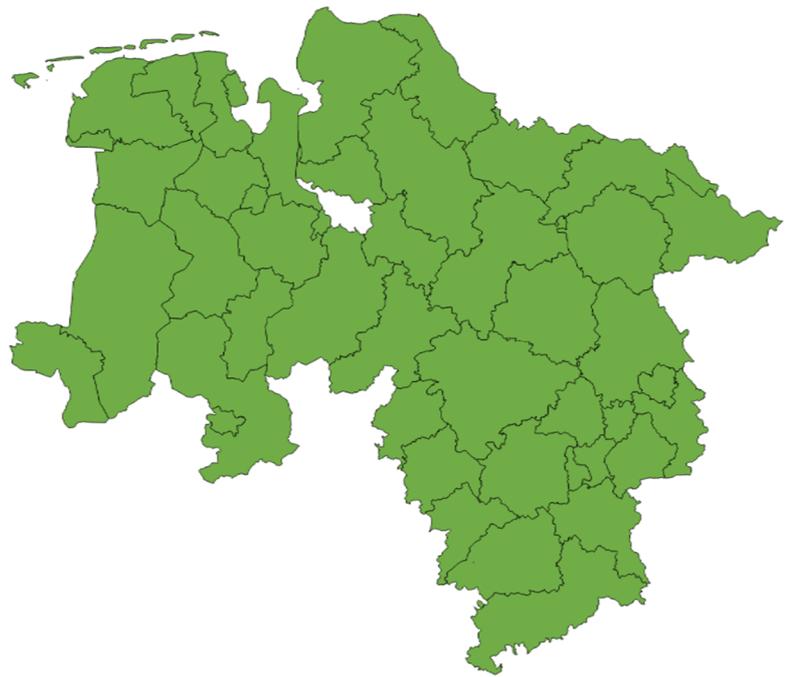


**Die Präsidentin des
Niedersächsischen Landesrechnungshofs
- Überörtliche Kommunalprüfung -**



Kommunalbericht 2018



Niedersachsen

Kommunalbericht
der
Präsidentin
des Niedersächsischen Landesrechnungshofs
- Überörtliche Kommunalprüfung -

2018

Übersandt an

- Nds. Landtag
- Nds. Landesregierung
- Nds. Landkreistag
- Nds. Städtetag
- Nds. Städte- und Gemeindebund

Herausgeberin:

Die Präsidentin des Nds. Landesrechnungshofs
Justus-Jonas-Str. 4
31137 Hildesheim
<http://www.lrh.niedersachsen.de>



Copyright

Die in diesem Bericht enthaltenen Texte, Grafiken und Tabellen unterliegen urheberrechtlichem Schutz und dürfen nur mit Einverständnis weiterverwendet werden. Die von mir erstellten Karten basieren auf den Geobasisdaten der Niedersächsischen Vermessungs- und Katasterverwaltung 2016 und 2018.

5.11 Erschließungsverträge – Immer die richtige Entscheidung?

Die Mehrzahl der geprüften Kommunen erschloss ihre Baugebiete über Erschließungsverträge (städtebauliche Verträge gemäß § 11 BauGB). Eine Entscheidung für oder gegen eine Eigenschließung (Regimeentscheidung) mussten die Kommunen in 20 von 28 Fällen nicht treffen, weil der Investor Eigentümer der Flächen im Erschließungsgebiet war.

In drei Fällen führten die Kommunen die notwendigen Vergabeverfahren nicht durch.

Die überörtliche Kommunalprüfung untersuchte, wie die Kommunen das Instrument „Erschließungsvertrag“ einsetzten. Die Prüfung sollte Aufschluss darüber geben, wie die Kommunen die Regimeentscheidung vorbereiteten, ob sie ein ggf. erforderliches Vergabeverfahren durchführten und wie sie die Erschließungsverträge gestalteten und umsetzten. Dazu führte die überörtliche Kommunalprüfung bei zwölf Kommunen⁶⁵ örtliche Erhebungen durch. Sie bezog Kommunen mit 15.000 bis 50.000 Einwohnern in die Prüfung ein, die in dem Zeitraum 2012 bis 2016 die Erschließung ihrer Gewerbe- und Wohnbaugebiete überwiegend über Erschließungsverträge durchgeführt hatten.

*Hintergrund
und Ziel der
Prüfung*

Kommunen bieten sich unterschiedliche Möglichkeiten zur Entwicklung eines Baugebiets:

*Wirtschaftlichkeits-
vergleich*

Erschließung	Vermarktung	Refinanzierung der Kommune
Eigenregie: - eigenes Personal - eigenes Personal und Planungsbüros - Planungsbüros	Kommune	Erschließungs- und Kanalbaubeiträge sowie Planungsgewinne bei Grundstücksvermarktung
	Bauträger	Alle Kosten für marktgängige Leistungen, Erschließungs- und Kanalbaubeiträge
Fremdregie	Bauträger	Evtl. Kanalbaubeiträge

Tabelle 5: Möglichkeiten der Baugebietsentwicklung, eigene Darstellung

Die Kommunen sind nach § 110 Abs. 2 NKomVG zur Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verpflichtet. Keine der geprüften Kommunen untersuchte, welche Variante der Baugebietsentwicklung für sie die wirtschaftlichste wäre. Ein Wirtschaftlichkeitsvergleich war allerdings in den Fällen nicht erforderlich, in denen der Grundstückseigentümer Erschließungsträger wurde.

⁶⁵ Geprüft wurden die Städte Bassum, Hessisch-Oldendorf, Leer (Ostfr.), Ronnenberg, Rotenburg (Wümme), Sehnde und Soltau sowie die Gemeinden Lilienthal, Neu Wulmstorf, Wallenhorst, Wardenburg und Wurster Nordseeküste.

*Muss/Soll-
Regelungen
im Erschlie-
bungsver-
trag*

Die inhaltlich sehr unterschiedlich ausgestalteten Verträge enthielten in der Regel die von der überörtlichen Kommunalprüfung für erforderlich gehaltenen Mindestinhalte⁶⁶.

Diese sind:

- Festsetzung des Erschließungsgebiets,
- Zeitpunkt der Fertigstellung der Erschließungsanlagen,
- Folgen einer verspäteten Fertigstellung,
- Umfang, Art und Güte der Erschließungsanlagen,
- Bauleitung/Baudurchführung,
- Verkehrssicherungspflicht,
- Abnahme und Gewährleistung,
- Übernahme der Erschließungsanlagen,
- Regelungen zu Leistungsstörungen – Bürgschaften,
- Vergleichsrechnung und Ausgleichspflicht Abwasserbeitrag,
- Wirksamwerden des Vertrags,
- Rücktritt vom Vertrag/Kündigung des Vertrags.

*Kann-
Regelungen
im Erschlie-
bungsver-
trag*

Nach Durchsicht von 28 Verträgen kristallisierten sich je nach Lage und Gestaltung der Erschließungsanlage nachfolgende Ergänzungsmöglichkeiten heraus:

- Zufahrtsregelung (Anfahrregelung, um Anwohner vor unnötiger Lärm- und Verkehrsbelästigung zu schützen),
- Ertüchtigung der Zufahrt (aktueller Zustand ist nicht geeignet, den Baustellenverkehr schadlos aufzunehmen),
- Beweissicherungsverfahren für Altbebauung,
- Entsorgung von Altlasten auf eigene Kosten,
- Zwischenfrist Kanal (z. B., sofern die Kommune Folgearbeiten aus dem Kanalbau selbst durchzuführen hat),
- Zwischenfristen für bestimmte Verfahrensschritte (Vorlage Ausbauplanung, Erstellung der Baustraße – endgültige Herstellung der Straße),
- Abstimmungsverpflichtung mit anderen Versorgungsträgern.

⁶⁶ In Anlehnung an DStGB Dokumentation Nr. 23, Verlagsbeilage „Stadt und Gemeinde INTERAKTIV“ Ausgabe 4 / 2002.

Grundsätzlich können die Kommunen in den Erschließungsverträgen alle Angelegenheiten hinsichtlich der Entwicklung des Baugebiets regeln, die ihnen wichtig und zweckmäßig erscheinen. Dazu gehören ggf. auch die Weitergabe von angemessenen Verwaltungskosten, z. B. anlässlich zusätzlicher Ortsbesichtigungen, die Anfertigung zusätzlicher Unterlagen und der Ausgleich der durch das Baugebiet entstehenden Folgekosten.

Vier der geprüften Kommunen schlossen separate Folgekostenverträge ab oder nahmen Folgekostenregelungen in den Erschließungs- oder den Durchführungsvertrag auf.

Folgekostenbeitrag

Nach § 11 Abs. 1 Nr. 3 BauGB kann die Übernahme derartiger Kosten oder sonstiger Aufwendungen vereinbart werden. Eine solche Vereinbarung setzt allerdings ein von der Vertretung beschlossenes Konzept zur Entwicklung der Kommune voraus, das mindestens folgende Inhalte haben muss:⁶⁷

- Eine Prognose der Bevölkerungsentwicklung,
- die Festlegung der zu entwickelnden Wohnbauflächen,
- die Prognose des Bedarfs an Folgeeinrichtungen und ihrer Kosten sowie
- eine Darstellung des Berechnungsmodus für die Folgekostenbeiträge.⁶⁸

Ein durch das Baugebiet ausgelöster Bedarf, z. B. Kindertagesstätten- und/oder Schulerweiterungen, darf nicht anderenorts im Gemeindegebiet durch vorhandene Einrichtungen in zumutbarer Entfernung gedeckt werden können. Die vereinbarten Leistungen müssen insgesamt angemessen sein (§ 11 Abs. 2 S. 1 BauGB).

Fehlt ein Konzept oder sind die Folgekosten nicht schlüssig begründet, ist die Vereinbarung als unzulässige „Zuzugsabgabe“ bzw. als eine ebenso unzulässige allgemeine Investitions- oder Infrastrukturabgabe anzusehen.

Ein Abgleich der vorgefundenen Folgekostenvereinbarungen mit der Rechtsprechung des OVG Lüneburg ergab, dass eine Folgekostenvereinbarung mit Ausnahme der Bewertung, ob der Bedarf anderenorts erfüllt werden könnte, den Anforderungen entsprach.

Die anderen Vereinbarungen erfüllten die von der Rechtsprechung aufgezeigten Voraussetzungen nicht. Hier könnte eine gerichtliche Überprüfung zum Ergebnis kommen, dass es sich um eine unzulässige „Infrastrukturabgabe“ bzw. „Zuzugsabgabe“ handelt.

⁶⁷ Urteil des OVG Lüneburg vom 18.02.2016 – 1 LC 28/12.

⁶⁸ Ebenda.

*Zuständig-
keit*

Drei der geprüften Kommunen sahen den Abschluss eines Erschließungsvertrags als ein Geschäft der laufenden Verwaltung an und führten diesbezüglich keine Entscheidung des Hauptausschusses herbei.

Die Hauptverwaltungsbeamtin oder der Hauptverwaltungsbeamte ist nach § 85 Abs. 1 Nr. 7 NKomVG für die Geschäfte der laufenden Verwaltung zuständig. Der Abschluss eines städtebaulichen Vertrags ist mangels Regelmäßigkeit und Häufigkeit kein Verwaltungshandeln „nach feststehenden Grundsätzen auf eingefahrenen Geleisen“⁶⁹ und damit kein Geschäft der laufenden Verwaltung. Der Vertragsabschluss bedarf deshalb einer Entscheidung des zuständigen Beschlussorgans. Je nach Regelungsgehalt der Erschließungsverträge und im Rahmen des gesetzlich Zulässigen kann der Hauptausschuss seine Zuständigkeit allerdings auf die Hauptverwaltungsbeamtin oder den Hauptverwaltungsbeamten übertragen (§ 76 Abs. 2 i. V. m. Abs. 5 NKomVG).

Die Kommunen müssen die Zuständigkeitsregelungen beachten.

*Beurkun-
dung*

Sechs Kommunen ließen ihre Erschließungsverträge notariell beurkunden. Ein Erschließungsvertrag ist nur dann beurkundungspflichtig, wenn er Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Übertragung von Grundstücken enthält (§ 311b Abs. 1 i. V. m. § 128 BGB). Um eine mögliche Nichtigkeit des Erschließungsvertrags aufgrund eines Formmangels zu vermeiden, ist unter diesem Gesichtspunkt die Prüfung der Notwendigkeit seiner notariellen Beurkundung im Einzelfall unverzichtbar.

*Vergabe-
recht -
Umge-
hungstatbe-
stand*

Bei drei Erschließungsverträgen übertrugen die Kommunen das Eigentum von Grundstücken im Erschließungsgebiet kurz vor (einstufiges Verfahren) bzw. mit Abschluss des Erschließungsvertrags auf den Erschließungsträger (zweistufiges Verfahren).

Grundstücksverkäufe unterliegen nicht dem Vergaberecht. Auch der Abschluss eines Erschließungsvertrags mit dem Grundstückseigentümer ist nicht ausschreibungspflichtig.

War allerdings die Kommune ursprünglich Grundstückseigentümerin und hat den Erschließungsvertrag im oben dargestellten zweistufigen Verfahren abgeschlossen, kann die Rechtslage anders zu beurteilen sein.

Grundvoraussetzung für die Notwendigkeit eines Vergabeverfahrens im Zusammenhang mit den Erschließungsverträgen ist das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrags.⁷⁰ Ein öffentlicher Bauauftrag liegt vor, wenn eine rechtsverbindliche Leistungsverpflich-

⁶⁹ OVG Münster, OVGE 25, 186, 193; vgl. auch BGH, DVBl. 1979 S. 514 = NJW 1980 S. 117; Schmidt-Jortzig, KR, Rn. 258 m. w. N., Thiele, NGO, S. 263; ders., NKomVG, § 85 S. 269 f.; Ipsen, Kommunalrecht, S. 181 Rn. 377.

⁷⁰ Richtlinie 2004/18/EG, EuGH vom 25.03.2017 – C-451/08.

tung besteht, die Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen erfolgt und ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers an der Leistung besteht, indem er beispielsweise das Eigentum an dem Bauwerk erwirbt.

Nach der Rechtsprechung des EuGH⁷¹ können auch zweistufige Verfahren (zunächst Grundstücksverkauf und dann Erteilung eines Bauauftrags) als Einheit gesehen werden. Eine Wertung als einheitliches Verfahren ist dann erforderlich, wenn anderenfalls gegen den Rechtsgrundsatz des Umgehungsverbots verstoßen würde. Die bei einem einheitlichen Verfahren erforderliche Verpflichtung, ein Vergabeverfahren durchzuführen, würde bei einer zweistufigen Betrachtungsweise umgangen, da in der zeitlichen Abfolge beide Vorgänge für sich keine Ausschreibungsverpflichtung begründeten. Eine Einheitsbetrachtung ist nach Auffassung der überörtlichen Kommunalprüfung zumindest dann von Bedeutung, wenn ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen den beiden Stufen besteht.

Sowohl im einstufigen als auch im zweistufigen Verfahren wären demnach Vergabeverfahren durchzuführen gewesen. Dafür gelten die allgemeinen Regelungen zur Pflicht von europaweiten⁷² oder nationalen Ausschreibungen⁷³. Welches Verfahren konkret durchzuführen gewesen wäre, wird im Wesentlichen durch Wertgrenzen bestimmt.⁷⁴

Überwiegend waren die Eigentumsverhältnisse ausschlaggebend dafür, dass die Baulandentwicklung in Fremddregie auf der Grundlage eines Erschließungsvertrags erfolgte. In den Fällen, in denen die Kommunen eine Regimeentscheidung hätten treffen können, erfolgte weder ein Wirtschaftlichkeitsvergleich der verschiedenen Baulandentwicklungsmöglichkeiten noch eine Prüfung, ob die Kommunen ein Vergabeverfahren durchzuführen hatten.

Fazit

Bei der Vorbereitung von Baulandentwicklungen sollten die Kommunen Wirtschaftlichkeitsvergleiche zwischen den verschiedenen Entwicklungsmöglichkeiten durchführen. Vor dem Abschluss von Erschließungsverträgen sowie vor der Vergabe von Erschließungsleistungen haben sie die Notwendigkeit von Vergabeverfahren zu prüfen. Sie sollten zudem frühzeitig die von der zitierten Rechtsprechung aufgezeigten Voraussetzungen für Folgekostenvereinbarungen schaffen und ggf. Folgekostenvereinbarungen treffen.

Empfehlung

⁷¹ EuGH Urteil vom 12.07.2001 – Rs C-399/98.

⁷² Z. B. GWB.

⁷³ Z. B. VOL/A.

⁷⁴ § 106 GWB, § 3 Abs. 3 NTVergG i. V. m. § 4 NWertVO.