

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

Vorab per E-Mail: heiko.traulsen@stadt-kappeln.de

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 Hoefel
Rechtsanwalt

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

Dr. Christoph Berlin
Rechtsanwalt

Dr. Jonas Dörschner
Rechtsanwalt

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen:

Kiel, den

Bearbeiter/-in:

549/13 AR/nb

23.11.2016

RA Prof. Dr. Arndt

Schlei-Terrassen

Sehr geehrter Herr Traulsen,

verabredungsgemäß habe ich den jüngsten Vertragsentwurf der AMA Marina vom 26.10.2016, den Herr Krogel Ihnen am 10.11.2016 übersandt hatte, einer rechtlichen Prüfung unterzogen.

Wir hatten während unserer letzten Besprechung am 21.11.2016 abgestimmt,

- dass ich darstellen würde, welche Teile des AMA-Marina-Entwurfes aus meiner Sicht für die Stadt inakzeptabel erscheinen

und

• 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 15958
UID-Nr.: DE 134835172

• HypoVereinsbank Hamburg
IBAN:
DE35 2003 0000 0002 3082 49
BIC: HYVEDE33XXX

• Santander Bank Kiel
IBAN:
DE03 5003 3300 1080 5855 00
BIC: SCFBDE33XXX

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

• Postbank Hamburg
IBAN:
DE09 2001 0020 0376 3552 06
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.

- dass ich zu diesen Punkten zugleich alternative Klausel- und Gestaltungsvorschläge übermitteln würde, soweit dies zweckmäßig erscheint.

1. Erschließungspflicht

Nach wie vor enthält der Entwurf der AMA Marina eine Art Ausstiegsoption aus sämtlichen Erschließungspflichten.

Die Fälligkeiten der vertraglichen Ansprüche der Stadt auf Erschließung sind im Entwurf gewissermaßen auf zwei Ebenen gestaltet, nämlich zum einen abhängig von der Bebauung der Baugrundstücke (I 4 Abs. 2 bis 6), zum anderen ist in I 4 Abs. 8 eine gewissermaßen globale Fälligkeit sämtlicher Erschließungspflichten spätestens 15 Jahre nach Inkrafttreten des Bebauungsplanes vorgesehen. Der Investor soll, so der Entwurf, die einseitig ausübbar Option haben, diese Frist auf 29 Jahre zu verlängern.

Stehen bis dahin noch Erschließungsarbeiten aus, so sollen Stadt und Investor nach I 4 Abs. 9 über die Entwicklung des Gebietes verhandeln. Scheitern diese Verhandlungen aber, so sollen sämtliche Erschließungspflichten automatisch erlöschen mit Ausnahme der für die Erschließung von bebauten oder vermarkteten Grundstücken erforderlichen Erschließungsanlagen.

Zusätzlich ist die in meinem Entwurf enthaltene Fälligkeit, ein Teilgebiet vollständig zu erschließen, wenn dort ein bestimmter Anteil der Grundstücke veräußert wurde (früher I 4 Abs. 6) im Entwurf des Investors entfallen.

Ich möchte dringend davon abraten, ein solches Modell zu akzeptieren. Im Zusammenspiel der Klauseln kann eine solche Gestaltung dazu führen, dass die Stadt abhängig von der weiteren Entwicklung im Baugebiet im gegen die AMA Marina zu keinem Zeitpunkt einen durchsetzbaren Anspruch auf die Durchführung von Erschließungsarbeiten hätte. Denn

- da die auf die Teilgebiete bezogenen und von der Bebauung abhängigen Fälligkeitsbestimmungen ohne eine Vermarktung und Bebauung der Grundstücke überhaupt nicht zu einer Fälligkeit der Erschließungspflichten führen

und

- weil ferner die „globale Fälligkeitsbestimmung“ nach 15 bzw. 20 Jahren durch bloße Passivität der AMA Marina komplett ausgehebelt werden könnte und sämtliche unerfüllten Erschließungspflichten wieder entfallen würden,

wäre also ein Szenario denkbar, bei dem die Stadt während der gesamten 20 Jahre und erst recht nach Ablauf der 20 Jahre keinerlei Erschließungsarbeiten von der AMA Marina durchsetzbar verlangen könnte. Denn solange die AMA Marina keine Grundstücke veräußert bzw. solange auf keinem der im Plangebiet belegenen Grundstücke Hochbauaktivitäten entfaltet werden, käme die „Einzelfälligkeitsklausel“ nicht zum Tragen. Die „Globalfälligkeit“ hingegen ist bei Lichte betrachtet, wie eben schon erläutert, praktisch wertlos, weil sie nach Wahl des Investors praktisch ausgesessen werden kann.

Um Missverständnissen vorzubeugen: Hiermit will ich nicht behaupten oder unterstellen, dass ein solches Verhalten (also die vollkommene Passivität des Investors) wahrscheinlich oder gar beabsichtigt wäre. Die hypothetische Betrachtung zeigt aber meines Erachtens anschaulich auf, wie erheblich nachteilig die vorgeschlagenen Klauseln aus Sicht der Stadt sind und wie attraktiv sie aus Sicht des Investors erscheinen. Im Übrigen wäre eine vollständige Passivität des Investors bei der Vermarktung und Erschließung des Baugebietes auch nicht zwingend ökonomisch unvernünftig. Sofern etwa der AMA Marina die Ressourcen fehlen sollten, die Erschließung in absehbarer Zeit zu finanzieren, könnte die AMA Marina ohne jeglichen Zeitdruck und ohne befürchten zu müssen, von der Stadt auf Durchführung der Erschließungsarbeiten in Anspruch genommen zu werden, das überplante und daher erheblich im Wert gesteigerte Grundstück an einen Partner veräußern oder schlicht abwarten, bis die Erschließung wieder aus eigener Kraft gelingt.

Hinzu kommt, dass

- sowohl die aus Sicht des Investors überaus komfortablen Fälligkeitsfristen
- als auch erst recht das Wegfallen von Erschließungspflichten nach Verstreichen von 16 bzw. 21 Jahren

in erheblichem Umfang die Sicherungsrechte der Stadt entwerten, und zwar in mehrfacher Hinsicht.

Erstens ist Voraussetzung für die durch Inanspruchnahme der Bürgschaft finanzierte Selbstvornahme durch die Stadt, dass der Investor sich in Verzug befindet mit vertraglich übernommenen Pflichten. Verzug setzt aber nach § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB notwendig die Fälligkeit einer geschuldeten Leistung voraus. Mit Leistungen, die noch nicht fällig sind, kann niemand in Verzug geraten. Im eben beschriebenen Beispielsszenario (keine Vermarktung und Erschließung durch den Investor über einen Zeitraum von 20 Jahren) könnte also die Stadt zu keinem Zeitpunkt die Erschließung selbst auf Kosten des Investors vornehmen und hierfür die Bürgschaft in Anspruch nehmen, weil es hierfür an der Fälligkeit der vertraglichen Erschließungspflichten und damit auch am Verzug der Investorenmenseite fehlen würde.

Zweitens würde das von der Investorenmenseite vorgeschlagene Modell dazu führen, dass nach dem Ablauf von 16 bzw. 21 Jahren auch die Bürgschaft nicht tauglich wäre, um die Herstellung der Erschließung des bis dahin noch nicht erschlossenen auch nur teilweise abzusichern. Soweit nach dem „Verhandlungsjahr“ die Erschließungspflichten des Investors entfallen, würde nämlich automatisch auch die Bürgschaft erlöschen. Denn gemäß § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB unterliegt die Bürgschaft der so genannten Akzessorietät, d. h. sie ist unselbständig und vollkommen vom Bestand derjenigen Forderung abhängig, die sie besichert.

Akzeptabel sollte aus Sicht der Stadt Kappeln meines Erachtens nur ein Erschließungsvertrag sein, der

- echte durchsetzbare Erschließungspflichten enthält, von denen sich der Investor auch nicht durch einseitig ausgeübte Optionen oder schlichtes Zuwarten wieder lösen kann,
- wieder Einzelfälligkeitsbestimmungen für die Teilgebiete in Abhängigkeit von der Vermarktung der dort jeweils belegenen Baugrundstücke enthält, die spürbar vor dem Ablauf von 15 bzw. 20 Jahren greifen

und

- wieder ohne die Möglichkeit zur einseitigen Neuaufteilung bzw. Änderung der Teilgebiete im letzten Satz von I 4 Abs. 1 gefasst wäre.

Hierzu müsste im gegenwärtigen Entwurf der Investorensseite

- in I 4 Abs. 1 müsste der letzte Satz wieder gestrichen,
- I 4 Abs. 6 bisheriger Fassung (Fälligkeit je Teilgebiet in Abhängigkeit von der Vermarktung der Grundstücke) wieder aufgenommen

und

- I 4 Abs. 9 gestrichen werden.

2. **Besicherung der vertraglichen Pflichten des Investors, Selbstvornahmerecht**

Der Entwurf der Investorensseite sieht in I 8 Abs. 2 vor, dass die Sicherheit durch Bankbürgschaft oder „Versicherung“ erbracht werden könnte. Aus Sicht der Stadt möchte ich empfehlen, hier ausschließlich die Beibringung einer Bankbürgschaft zu vereinbaren oder aber zumindest die Art der Versicherung (hier hat der Investor vermutlich an eine Bürgschaftsversicherung gedacht) und deren Konditionen näher zu konkretisieren.

Nicht akzeptabel ist meines Erachtens die Einschränkung des Selbstvornahmerechts in I 8 Abs. 4 b). Ob es zweckmäßig und angemessen ist, eine kategorische Mindestlänge für die Nachfristbestimmung zu setzen oder – wie in meinem Entwurf zuvor – es bei der Vorgabe „angemessen“ zu belassen, was eine gewisse Flexibilität für den Einzelfall mit sich bringen würde, darüber wird man noch diskutieren können.

Dringend abraten möchte ich aber davon, das Selbstvornahmerecht für solche Erschließungsanlagen auszuschließen, die zuvor „begonnen“ wurden. Diese Idee der Investorensseite ist nach meiner Auffassung auch durch die jüngsten Ergänzungen im Vertragsentwurf des Investors aus Sicht der Stadt nicht tragbarer geworden. Soweit es dort nun heißt, begonnen seien Arbeiten,

„wenn sie ihrer Art und ihrem Umfang nach bei ungestörtem Fortgang die Herstellung eines nicht unwesentlichen Teiles der in Rede stehenden Erschließungsanlagen erwarten lassen“,

bringt dies aus Sicht der Stadt die Gefahr mit sich, dass das Selbstvornahmerecht vollständig leer läuft. Denn es ist ja gerade kennzeichnend für eine Leistungsstörungssituation, also eine Lage, bei der der Schuldner einer Leistung seinen Pflichten nicht vollumfänglich oder ordnungsgemäß nachkommt, dass der Verpflichtete weniger leistet, als

„bei ungestörtem Fortgang“

der Arbeiten zu erwarten wäre. Es bestünde also die Gefahr, dass die AMA Marina der Stadt ausgerechnet in einer Situation, in der die Stadt nur mit Verweis auf das Selbstvornahmerecht die AMA Marina zur Vertragserfüllung anhalten oder nötigenfalls Anlagen durch einen Dritten auf Kosten der AMA Marina herstellen lassen kann, die Stadt darauf verweist, das Selbstvornahmerecht sei ausgeschlossen, weil schließlich bei ungestörtem Fortgang der Arbeiten, also ohne den Verzug der AMA Marina, die Anlagen ordnungsgemäß fertiggestellt würden.

Selbst wenn man aber die Klausel nicht in diesem Sinne versteht, sondern die Prämisse „bei ungestörtem Fortgang“ so interpretiert, dass sie sich auf einen Fortgang ohne Ausübung des Selbstvornahmerechts bezieht, ergibt sich ein Vereinbarungsinhalt, von dessen Abschluss ich dringend abraten möchte. Erlauben Sie mir, hierzu nochmals auf den rechtlichen Charakter des Erschließungsvertrages hinzuweisen. Als so genannter hinkender Austauschvertrag ist der Erschließungsvertrag ja dadurch gekennzeichnet, dass die „Gegenleistung“ der Gemeinde im wirtschaftlichen Sinne, nämlich die Überplanung und damit verbundene Bodenwertsteigerung, am Beginn der Zusammenarbeit erfolgt; die Stadt Kappeln ginge also gewissermaßen in Vorleistung. Zeigt sich später, dass der Erschließungsträger seine von ihm der Stadt versprochene Leistung, nämlich die Erschließung des Plangebietes, nicht ordnungsgemäß erfüllt, dann hätte die Stadt es also nicht mehr in der Hand, ihren Vertragspartner durch die Ausübung eigener Zurückbehaltungsrechte zur Vertragstreue anzuhalten, wie dies etwa bei einem Werkvertrag mit einem Tiefbauunternehmer der Fall wäre. Dies führt dazu, dass – verglichen mit einem Werkvertrag – die Stadt beim Abschluss eines Erschließungsvertrages ein spürbar stärkeres Interesse haben sollte, im Vertrag Vorkehrungen für Leistungsstörungen zu treffen und die ihr versprochenen Leistungen hinreichend effektiv besichern zu lassen. Hierzu gehört ganz wesentlich das Recht zur Ersatzvornahme auf Kosten des Investors.

Nach Maßgabe des letzten Vorschlags des Investors würde eine Ersatzvornahme allerdings – selbst bei stadtfreundlicher Auslegung der vorgeschlagenen Klausel – immer dann ausscheiden, wenn zu erwarten wäre, dass diejenigen Anlagen, mit denen der Investor in Verzug ist, ohne die Ersatzvornahme zu einem „nicht unwesentlichen“ Teil fertiggestellt würden. Dies ist einerseits sehr vage und unbestimmt, enthält ferner keinerlei zeitlichen Horizont und trägt dem Interesse der Stadt an einer vollständigen Vertragserfüllung nicht hinreichend Rechnung. Denn zufriedengeben müsste sich die Stadt dann ja mit einer unvollständigen („nicht unwesentlichen Teils“) und zeitlich vollkommen ungewissen („...erwarten lassen“) Erfüllung.

Unverständlich ist mir derzeit der vorvorletzte Satz von I 8 Abs. 4 b) im letzten Entwurf des Investors. Dort heißt es:

„Ist in diesem Sinne mit den Arbeiten begonnen, ist die Stadt zur Ersatzvornahme wiederum unter den in Satz 1 bis 3 genannten Voraussetzungen berechtigt.“

Der Satz scheint den beiden unmittelbar davor stehenden Sätzen inhaltlich zu widersprechen. Womöglich fehlt im ersten Teil des Satzes, also vor „begonnen“, das Wort „nicht“. Ergänzt man dies dort, würde der Satz die davor stehenden Klauseln deklaratorisch ergänzen.

Ich empfehle insgesamt nachdrücklich, die Selbstvornahmerecht abweichend vom Vorschlag des Investors wie folgt zu regeln:

„Kommt der Investor mit der Herstellung der Erschließungsanlagen in Verzug, so hat die Stadt nach angemessener Nachfristsetzung das Recht, die Erschließungsarbeiten selbst auf Kosten des Investors vorzunehmen und hierfür die Bürgschaft in Anspruch zu nehmen. Die Vertragsparteien stellen jedoch klar, dass die Stadt gegenüber dem Investor nicht zur Erschließung verpflichtet ist. Durch diesen Vertrag wird auch kein Anspruch von Grundstückserwerbern und anderen Rechtsnachfolgern des Investors gegen die Stadt auf Durchführung von Erschließungsmaßnahmen begründet.“

3. Abschmelzmodus der Sicherheit

Der jetzt von der AMA Marina vorgeschlagene Modus zum Freigabepfad der Bürgschaft beinhaltet in der Tat ein gewisses Entgegenkommen. Hier wäre ggf. noch an der einen oder anderen Stelle zu diskutieren, ob die Klausel inhaltlich noch etwas klarer und verständlicher gefasst werden könnte.

Ich verstehe die Klausel im Vorschlag der AMA Marina derzeit so, dass bis zu dem Zeitpunkt, an dem die Summe der nach der anfänglich gemeinsam festgelegten Kostenübersicht noch ausstehenden Arbeiten einen Wert von 4.285.725,00 Euro haben, überhaupt keine Freigaben der Bürgschaften erfolgen und anschließend jeweils Freigaben in Höhe von 70 % der Kosten der ab dann „weiter erfüllten“ Arbeiten erfolgen.

Wenn die Stadt bereit ist, die mit der nur teilweisen Besicherung einhergehenden Risiken auch noch während des Abschmelzens im Zuge der Herstellung der Erschließungsanlagen zu tragen, habe ich insoweit keine kategorischen Bedenken. Auf die Risiken und Nachteile, die mit einer nur teilweisen Besicherung einhergehen und auf welche Weise sich dies in der Phase des Abschmelzens der Sicherheit auswirkt, hatte ich ja bereits hingewiesen.

4. Rücktrittsrecht des Investors

In IV 2 ist

- zum einen der Ausschluss des Rücktrittsrechts für den Fall, dass zuvor Baugenehmigungen erteilt wurden, gestrichen worden

und

- das Rücktrittsrecht unter die Bedingung gestellt worden, dass der Bebauungsplan „ohne wesentliche Abweichungen“ vom Entwurf nach jetzigem Stand in Kraft trete.

Ob die Stadt dies akzeptieren will, darüber wird ggf. noch zu diskutieren sein. Dass der Investor nicht irgendeinen Bebauungsplan (hypothetischer Extremfall: ein Bebauungsplan mit der Festsetzung eines Gewerbegebietes) akzeptieren will als Ausschlussgrund

für das Rücktrittsrecht, ist nachvollziehbar und verständlich. Gleichwohl würde ich vorschlagen, an dieser Stelle eher abstrakt Mindestvorgaben etwa hinsichtlich der B-Plan-Festsetzungen zu vereinbaren als eher vage auf wesentliche Änderungen von einem Entwurfsstand abzustellen.

Ob die Stadt auf den Ausschluss des Rücktrittsrecht im Falle der Erteilung von Baugenehmigungen verzichten möchte, bitte ich sehr kritisch zu überdenken. Gedacht war hierbei im ursprünglichen Entwurf insbesondere an den Fall, dass der Investor oder auch ein Grundstückserwerber vor Erlass des Bebauungsplanes auf der Grundlage von § 33 BauGB eine Baugenehmigung erhält.

5. Rechtsnachfolgeklausel

Von der Rechtsnachfolgeklausel in IV 4 des letzten Investorenentwurfs möchte ich dringend abraten.

Die Stadt sollte nicht akzeptieren, schon jetzt im Voraus jeglichen Vertragspartnerwechsel (mit befreiender Wirkung für den ursprünglichen Erschließungsträger) abzusegnen und sich nur auf ein Widerrufsrecht in bestimmten Fällen zu beschränken. Es sollte der Stadt nach eigenem Ermessen überlassen bleiben, ob sie einen Dritten als Vertragspartner akzeptiert oder nicht. Dies gilt umso mehr angesichts des Umstands, dass der Investor die Erschließungspflichten ja nur anteilig zu besichern bereit ist. Die Klausel sollte aus meiner Sicht unbedingt wieder gestrichen werden.

Denkbar wäre es alternativ, eine Klausel aufzunehmen, nach der der Investor berechtigt ist, die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag nach ausdrücklicher positiver Zustimmung der Stadt im Einzelfall von einem Dritten übernehmen zu lassen. Dies wäre allerdings lediglich deklaratorisch. Denn auch ohne eine solche Klausel könnten Stadt und Investor natürlich später vereinbaren, dass der Investor als Vertragspartner ausgetauscht und durch einen Dritten ersetzt wird.

Eine solche deklaratorische Klausel könnte etwa lauten:

„Der Investor darf die Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag nur mit ausdrücklicher schriftlicher Zustimmung der Stadt an einen Dritten übertragen. Die Stadt

ist nicht zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet, sondern berechtigt, nach eigenem Ermessen über die Zustimmung zu entscheiden.“

Für Rückfragen stehe ich Ihnen gern zur Verfügung. Sie hatten erwähnt, dass Sie dieses Schreiben zur Vorbereitung der weiteren Gespräche mit der AMA Marina an die Investorenseite weiter reichen würden. Hiergegen habe ich keine Bedenken.

Mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Marcus Arndt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht