

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1349

**Die Absicherung von Verpflichtungen
in städtebaulichen Verträgen
gemäß § 11 BauGB**

Von

Franziska Owusu



Duncker & Humblot · Berlin

FRANZISKA OWUSU

Die Absicherung von Verpflichtungen
in städtebaulichen Verträgen
gemäß § 11 BauGB

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1349

Die Absicherung von Verpflichtungen in städtebaulichen Verträgen gemäß § 11 BauGB

Von

Franziska Owusu



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Humboldt-Universität zu Berlin
hat diese Arbeit im Jahr 2016
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-15095-3 (Print)
ISBN 978-3-428-55095-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85095-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin hat diese Arbeit im Wintersemester 2015/2016 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Oktober 2015 berücksichtigt.

Diese Arbeit geht auf eine Anregung meines Doktorvaters Herrn Prof. Dr. Olaf Reidt zurück, dem ich an dieser Stelle herzlich danken möchte. Durch seine hervorragende Unterstützung und sein persönliches Engagement bei der Betreuung dieser Arbeit hat er maßgeblich zu ihrem Gelingen beigetragen. Herrn Prof. Dr. Christian Waldhoff danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Großer Dank gebührt der Kanzlei GÖHMANN Rechtsanwälte für die Förderung dieser Arbeit durch Bereitstellung ihrer Räumlichkeiten. Besonders danken möchte ich Herrn Rechtsanwalt Dr. Henning Rauls für sein persönliches Interesse an der Entstehung dieser Arbeit sowie an meiner juristischen Ausbildung im Allgemeinen.

Aus tiefstem Herzen danke ich meinem Ehemann für seine liebevolle fortwährende Unterstützung. Seine Bestärkung, seine Geduld und sein Verständnis haben mir den nötigen Rückhalt zur Durchführung dieser Arbeit gegeben.

Über alle Maßen dankbar bin ich meinen Eltern, die mich Zeit meines Lebens in jeder Hinsicht in all meinem Tun gefördert und unterstützt haben. Sie haben den Grundstein für meine berufliche und persönliche Entwicklung gelegt. Ihnen ist dieses Buch gewidmet.

Franziska Owusu

Inhaltsverzeichnis

Allgemeiner Problemaufriss	27
A. Rechtshistorische Hintergründe des Untersuchungsgegenstandes	27
B. Zur Bedeutung städtebaulicher Verträge im Bauplanungsrecht	35
C. Der Begriff des städtebaulichen Vertrages	39
D. Gang der Darstellung	43
 <i>Kapitel 1</i>	
Verfassungsrechtliche Vorüberlegungen zu den Verpflichtungen des privaten Vertragspartners	47
A. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit	47
B. Beschränkung der Vertragsfreiheit des Vertragspartners durch gemeindliche Beteiligung	50
I. Die Handlungsspielräume der Gemeinde	51
1. Die Grundrechtsbindung der Gemeinde aus Art. 1 Abs. 3 GG	51
2. Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG	52
3. Gesetzesdirigierte Handlungsspielräume der Gemeinde	54
II. Rechtsfolgen für den privaten Vertragspartner	56
C. Der Vorbehalt des Gesetzes im Rahmen städtebaulicher Verträge	58
I. Verfassungsrechtliche Grundlagen	58
II. Zur Grundrechtswesentlichkeit städtebaulicher Verträge in Bezug auf den privaten Vertragspartner	60
1. Grundsatz: Freiwilliger Vertragsschluss als Ausdruck grundrechtlicher Vertragsfreiheit	60
2. Grundrechtswesentlichkeit infolge fremdbestimmten Vertragsschlusses	61
a) Ziele des Vertragspartners beim Abschluss städtebaulicher Verträge	63
b) Zur Bedeutung der planungsrechtlichen Monopolstellung der Gemeinde	65
aa) Die kommunale Planungshoheit	65
bb) Die beschränkten Einflussnahmemöglichkeiten Privater im Bebauungsplanverfahren	66

cc) Schutz der gemeindlichen Planungshoheit durch das Verbot der Vorwegbindung aus § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB	68
dd) Fazit: Strukturelle Überlegenheit der Gemeinde	69
c) Ausgleich des Machtgefälles durch die städtebauvertraglichen Schrankenregelungen	70
aa) Zum Inhalt der städtebauvertraglichen Schrankenregelungen	70
bb) Der Schutz des Vertragspartners durch die städtebauvertraglichen Schrankenregelungen	72
cc) Exkurs: Die Umkehr des Machtgefälles durch äußerliche Rahmenbedingungen	73
III. Fazit	74
IV. Exkurs: Zur Grundrechtswesentlichkeit städtebaulicher Verträge in Bezug auf Dritte	75

Kapitel 2

Die zulässigen Verpflichtungstypen 79

A. Verpflichtung zu positivem Tun	80
I. Verpflichtung zur Vornahme eines Realakts	81
1. Zahlungsverpflichtung	81
2. Handlungsverpflichtung	82
a) Verpflichtung zur Vornahme einer vertretbaren Handlung	83
aa) Vertretbare Handlungsverpflichtungen nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB	83
bb) Vertretbare Handlungsverpflichtungen nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB	86
cc) Vertretbare Handlungsverpflichtungen nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 und Nr. 5 BauGB	90
b) Verpflichtung zur Vornahme einer nicht vertretbaren Handlung	90
II. Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung	93
B. Unterlassungsverpflichtung	94
I. Verpflichtung zur Unterlassung eines Realakts	95
1. Grundstücksbezogene Unterlassungspflicht – Nutzungsbeschränkung	95
2. Sonstige Unterlassungspflichten	99
II. Verpflichtung zur Unterlassung einer Willenserklärung – Verfügungsbeschränkung	99
C. Duldungsverpflichtung	100
D. Zusammenfassung	101

*Kapitel 3***Allgemeine Fragen der Absicherung**

103

A.	Vorüberlegungen zur Bedeutung von Sicherungsmitteln in städtebaulichen Verträgen	105
I.	Sicherungsinteresse des Vertragspartners	106
II.	Sicherungsinteresse der Gemeinde	108
B.	Sicherungspflicht der Gemeinden	112
I.	Keine gesetzliche Sicherungspflicht nach § 11 BauGB de lege lata ...	113
1.	Sicherungspflichten in sonstigen städtebaulichen Verträgen nach § 11 Abs. 4 BauGB	113
2.	Rückschlüsse auf das Nichtbestehen einer Sicherungspflicht nach § 11 BauGB	116
II.	Keine generelle gesetzliche Sicherungspflicht	117
1.	Kommunal- und subventionsrechtliche Hintergründe der Leistungssicherung – Zur Gebotenheit der Absicherung in Einheimischenmodellen	117
2.	Beitragsrechtliche Hintergründe der Leistungssicherung nach den §§ 127 ff. BauGB – Zur Gebotenheit der Absicherung von Erschließungsverträgen	120
a)	Zur Bedeutung der Regimeentscheidung	120
b)	Gründe für die Leistungssicherung in Erschließungsverträgen ..	123
3.	Die Abwägungsrelevanz als Hintergrund der Leistungssicherung ..	124
4.	Haushalts- und beamtenrechtliche Hintergründe der Leistungssicherung	127
a)	Zum Haushaltsgrundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit	128
b)	Zu den beamtenrechtlichen Dienstpflichten	129
III.	Fazit	130
IV.	Überlegungen zu einer gesetzlichen Sicherungspflicht für sämtliche städtebaulichen Verträge de lege ferenda	131
C.	Sicherungsbefugnis der Gemeinden	134
I.	Zum Bedürfnis einer Ermächtigungsgrundlage	135
II.	Beschränkung der Sicherungsbefugnis durch das verfassungsrechtliche Übermaßverbot	135
1.	Zur Geeignetheit der Sicherungsmittel	136
2.	Zur Erforderlichkeit und Angemessenheit der Sicherungsmittel ...	137
III.	Keine Beschränkung der Sicherungsbefugnis auf im öffentlichen Interesse stehende Leistungen	138
1.	Zum Meinungsbild in der Literatur	138
2.	Stellungnahme	139
IV.	Beschränkung der Sicherungsbefugnis auf gegenüber der Vorhabenerrichtung weitergehende oder einschränkende Leistungen	141
V.	Fazit	141

D. Zulässige Sicherungsmittel und deren Sicherungszweck	142
I. Repressive Erfüllungssicherung	142
1. Bürgschaft	143
2. Patronatserklärung	145
3. Grundpfandrecht	148
4. Dienstbarkeit	149
5. Baulast	150
6. Reallast	152
II. Präventive Sicherung	153
1. Vertragsstrafe	154
2. Aufzahlungsverpflichtung	156
3. Mehrerlösklausel	158
4. An- und Wiederkaufsrecht	159
III. Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung als Sicherung der Durchsetzbarkeit vertraglicher Ansprüche	161
IV. Fazit	162
E. Auswirkungen der Rechtsnatur auf die Zulässigkeit der Sicherungsmittel ..	163
I. Der Grundsatz der Formenwahlfreiheit	165
II. Die Rechtsnatur der städtebauvertraglichen Verpflichtungen	166
1. Vorgeordnete Leistungen	169
2. Indifferente Leistungen	169
a) Vertragszweck als Maßstab ungeeignet	170
b) Enger Zusammenhang zu einer vorgeordneten Gegenleistung ..	171
III. Die Einordnung der Sicherungsmittel im Vertragsgefüge	174
1. Der Wortlaut des § 11 BauGB	174
2. Zum Erfordernis eines engen und untrennbaren Zusammenhangs ..	174
3. Stellungnahme	176
IV. Zu den einzelnen Sicherungsmitteln und den durch diese sicherbaren Verpflichtungen	177
1. Baulast	178
2. Dienstbarkeit	179
a) Auslegung der Landesbauordnungen Brandenburgs, Sachsens und Bayerns	180
aa) Zur Landesbauordnung Brandenburgs	180
bb) Zur Landesbauordnung Sachsens	183
cc) Zur Landesbauordnung Bayerns	183
dd) Fazit	184
b) Zur Auslegung von § 1090 i.V.m. § 1018 BGB in der Rechtsprechung	185
aa) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	185
bb) Auslegung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung	186
cc) Aktuelle Rechtsprechung	187
c) Fazit	188

3.	Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung	189
a)	Zur Unterwerfungserklärung nach § 61 VwVfG	189
b)	Zur Unterwerfungserklärung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO	190
c)	Abgrenzung der Unterwerfungserklärungen nach § 61 VwVfG und § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO	191
d)	Fazit	192
4.	Bürgschaft	193
a)	Meinungsbild in der Rechtsprechung	194
b)	Meinungsbild in der Literatur	197
c)	Stellungnahme	200
aa)	Kein Gleichlauf der Rechtsnatur infolge Akzessorietät	200
bb)	Zur rechtlichen Selbständigkeit der Bürgschaftsverbindlichkeit	201
cc)	Keine Analogie zu § 192 AO und § 102 Abs. 2 II. WoBauG	202
dd)	Zur Untauglichkeit diverser Abgrenzungsmaßstäbe	203
ee)	Zum Erfordernis einer hoheitlichen Zweckrichtung	204
ff)	Fazit: Private Rechtsnatur von Bürgschaften im Rahmen städtebaulicher Verträge	206
5.	Vertragsstrafe	206
a)	Die Unterscheidung von zusammengesetzten und gemischten Verträgen	207
b)	Die Vertragsstrafenvereinbarung als Bestandteil gemischter Verträge	209
6.	Grundpfandrechte	210
a)	Zur Rechtsnatur von Grundpfandrechten	211
b)	Zur Rechtsnatur der sicherbaren Hauptverbindlichkeiten	212
c)	Fazit	212
7.	Reallast	213
8.	Wiederkaufsrecht	213
9.	Ankaufsrecht	215
10.	Aufzahlungsverpflichtung und Mehrerlösklausel	216
11.	Vormerkung	216
12.	Fazit	218
F.	Schranken der Leistungssicherung	220
I.	Das Koppelungsverbot	221
II.	Der Grundsatz der Angemessenheit	223
1.	Das Übermaßverbot	224
2.	Das Angemessenheitsgebot des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB	225
a)	Der Begriff der Angemessenheit nach § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB	225
aa)	Objektive Angemessenheit	226
bb)	Subjektive Angemessenheit	228
cc)	Fazit	228

b)	Zur Anwendbarkeit des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB im Sicherungsverhältnis	229
aa)	Auslegung nach dem Wortlaut	229
bb)	Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens	230
cc)	Systematische Auslegung	231
dd)	Das Verhältnis von Koppelungsverbot und Angemessenheitsgebot	231
ee)	Fazit	233
3.	Zur Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB	233
a)	Die Leitentscheidung des BGH vom 29.11.2002 zu privatrechtlichen städtebaulichen Verträgen	234
b)	Die Bedeutung der Leitentscheidung für öffentlich-rechtliche städtebauliche Verträge	235
c)	Zum richterrechtlichen Vorbehalt einer richtlinienkonformen Auslegung – Richtlinie 93/13/EWG	236
aa)	Sachlicher Schutzbereich der Richtlinie 93/13/EWG	237
bb)	Persönlicher Schutzbereich der Richtlinie 93/13/EWG	238
(1)	Der Begriff des Verbrauchers	238
(2)	Der Begriff des Gewerbetreibenden	238
d)	Stellungnahme zur Qualifizierung von § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB als <i>lex specialis</i> zu den §§ 305 ff. BGB	240
aa)	Zum Prüfungsgegenstand des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB und der §§ 305 ff. BGB	241
bb)	Zum Prüfungsmaßstab des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB und der §§ 305 ff. BGB	242
cc)	Zu den Rechtsfolgen des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB und der §§ 305 ff. BGB	243
dd)	Fazit	243
ee)	Exkurs: Die §§ 305 ff. BGB als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben	244
III.	Die Sittenwidrigkeit	245
1.	Zum Begriff der Sittenwidrigkeit	245
2.	Zum Anwendungsbereich der Schranke der Sittenwidrigkeit im Rahmen städtebaulicher Verträge	247
a)	Zur Unanwendbarkeit der Schranke der Sittenwidrigkeit im Zusammenhang mit einer anfänglichen Übersicherung	248
b)	Zur Anwendbarkeit der Schranke der Sittenwidrigkeit im Zusammenhang mit einer nachträglichen Übersicherung	249
IV.	Zur Anwendbarkeit zivilgerichtlicher Rechtsprechung	251
1.	Das dualistische Rechtssystem	252
2.	Argumentum a fortiori	253
V.	Die Rechtsfolgen von Schrankenverstößen	255
1.	Verstoß gegen die Schranken aus § 11 Abs. 2 BauGB	255
2.	Verstoß gegen die Schranke der Sittenwidrigkeit	255

3. Gesamt- oder Teilnichtigkeit nach § 139 BGB und § 59 Abs. 3 VwVfG	256
4. Verstoß gegen die AGB-rechtlichen Schranken der §§ 305 ff. BGB	258
G. Zusammenfassung	258

Kapitel 4

Besondere Fragen der Sicherung – Die Absicherung der Verpflichtungstypen 262

A. Verpflichtung zu positivem Tun	262
I. Verpflichtung zur Vornahme eines Realakts	263
1. Zahlungsverpflichtung	263
a) Sicherungsbedürfnis der Gemeinde	263
aa) Leistungsstörungen infolge Zahlungsunwilligkeit	264
bb) Leistungsstörungen infolge Zahlungsunfähigkeit	265
b) Geeignete und erforderliche Sicherungsmittel	266
aa) Bürgschaft	266
bb) Grundpfandrechte	268
(1) Die Bedeutung der Rangstelle für die Werthaltigkeit von Grundpfandrechten	269
(2) Rechtstatsächliche Probleme bei der Bestellung vorrangiger Grundpfandrechte	270
cc) Patronatserklärung	271
dd) Unterwerfungserklärung	273
ee) Sonstige Sicherungsmittel	274
(1) Dienstbarkeiten	274
(2) Baulasten	275
(3) Vertragsstrafe	275
(4) Hinterlegung	276
c) Angemessenheit der Sicherungsmittel	277
aa) Allgemeine Überlegungen	277
bb) Zur Angemessenheit von Bürgschaften auf erstes Anfordern	278
(1) Zur Angemessenheit einer formularmäßigen Verpflichtung zur Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern	279
(a) Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaften auf erstes Anfordern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen privater Auftraggeber	279
(b) Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaften auf erstes Anfordern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen öffentlicher Auftraggeber	281
(c) Vorauszahlungsbürgschaften auf erstes Anfordern	282

(d) Rückschlüsse auf die Angemessenheit von Bürgschaften auf erstes Anfordern in städtebaulichen Verträgen	283
(2) Zur Angemessenheit einer individualvertraglichen Verpflichtung zur Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern	285
(a) Die Grundsätze zivilgerichtlicher Rechtsprechung im Zusammenhang mit privaten Bauverträgen	285
(b) Zur Unanwendbarkeit zivilgerichtlicher Rechtsprechungsgrundsätze auf städtebauliche Verträge	286
(3) Fazit	287
d) Zusammenfassung	287
2. Handlungsverpflichtung	288
a) Sicherungsbedürfnis der Gemeinde	288
aa) Handlungsunwilligkeit und Handlungsunfähigkeit	289
bb) Schlechtleistung	289
cc) Rechtsnachfolge	290
dd) Besonderes Sicherungsbedürfnis bei Abwägungsrelevanz	291
b) Verpflichtung zur Vornahme einer vertretbaren Handlung	291
aa) Allgemeine Darstellungen zu den Sicherungsmöglichkeiten vertretbarer Handlungsverpflichtungen	293
(1) Primärsicherung durch Selbst- bzw. Ersatzvornahmerecht	293
(2) Sekundärsicherung	294
(a) Die Sekundärsicherung durch Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft	294
(b) Die Sekundärsicherung durch Hinterlegung	296
(3) Zur Angemessenheit der Primärsicherung durch Selbst- bzw. Ersatzvornahmerecht	299
(4) Zur Angemessenheit der Sekundärsicherung durch Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaften	299
(a) Umfang der Bürgschaften	300
(aa) Zum Umfang von Vertragserfüllungsbürgschaften in städtebaulichen Verträgen	301
(bb) Zum Umfang von Gewährleistungsbürgschaften in städtebaulichen Verträgen.	302
(b) Freigabe der Bürgschaften	303
(aa) Zur Freigabe von Vertragserfüllungsbürgschaften in städtebaulichen Verträgen	303
(bb) Zur Freigabe von Gewährleistungsbürgschaften in städtebaulichen Verträgen.	304
bb) Einzelfälle	305
(1) Rückbauverpflichtungen	306

(a)	Die Sicherung der Rückbauverpflichtung nach § 35 Abs. 5 Satz 3 BauGB	306
(aa)	Die Sicherung der Flächenverfügbarkeit	307
(bb)	Die Sicherung des mit dem Rückbau verbundenen finanziellen Risikos	308
(b)	Rückschlüsse auf die Sicherung städtebauvertraglicher Rückbauverpflichtungen nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB	309
(2)	Ausgleich von Eingriffen in Natur und Landschaft	310
(a)	Zur Zulässigkeit von Dauerverpflichtungen	311
(aa)	§ 15 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG als normative Vorgabe für Unterhaltungsverpflichtungen.	312
(bb)	Die richterrechtliche Konkretisierung des Erforderlichkeitsmerkmals	313
(cc)	Zum Meinungsbild in der Literatur	315
(dd)	Stellungnahme	317
(b)	Zu den Sicherungsmöglichkeiten	321
(aa)	Die Sicherung der Flächenverfügbarkeit	322
(bb)	Die Sicherung des mit der Durchführung des Ausgleichs verbundenen finanziellen Risikos	325
(cc)	Fazit	326
(cc)	Zusammenfassung	326
c)	Verpflichtung zur Vornahme einer nicht vertretbaren Handlung	327
aa)	Geeignete und erforderliche Sicherungsmittel	327
(1)	Vertragsstrafe	328
(2)	An- und Wiederkaufsrecht, Aufzahlungs- und Mehrerlösklausel	328
bb)	Angemessenheit der Vertragsstrafe	329
(1)	Inhaltskontrolle	330
(a)	Zur Strafobergrenze	331
(aa)	Zum Erfordernis einer Strafobergrenze	331
(bb)	Zur Höhe der Strafobergrenze	333
(b)	Zum Ausschluss des Verschuldenserfordernisses	335
(2)	Ausübungskontrolle	335
d)	Zur Sicherung von Einheimischenbindungen als Kombination von vertretbaren und nicht vertretbaren Handlungsverpflichtungen	337
aa)	Baugebot und Selbstnutzungspflicht als Obliegenheiten des Vertragspartners	338
bb)	Geeignete und erforderliche Sicherungsmittel	338
(1)	Die Gemeinde als Eigentümerin der Grundstücksflächen	339
(a)	Wiederkaufsrecht, §§ 456 ff. BGB	340
(b)	Aufzahlungsverpflichtung und Mehrerlösklausel	341

(2) Der Vertragspartner als Eigentümer der Grundstücksflächen	341
cc) Angemessenheit der Sicherungsmittel	342
(1) Inhaltskontrolle	343
(a) Zur Angemessenheit der Fertigstellungsfrist	344
(aa) Abwägung anhand der Umstände des Einzelfalls	344
(bb) Richterrechtliche Konkretisierungen	345
(cc) Festlegung von Fristbeginn und geschuldetem Bauerfolg	346
(b) Zur Angemessenheit der Dauer der Selbstnutzungsverpflichtung	347
(aa) Mindestbindungsdauer	347
(bb) Bindungshöchstdauer	348
(c) Zur Angemessenheit des Wiederkaufpreises	350
(aa) Berücksichtigung getätigter Investitionen	351
(bb) Berücksichtigung von Grundstückswertsteigerungen	356
(d) Zur Angemessenheit von Aufzahlungsverpflichtungen	357
(e) Zur Angemessenheit von Mehrerlösklauseln	358
(f) Rechtsfolgen inhaltlich unangemessener Vertragsgestaltungen	360
(2) Ausübungskontrolle	361
(a) Rechtsausübung bei Überschreitung der Fertigstellungsfrist	361
(aa) Verschuldenserfordernis	362
(bb) Kriterien der ermessensfehlerfreien Rechtsausübung	363
(b) Rechtsausübung bei Verletzung der Selbstnutzungsverpflichtung	365
(aa) Proportionale Kürzung der Nachforderung bei zeitanteiliger Selbstnutzung	366
(bb) Vertragliche Staffelung der Nachforderung	367
(cc) Veräußerung an förderungsfähige Dritte	368
dd) Zusammenfassung	368
II. Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung	369
1. Sicherungsbedürfnis der Gemeinde	369
a) Widerruflichkeit der dinglichen Einigung	370
b) Nachträglicher Verlust der Berechtigung	371
2. Sicherungsmittel	372
a) Vormerkung	372
b) Sonstige Sicherungsmittel	374
III. Zusammenfassung	376

B. Unterlassungsverpflichtung	378
I. Verpflichtung zur Unterlassung eines Realakts	378
1. Sicherungsbedürfnis der Gemeinde	378
2. Unterlassung eines nicht grundstücksbezogenen Realakts	379
a) Vertragsstrafe	379
aa) Zum Erfordernis einer Strafobergrenze	380
bb) Zum Ausschluss des Verschuldenserfordernisses	380
b) Unterwerfungserklärung	381
3. Unterlassung eines grundstücksbezogenen Realakts – Nutzungsbeschränkung	382
a) Geeignete und erforderliche Sicherungsmittel	383
aa) Beschränkt persönliche Dienstbarkeit	384
(1) Gesetzlicher Inhalt der Unterlassungsdienstbarkeit, § 1090 i. V. m. § 1018 2. Alt. BGB	385
(2) Zur Zulässigkeit von Dienstbarkeiten zur Sicherung von Wohnungsbelegungsrechten	386
(a) Meinungsbild in der Literatur	386
(b) Meinungsbild in der Rechtsprechung	387
(c) Stellungnahme	389
bb) Baulast	391
b) Angemessenheit der Sicherungsmittel	393
aa) Zur Rechtslage bei geförderten Vorhaben	393
bb) Zur Rechtslage bei frei finanzierten Vorhaben	394
II. Verpflichtung zur Unterlassung einer Willenserklärung – Verfügungsbeschränkung	395
1. Sicherungsbedürfnis der Gemeinde	396
2. Sicherungsmittel	397
a) An- und Wiederkaufsrechte	398
aa) Kritik an der Vormerkungsfähigkeit des an- oder wiederkaufsrechtlichen Übereignungsanspruchs	398
bb) Stellungnahme	399
b) Vertragsstrafe	401
c) Behördliches Veräußerungsverbot	401
III. Zusammenfassung	402
C. Duldungsverpflichtung	403

Kapitel 5

Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse	405
Literaturverzeichnis	415
Sachregister	435

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. D.	außer Dienst
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABl	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AllgVerwR	Allgemeines Verwaltungsrecht
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BauGB	Baugesetzbuch
BauGB-MaßnG	Maßnahmengesetz zum Baugesetzbuch
BauNVO	Baunutzungsverordnung
BauO NRW	Bauordnung Nordrhein-Westfalen
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und private Baurecht
BauROG	Bau- und Raumordnungsgesetz
Bay	Bayern
BayGO	Bayerische Gemeindeordnung
BayHO	Bayerische Haushaltsordnung
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht

BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerf	Bayerische Verfassung
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BBauG	Bundesbaugesetz
BBodSchG	Bundes-Bodenschutzgesetz
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung, Rechtsprechungssammlung in beck-online
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGH GSZ	Großer Senat für Zivilsachen des Bundesgerichtshofs
BGHReport	BGHReport (Zeitschrift)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BlnBauO	Bauordnung Berlin
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BT, BT-Drs.	Bundestag, Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Baden-Württemberg
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
DAI	Deutsches Anwaltsinstitut e. V.
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung
DNotI-Report	Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts (Zeitschrift)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift

DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
Dr.	Doktor honoris causa
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DVP	Deutsche Verwaltungspraxis (Zeitschrift)
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft (Zeitschrift)
e. V.	eingetragener Verein
eG	eingetragene Genossenschaft
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einf	Einführung
Einl	Einleitung
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GBI	Gesetzblatt
GBO	Grundbuchordnung
GemO BW	Gemeindeordnung Baden-Württemberg
GewArch	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
Gms-OGB	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GO NRW	Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HBO	Hessische Bauordnung
HGB	Handelsgesetzbuch
HGO	Hessische Gemeindeordnung
HGrG	Haushaltsgrundsätze-gesetz

HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i. V. m.	in Verbindung mit
II. WoBauG	Zweites Wohnungsbaugesetz (Wohnungsbau- und Familienheimgesetz)
ImmoWertV	Verordnung über die Grundsätze für die Ermittlung der Verkehrswerte von Grundstücken
InsO	Insolvenzordnung
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift bis 1944)
JZ	Juristen-Zeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KommJur	Kommunaljurist (Zeitschrift)
LAG	Gesetz über den Lastenausgleich
LBG NRW	Landesbeamtengesetz Nordrhein-Westfalen
LBO BW	Landesbauordnung Baden-Württemberg
LHO NRW	Landeshaushaltsordnung Nordrhein-Westfalen
lit.	littera (Buchstabe)
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins (Zeitschrift)
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer (Zeitschrift)
n. v.	nicht veröffentlicht
NBauO	Niedersächsische Bauordnung
NdsLHO	Niedersächsische Landeshaushaltsordnung
NdsVBl	Niedersächsische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWE-MietR	NJW Entscheidungsdienst Miet- und Wohnungsrecht (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NJW-Spezial	Beilage zur NJW
NKomVG	Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz

Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NuR	Natur und Recht (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report
NWVBl	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report (Zeitschrift)
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PKW	Personenkraftwagen
RAO	Reichsabgabenordnung
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RhPflVerf	Rheinland-Pfälzische Verfassung
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (Zeitschrift)
s.	siehe
S.	Seite
SchuldR	Schuldrecht
sog.	sogenannt
SVerf	Verfassung des Saarlandes
ThürVBl	Thüringer Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
u. a.	unter anderem, und andere
UPR	Umwelt- und Planungsrecht (Zeitschrift)
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
v, v.	von, vom
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg (Zeitschrift)
Verw	Die Verwaltung (Zeitschrift)
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VGH	Verwaltungsgerichtshof

vgl.	vergleiche
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B
Vorbem	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Zeitschrift)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WFA	WertermittlungsForum Aktuell (Zeitschrift)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WoFG	Gesetz über die soziale Wohnraumförderung
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZOV	Zeitschrift für offene Vermögensfragen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung

Allgemeiner Problemaufriss

A. Rechtshistorische Hintergründe des Untersuchungsgegenstandes

Das klassische Verwaltungsverständnis gründet auf der Theorie des subordinativen Verhältnisses zwischen Staat und Bürger.¹ Aufgrund seiner übergeordneten Stellung sei der Staat grundsätzlich berechtigt, gegenüber den Bürgern bindende Regelungen zu schaffen, ohne hierfür deren aktiver Mitwirkung zu bedürfen.² Dieses Verständnis stand seit jeher der Anerkennung vertraglicher Kooperation zwischen Staat und Bürger im Bereich öffentlicher Verwaltungstätigkeit entgegen. Aufgrund der generellen Überlegenheit des Staates sei eine Gleichberechtigung der Parteien, welche Grundvoraussetzung eines Vertrages sei, in diesem Rechtsbereich bereits begrifflich ausgeschlossen.³

Nichtsdestotrotz bediente sich die Verwaltung – zumindest in Teilen – zur Wahrnehmung der ihr übertragenen hoheitlichen Aufgaben kooperativer Handlungsinstrumente,⁴ durch welche die einseitig hoheitlichen Entscheidungsmechanismen ergänzt und zum Teil ersetzt wurden. Ausgangspunkt dieser Entwicklung war neben praktischen Erwägungen nicht zuletzt die angespannte Haushaltslage⁵ vieler Gemeinden, welche diese zur Abwendung drohender Handlungsunfähigkeit in vertragliche Kooperation drängte. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts billigte den Abschluss öffentlich-rechtlich-

¹ *Oster*, NuR 2008, 845 (845).

² *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, § 40 Rn. 293.

³ *Bonk/Neumann*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 54 Rn. 2; *Mayer*, AöR 3 (1888), 3 (42). Seinerzeit wurde die öffentliche Hand nur zum Abschluss von privatrechtlichen Verträgen als berechtigt angesehen. Folglich hatte das Reichsgericht teilweise bereits von dem Vorliegen eines Vertrages auf dessen privatrechtliche Rechtsnatur geschlossen, vgl. RG, Urt. v. 14.10.1884 – II 202/84 –, RGZ 12, 272.

⁴ Vgl. *Forsthoff*, VerwR AT, S. 275; *Spannowsky*, UPR 2003, 81 (81); *Battis*, ZfBR 1999, 240 (240); *Salzwedel*, S. 1 f. unter Verweis auf die „Mannigfaltigkeit der Erscheinungsformen des öffentlich-rechtlichen Vertrages“. Bereits frühzeitig wurden insbesondere der Erschließungsvertrag und der Folgekostenvertrag allgemein gebilligt, vgl. *Pietzcker*, in: FS Hoppe, S. 439 (448).

⁵ *Knemeyer*, in: Städtebauliche Verträge in der notariellen Praxis, S. 6 (7).

cher Verträge zwar dem Grunde nach.⁶ Allgemeine Rechtsgrundsätze, die über die streitgegenständlichen Sachverhalte hinaus Anwendbarkeit beanspruchten, wurden jedoch nicht entwickelt. Auch in der Verwaltungswissenschaft entwickelte sich nur zäh eine Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, die der Verwaltungspraxis zunächst nicht gerecht wurde.⁷

Diese rechtstatsächlichen Umstände unterstützten eine umfangreiche Diskussion zur Kompetenz des Staates zu vertraglichem Verwaltungshandeln⁸, die verstärkt nach Ende des zweiten Weltkriegs geführt wurde⁹. Als negative Folge dessen Anerkennung wurde der Ausverkauf von Hoheitsrechten¹⁰ befürchtet, der heute durch das Koppelungsverbot in § 56 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 2. HS, Abs. 2 BVwVfG sowie den gleichlautenden VwVfG der Länder¹¹ und in § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB verhindert werden soll. Weiterhin stand zur Diskussion, ob und inwieweit durch Vertrag überhaupt ein Abweichen von gesetzlichen Vorschriften zulässig sei.¹² Teils wurde dies unter Hinweis auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes in Gänze abgelehnt.¹³

Mitte des 20. Jahrhunderts wandte sich die herrschende Verwaltungswissenschaft jedoch von der traditionellen Rechtsauffassung ab. Der Bürger sei nicht mehr nur als schlichtes Verwaltungsobjekt zu begreifen, sondern Mitgestalter. Eine Koordination ranggleicher Partner sei auch im Verhältnis Einzelner zur Verwaltung möglich. Zudem mache die Vielschichtigkeit des Verwaltungshandelns eine Ergänzung durch einvernehmliche Rechtsakte erforderlich.¹⁴ Es wurde die Forderung erhoben, dass das geänderte, moderne Verwaltungsverständnis einer Entsprechung in tatsächlicher Hinsicht bedürfe. Dem schloss sich nicht nur die Rechtsprechung des BVerwG im Jahr 1966¹⁵,

⁶ Vgl. etwa RG, Urt. v. 13.03.1918 – III 296/17 –, RGZ 92, 310 (311); RG, Urt. v. 23.06.1939 – III 169/38 –, RGZ 161, 174 (179).

⁷ *Salzwedel*, S. 3.

⁸ *Bleckmann*, *VerwArch* 63 (1972), 404; *Bullinger*, S. 40 ff.; *Forsthoff*, *VerwR AT*, S. 273 f.; *Imboden*, S. 9 ff.; 64 ff.; *Stern*, *VerwArch* 49 (1958), 106.

⁹ *Bonk/Neumann*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, *VwVfG*, § 54 Rn. 3.

¹⁰ Seit jeher *Tittel*, *DVB1* 1967, 38 (39); in der jüngeren Diskussion siehe *Loomann*, *NJW* 1996, 1439.

¹¹ Im weiteren Verlauf der Untersuchung werden aus Gründen der Vereinfachung nur die Normen des BVwVfG in Bezug genommen.

¹² Vgl. *Bleckmann*, *VerwArch* 63 (1972), 404 (423 ff.); *Schimpf*, S. 133 ff.; *Bramsche*, S. 55 ff., 60 ff.

¹³ Kritisch äußert sich *Schimpf*, S. 136, der statuiert, dass die Verwaltung bei der inhaltlichen Gestaltung von Verträgen an bestehendes, entgegenstehendes Recht gebunden sei; kritisch auch der Ausschuss für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau zum Entwurf eines Gesetzes über das Baugesetzbuch, *BT-Drs.* 10/6166, S. 149.

¹⁴ Insgesamt siehe *Forsthoff*, *VerwR AT*, S. 273 ff.

sondern auch die Gesetzgebung an, die mit Einführung des öffentlich-rechtlichen Vertrages in den §§ 54–62 VwVfG zum 01.01.1977¹⁶ die privat-öffentliche Kooperation im Bereich der Verwaltungstätigkeit erstmals auf eine gesetzliche Grundlage stellte.¹⁷ Etwaige Zweifel aus der Verwaltungswissenschaft an der Rechtmäßigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge verebten zunehmend.¹⁸

Auch in den vergangenen Legislaturperioden war die Modernisierung der Verwaltung wesentlicher Bestandteil der Gesetzgebungstätigkeit.¹⁹ Unter dem Sammelbegriff Public Private Partnership wurden Kooperationsformen von öffentlicher Hand und Privatwirtschaft gefördert, bei welchen sämtliche zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe erforderlichen Ressourcen von den Beteiligten gemeinsam bereitgestellt und die vorhandenen Projektrisiken zwischen diesen angemessen aufgeteilt werden.²⁰ Die Erscheinungsformen von Public Private Partnerships sind vielfältig und reichen von informeller Kooperation über vertragliche Vereinbarungen bis hin zur Gründung von Gesellschaften mit öffentlichen und privaten Anteilseignern.²¹ Die Entlastung des Verwaltungsapparats unter gleichzeitiger Beschleunigung des Verwaltungsverfahrens wurde als wesentlicher Vorteil öffentlich-privater Partnerschaft gepriesen.²²

¹⁵ BVerwG, Urt. v. 04.02.1966 – IV C 64.65 –, NJW 1966, 1936: „Zu diesem grundsätzlichen Bekenntnis [der Rechtmäßigkeit vertraglichen Verwaltungshandelns] zwingen nach Ansicht des Senats bereits die dem modernen – auch in seinem quantitativen Anwendungsbereich außerordentlich gewachsenen – Verwaltungsrecht eigenen Grundsätze der Berücksichtigung von Treu und Glauben, der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und der sorgfältigen Ermessensausübung, die eine gegenüber dem hergebrachten Verwaltungshandeln aufgelockerte und elastische Gestaltung der Verhältnisse des Einzelfalls geradezu verlangen. In hervorragendem Maß trägt die grundsätzliche Anerkennung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns in Form von öffentlich-rechtlichen Verträgen auch der im modernen Rechtsstaat gegenüber obrigkeitsstaatlichen Vorstellungen völlig geänderten rechtlichen Stellung des früher lediglich als Verwaltungsobjekt betrachteten Bürgers Rechnung.“

¹⁶ Verwaltungsverfahrensgesetz v. 25.05.1976, BGBl Nr. 59 v. 19.05.1976, S. 1253.

¹⁷ *Spannowsky*, UPR 2003, 81 (81).

¹⁸ Die Verwaltungswissenschaft anerkannte die rechtliche Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, problematisierte jedoch weiterhin das Verhältnis zum Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, vgl. *Bleckmann*, NVwZ 1990, 601; *Bramsche*, S. 55 ff., 60 ff.; *Püttner*, DVBl 1982, 122; *Schimpf*, S. 133 ff.

¹⁹ *Schmitz*, NVwZ 2000, 1238 (1241).

²⁰ Vgl. *Tettinger*, DÖV 1996, 764 (764 f.); *Tettinger*, NWVBl 2005, 1 (2).

²¹ Zu den einzelnen Kategorien von Public Private Partnerships vgl. etwa *Bonk*, DVBl 2004, 141; *Mehde*, VerwArch 91 (2000), 540; *Schmitz*, NVwZ 2000, 1238 (1241 ff.); *Tettinger*, DÖV 1996, 764; *Tettinger*, NWVBl 2005, 1.

²² *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1 Rn. 271 ff.; *Bonk*, DVBl 2004, 141 (146 f.).