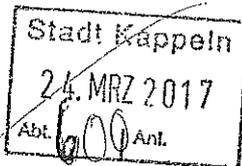


WEISSLEDER ■ EWER

Rechtsanwälte ■ Partnerschaft mbB

WEISSLEDER ■ EWER ■ Rechtsanwälte Part mbB ■ Walkerdamm 4-6 ■ 24103 Kiel

Stadt Kappeln
Der Bürgermeister
Herrn Heiko Traulsen
Reeperbahn 2
24376 Kappeln



Dr. sc. pol. Wolfgang M. Weißleder
Notar a.D. ■ Rechtsanwalt ■ bis 2013

Prof. Dr. Wolfgang Ewer
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Angelika Leppin
Rechtsanwältin ■ Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Marcus Arndt
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Marius Raabe
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Gyde Otto
Rechtsanwältin ■ Fachanwältin für Arbeitsrecht

Dr. Gunnar Postel
Rechtsanwalt ■ Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Dr. Bernd Hoefler
Rechtsanwalt

Dr. Tobias Thienel LL.M. (Edinburgh)
Rechtsanwalt

Dr. Christoph Berlin
Rechtsanwalt

Dr. Jonas Dörschner
Rechtsanwalt

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen:

Kiel, den

Bearbeiter/-in:

594/13 AR/nb

22.03.2017

RA Prof. Dr. Arndt

Schlei-Terrassen

Sehr geehrter Herr Traulsen,

wir hatten abgestimmt, dass ich noch eine abschließende rechtliche Bewertung des Entwurfs des Erschließungsvertrages für die Schlei-Terrassen in seiner Fassung des jetzigen Verhandlungsstandes vornehmen würde.

Dabei beziehe ich mich auf die Fassung des Vertragsentwurfs vom 09.03.2017, die ich am 10.03.2017 per E-Mail den Rechtsanwälten der Investorenseite übersandt hatte. Ihnen, sehr geehrter Herr Traulsen, hatte ich diese E-Mail nebst dem Vertragsentwurf nachrichtlich übersandt.

Wir hatten uns ja bereits dazu ausgetauscht, dass nach unserer Auffassung ein weiteres Entgegenkommen der Investorenseite zu gewichtigen inhaltlichen Fragen nicht mehr zu erwarten ist. Auch der Bauausschuss neigt bekanntlich dieser Auffassung zu und hat den Vertragsentwurf mit derzeitigem Verhandlungsstand (jedoch noch unter Zugrundlegung einer Fassung ohne die von

Walkerdamm 4-6
24103 Kiel
Telefon (04 31) 9 74 36 - 0
Telefax (04 31) 9 74 36 - 36

kanzlei@weissleder-ewer.de
www.weissleder-ewer.de
St.-Nr. 20 222 15956
UID-Nr.: DE 134835172

HypoVereinsbank Hamburg
IBAN:
DE35 2003 0000 0002 3062 49
BIC: HYVEDE3300

Santander Bank Kiel
IBAN:
DE03 5003 3300 1080 5655 00
BIC: SCFBDE33XXX

Förde Sparkasse
IBAN:
DE83 2105 0170 1002 1010 10
BIC: NOLADE21KIE

Postbank Hamburg
IBAN:
DE09 2001 0020 0376 3552 08
BIC: PBNKDEFF

• Sitz Kiel, Partnerschaftsregister AG Kiel PR 533 KI; daraus sind die Gesellschafter der Partnerschaft – dies sind nicht alle im Briefkopf genannten Anwälte – ersichtlich.
• Alle im Briefkopf genannten Anwälte sind einzeln zur Vertretung der Partnerschaft berechtigt. Mandate werden nur für die Partnerschaft angenommen und geführt.

mir noch dem Entwurf vom 09.03. eingefügten redaktionellen Änderungen) in seiner Sitzung am 13.03.2017 gebilligt.

Zusammenfassend und das Ergebnis der sogleich nachfolgenden detaillierteren Betrachtung vorwegnehmend möchte ich festhalten,

- dass viele der Kerninhalte des Vertragsentwurfs einzeln und erstrecht im Zusammenspiel günstig für den Erschließungsträger ausgestaltet sind

und

- dass hiermit spiegelbildlich erhebliche Risiken und Nachteile für die Stadt korrespondieren.

Im Einzelnen darf ich die gewichtigsten aus Sicht der Stadt Kappeln bestehenden Risiken und Nachteile herausgreifen und im Übrigen auf meine bisherigen Stellungnahmen und Hinweise zu den verschiedenen Entwurfsstadien des Vertrages verweisen:

I. Abstimmung der Ausführungsplanung

§ 3 Abs. 1 des Vertragsentwurfs enthält den Modus, mit dem die Ausführungsplanung für die von der Investorin herzustellenden Erschließungsanlagen zwischen der Stadt und der Investorin abgestimmt werden soll.

Zum einen ist die Prüffrist aus Sicht der Stadt hier mit zwei Wochen recht kurz bemessen, zumal ein ausbleibender Widerspruch als Zustimmung gilt.

Zudem enthält die Klausel eine Schiedsgutachtenvereinbarung über die Einzelheiten der Ausführungsplanung für den Fall, dass Stadt und Investorin sich nach einem Widerspruch der Stadt gegen die Ausführungsplanung nicht einig werden.

Das aus diesen Abreden herrührende Risiko, dass die Interessen der Stadt bei den Einzelheiten der Ausführungsplanung keine hinreichende Berücksichtigung finden, sollte zumindest reduziert werden durch einen möglichst hohen Detaillierungsgrad derjenigen Anlagen zum Vertrag, die nach Maßgabe von § 3 Abs. 2 die nach dem Erschließungsvertrag geschuldeten Straßen und Leitungsanlagen konkretisieren.

Ferner ist natürlich ein sorgfältiges Augenmerk auf die – im Vertragsentwurf bisher noch fehlende – Auswahl des Schiedsgutachters zu legen.

II. Fälligkeitsrahmen

Auch die Vereinbarungen im Vertragsentwurf zur Fälligkeit der Erschließungspflichten sind – auf mehrfache Weise – ausgesprochen günstig für die Investorin gestaltet und gehen daher mit entsprechenden Risiken und Nachteilen für die Stadt einher:

1. Die Investorin kann in erheblichem Umfang selbst steuern, ob und wann überhaupt Erschließungspflichten fällig werden. Wir hatten ja bereits mehrfach besprochen, dass das im Vertragsentwurf angelegte Modell dazu führt, dass die Investorin im Extremfall das Baugebiet passiv „liegen lassen“ kann. Soweit und solange die Investorin keine Baugrundstücke vermarktet, die bebaut werden, tritt keine Fälligkeit von Erschließungspflichten ein mit Ausnahme der Fälligkeit für den Abriss der alten Bundeswehr-Gebäude. Umgekehrt mag man das Risiko des „Liegenlassens“ des Baugebietes dadurch als begrenzt bewerten, dass die unbedingte Pflicht zum Abriss der Bundeswehr-Gebäude zu einer Vorausinvestition der Investorin führen wird, die sie nur amortisieren kann, wenn sie das Gebiet danach weiter entwickelt.
2. Soweit und sobald die Investorin Grundstücke in den noch zu definierenden Teilgebieten des Erschließungsgebietes vermarktet und diese bebaut werden, führt dies zu gestaffelten Fälligkeiten für die eigentliche Erschließung, die ihrerseits aber relativ komfortabel bemessen sind. Erst bei Bebauung von 85 % der Grundstücke in einem Teilgebiet ist das jeweilige Teilgebiet vollständig zu erschließen, indem die jeweiligen Erschließungsanlagen in den Endzustand einschließlich Deckschichten und Gehwegen zu bringen sind.

Hiermit korrespondiert für die Stadt das Risiko, dass – im Extremfall, nämlich bei ausbleibender Vermarktung und Bebauung – während der gesamten Laufzeit des Vertrages (hierzu sogleich unten noch im Details) keinerlei Erschließungsleistungen der Investorin fällig werden und folglich auch keine Erschließungsleistungen gegen den Willen der Investorin durchgesetzt werden können.

III. Verbindlichkeit und Dauerhaftigkeit der vertraglichen Pflichten

Überaus ungewöhnlich und in erheblichem Maße der Investorin zugutekommend sind die Abreden in I 4 Abs. 9 und 10. Sie ermöglichen es der Investorin, sich nach Ablauf von 15 bzw. 20 Jahren und dem Verstreichen von jeweils einem weiteren Jahr Verhandlungsfrist durch schlichtes Abwarten von jeglichen dann noch ausstehenden Erschließungspflichten zu lösen. Auch die Bürgschaften wären dann zurück zu gewähren.

An dieser Stelle darf ich betonen, dass der von der Investorensseite vermittelte Eindruck, eine solche Abrede sei vollkommen üblich und jedes andere Modell würde das Risiko mit sich bringen, als unangemessen und damit unwirksam im Sinne von § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB beurteilt zu werden, als nicht belastbar zu beurteilen ist. Im Gegenteil ist mir in meiner bisherigen Beratungspraxis im Zusammenhang mit Erschließungsverträgen und sonstigen städtebaulichen Verträgen noch kein einziger Erschließungsvertrag begegnet, der eine für den Erschließungsträger so komfortabel ausgestaltete Ausstiegsoption vorsieht. Es ist mir auch keine Gerichtsentscheidung bekannt, die ein einseitig ausgestaltetes Ausstiegsrecht im Vertrag ohne Vorliegen von atypischen Besonderheiten als Voraussetzung für die Angemessenheit eines Erschließungsvertrages fordern würde.

Angesichts des – wie eben erläutert – sehr dynamischen Fälligkeitsregimes des Vertragsentwurfs ist auch zum heutigen Zeitpunkt nicht absehbar, wie groß der Umfang der dann noch jeweils ausstehenden nicht erfüllten Erschließungsleistungen sein würde. Sollte es dazu kommen, dass während der 15 bzw. 20 Jahre Fertigstellungsfrist das Baugebiet noch nicht vollständig erschlossen wird, so kann es gleichermaßen sein, dass entweder

- noch gar keine Erschließungsanlagen

oder

- ein erheblicher Teil der Erschließungsanlagen

oder

- fast alle der vertraglich geschuldeten Erschließungsanlagen

von der Investorin hergestellt wurden. Dies ist aus Sicht der Stadt weder entscheidend beeinflussbar noch prognostizierbar, weil – wie oben erläutert – die Fälligkeiten für die eigentlichen Erschließungsarbeiten fast ausschließlich von Umständen abhängen, die außerhalb der Einflussosphäre der Stadt liegen.

IV. Besicherung und Ersatzvornahmeregungen

Wie Ihnen aus den langen Vertragsverhandlungen noch bekannt ist, hat die Investorenseite darauf bestanden, die Erschließungspflichten nicht vollständig durch Bürgschaft abzusichern, sondern nur anteilig mit einem Betrag von 3,0 Mio. Euro.

Auch wenn – jedenfalls meines Wissens – noch keine detaillierte Kostenschätzung vorliegt, dürften die tatsächlichen Erschließungskosten nach Auffassung der Investorin und der Stadt wohl eher das doppelte dieses Betrages erreichen.

Eine weitere Bürgschaft in Höhe von 1,0 Mio. Euro besichert nach dem Vertragsentwurf den Abriss der Bestandsgebäude aus der militärischen Nutzung des Grundstücks. Isoliert hierfür, also für den Abriss, mag der Betrag in etwa auskömmlich sein.

Mit der nur teilweisen Besicherung der Erschließungspflichten ist aus Sicht der Stadt Kappeln das Risiko verbunden, nach einem Ausfall der Investorin oder bei sonstigen Leistungsstörungen, einen Teil der Erschließungskosten selbst aufbringen zu müssen. Unter Umständen ließe sich hiervon, also von den von der Stadt zu finanzierenden Erschließungsaufwendungen, wiederum ein Teil durch die Erhebung von Erschließungsbeiträgen decken.

Was den Freigabemodus angeht, also die Klauseln dazu, auf welche Weise der Bürgschaftsbetrag im Zuge der Erschließungsarbeiten zurückgeführt werden soll, ist die Investorin der Stadt im Laufe der Vertragsverhandlungen entgegengekommen. Die Abrede hierzu (I 8 Abs. 5 lit. b)) trägt in begrenztem Umfang dem Umstand Rechnung, dass die Erschließungskosten nur anteilig besichert sind.

Mit den Vereinbarungen zur Bürgschaft sind die Klauseln zur Ersatzvornahme rechtlich und praktisch verwoben; denn die Bürgschaft ist ja ein Sicherungsmittel, mit dem die Kostentragungspflicht der Investorin für eine Selbstvornahme durch die Stadt gesichert wird. Als Mindestnachfrist, die die Stadt setzen muss, bevor sie ausstehende Erschließungsarbeiten, finanziert durch die Bürgschaft, selbst in Auftrag geben darf, nachdem die Investorin sich mit den Erschließungsarbeiten im Verzug befindet, ist in I 8 Abs. 4 lit. b) 1 Jahr vorgesehen.

Im Falle von Leistungsstörungen könnte die Stadt angesichts dieser recht langen Frist also nur verzögert effektive Rechte gegen die Investorin geltend machen.

V. Gewährleistungsrechte

Ferner verdienen diejenigen Risiken, die aus den im Vertragsentwurf vorgesehenen Abreden zu den Gewährleistungsrechten folgen, gesonderte Beachtung. Zwar sind zunächst in I 6 die Rechte der Stadt im Falle von Sachmängeln der von der Investorin hergestellten Erschließungsanlagen aus meiner Sicht angemessen geregelt. Die Klausel wird aber in erheblichem Umfang entwertet durch die speziellen Abreden in I 8 Abs. 6. Denn dort ist vereinbart, dass die Gewährleistungsrechte der Stadt gegenüber der Investorin erlöschen, soweit die Investorin ihre Gewährleistungsrechte gegenüber den von der Investorin beauftragten Werkunternehmern zusammen mit den zugehörigen Gewährleistungsbürgschaften an die Stadt abtritt.

Diese Abrede ist aus Sicht der Stadt in mehrfacher Hinsicht mit gewichtigen Nachteilen und Risiken verbunden:

- Die Stadt bekommt es ggf. mit Schuldnern zu tun, die sie zuvor nicht ausgewählt hatte und deren Bonität sie unter Umständen nicht belastbar einschätzen kann.
- Weiterhin muss die Stadt ggf., was bei komplexen technischen Anlagen nicht immer ohne Schwierigkeiten möglich ist, den jeweils richtigen Schuldner einer Gewährleistungspflicht herausfinden, etwa wenn ein Sachmangel an den Abwasseranlagen auftritt und nicht auf den ersten Blick klar ist, welcher von unter Umständen mehreren beim Leitungs- und Straßenbau beteiligten Planern und Bauunternehmen hierfür einzustehen hat.
- Noch gewichtiger ist aber ein schuldrechtlicher Nachteil dieser „Zessionslösung“. Nach § 404 BGB kann der Schuldner eines zedierten Anspruchs dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren. Hierunter können beispielsweise Zurückbehaltungsrechte des Werkunternehmers, Verrechnungen und Aufrechnungen fallen, die im Verhältnis zwischen der Investorin und dem Werkunternehmer bestehen, an deren Entstehung die Stadt aber gar nicht beteiligt war und deren Schicksal sie auch nicht beeinflussen kann.

Für die Investorin ist dieses Modell dagegen vorteilhaft; denn sie kann sich von ihren Werkunternehmern Gewährleistungsansprüche einräumen lassen, die kompatibel sind zu den Abreden des Erschließungsvertrages, so dass die Investorin sich relativ leicht ihrer eigenen Gewährleistungspflichten gegenüber der Stadt aus dem Erschließungsvertrag entledigen kann.

VI. Rechtsnachfolge

Obwohl der prospektive Vertragspartner der Stadt eine Art Projekt-GmbH ist und daher die hinter der AMA Marina stehenden Gesellschafter das gesamte Projekt im Wege eines so genannten share deals, also durch Veräußerung der Geschäftsanteile an der AMA Marina, leicht an einen Partner veräußern könnten, hat die Investorin zusätzlich noch darauf bestanden, sich von der Stadt das Recht zur Auswechslung der Vertragspartner einräumen zu lassen.

Für die Stadt hat dies den Nachteil, dass sie sich im Falle der Auswechslung des Vertragspartners jeweils Gewissheit darüber verschaffen muss, ob die Anforderungen in IV 4 durch den neuen Vertragspartner erfüllt werden und sie dem Vertragspartnerwechsel somit zustimmen muss.

Zudem ist die Zustimmung der Stadt zum Vertragspartnerwechsel im Wege einer Fiktion bei Untätigkeit geregelt, d. h. dass die Zustimmung der Stadt zum Vertragspartnerwechsel als erteilt gilt, wenn die Stadt die Zustimmung nicht ausdrücklich binnen eines Monats versagt.

Immerhin hat die Investorin inzwischen aber zugestimmt, überhaupt eine Zustimmung der Stadt im Einzelfall vorzusehen, die konstitutiv ist für den Wechsel des Vertragspartners, während der Investorin zuvor daran gelegen war, dass die Stadt schon jetzt im Vertrag und im Voraus gewissermaßen global die Zustimmung zum Vertragspartnerwechsel erteilt und diese später im Bedarfsfalle hätten widerrufen müssen.

VII. Fazit

Der Vertragsentwurf ist daher insgesamt so gestaltet,

- dass er verglichen mit üblichen städtebaulichen und Erschließungsverträgen in hohem Maße investorenfreundliche Züge trägt

und

- dass hiermit natürlich zugleich gewichtige zusätzliche Risiken und Nachteile für die Stadt einhergehen.

Gleichwohl ist ein Vertrag, der auf der Grundlage dieses Entwurfes abgeschlossen würde, nicht als rechtswidrig zu beurteilen. Er verstößt nicht gegen zwingende Vorschriften im Recht der städtebaulichen Verträge und auch nicht gegen sonstige Verbotsgesetze. Dass der Vertrag in seiner jetzigen Entwurfsfassung gewichtige Risiken für die Stadt Kappeln mit sich bringen würde, ist für sich genommen kein Umstand, der es kategorisch ausschließt, einen solchen Vertrag abzuschließen.

Ob angesichts dieser Ausgangslage der Abschluss des Vertrages den Interessen der Stadt Kappeln hinreichend Rechnung trägt, ist von den hierfür zuständigen Organen der Stadt auf der Grundlage einer eigenen Abwägungsentscheidung zu beurteilen. Angesichts dessen, dass der jetzige Investor voraussichtlich nicht bereit sein wird, im Zuge von Verhandlungen weitere entscheidende Zugeständnisse zu machen, wird bei dieser Abwägungsentscheidung maßgeblich von Bedeutung sein,

- welche Bedeutung die Stadtvertreter bzw. Ausschussmitglieder der kurz- oder zumindest mittelfristigen Verwirklichung ihrer Planungen im Gebiet der früheren Marinewaffenschule beimessen

und

- wie sie die Chancen einer Konversion im Falle eines Scheiterns der jetzigen Verhandlungen mit der Investorin einschätzen.

Denn wenn man unterstellt, dass die Investorin, die ja Eigentümerin des Schlei-Terrassen-Grundstücks ist, keine weiteren spürbaren Zugeständnisse in den Vertragsverhandlungen machen wird, wäre ohne den Abschluss des jetzt im Entwurf vorliegenden städtebaulichen Vertrages eine bauliche Entwicklung im Gebiet der früheren Marinewaffenschule voraussichtlich erst nach längerer Zeit und ggf. Veräußerung der Flächen an einen Dritten zu erwarten. Wie groß diese Chancen sind und welcher zusätzliche Zeitverzug hiermit womöglich verbunden wäre, lässt sich natürlich allenfalls spekulativ prognostizieren.

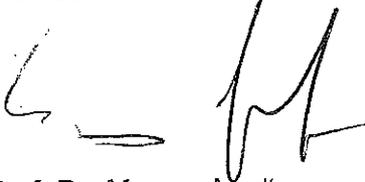
Je größer das städtebauliche Interesse der Stadt ausgeprägt ist, die kurz- und mittelfristige Entwicklung des Schlei-Terrassen-Gebietes voranzutreiben, desto eher mag es daher gerechtfertigt erscheinen, einen mit erheblichen Nachteilen und Risiken für die Stadt verbundenen Vertrag abzuschließen.

Die mit dieser Stellungnahme und meinen bisherigen Einschätzungen zu den Vertragsverhandlungen dargestellten Risiken wären dann gewissermaßen der Preis für die Chance auf eine kurz- oder mittelfristige städtebaulich positive Entwicklung des Marinewaffenschulgeländes und des Stadtteils Ellenberg.

Gleichwohl will ich andererseits auch nicht verschweigen, dass der vorliegende Vertragsentwurf auch keine Garantie für die kurzfristige Verwirklichung der Konversion des Geländes der Marinewaffenschule beinhaltet. Insbesondere die aus Sicht der Investorin vergleichsweise komfortabel ausgestalteten Fälligkeits- und Selbstvornahmeklauseln im Vertragsentwurf bringen auch insoweit Unsicherheit für die Stadt mit sich.

Ich hoffe, dass ich Sie mit dieser Stellungnahme bei der Vorbereitung der abschließenden Beschlussfassung der städtischen Gremien über den städtebaulichen Vertrag unterstützen konnte. Für Rückfragen stehe ich Ihnen natürlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Marcus Arndt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht