

Notarielle Vertragsgestaltung für Kommunen

Bericht über das 3. Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg

Von Notarassessor Dr. *Frank Eckert*, Mag. rer. publ., Deutsches Notarinstitut, Würzburg

Unter der Leitung von Prof. Dr. *Franz-Ludwig Knemeyer* (Universität Würzburg) fand am 06.06.2003 in Würzburg zum dritten Mal unter Teilnahme und Mitwirkung von Rechtswissenschaftlern und Rechtspraktikern das jährliche wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg statt. In 6 Vorträgen wurden verschiedene grundlegende und aktuelle Problemkomplexe der notariellen Vertragsgestaltung für Kommunen beleuchtet. Insoweit versprach das Thema eine gewisse Spannung, weil sich hier das Symposium an einer Schnittschnelle zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht, zwischen notarieller Tätigkeit und hoheitlicher Aufgabenerfüllung durch die Kommunen bewegt. Diesen Querschnittscharakter des gewählten Themas spiegelte auch die Zusammensetzung des Auditoriums wieder. Neben Notaren und Wissenschaftlern waren zahlreiche Verwaltungsjuristen und kommunale Verwaltungsbeamte anwesend.

Zu Beginn der Veranstaltung referierte Prof. Dr. *Alfred Katz*, Neu-Ulm, zum Thema „Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Kommunalrechtliche Bedingungen und wirtschaftliche Zielsetzungen“. Der Referent stellte zunächst die Ausgangslage dar und ging insbesondere auf die Privatisierungsdiskussion auf kommunaler Ebene ein. Schwerpunkte der Privatisierung im Kommunalbereich sind derzeit Energie und Verkehr, Wasser und Entsorgung. Der Referent stellte dabei klar, dass auf der Ebene der kommunalen Selbstverwaltung inzwischen viele Bereiche nicht mehr im Gemeindehaushalt enthalten, sondern in vielfältiger Form ausgegliedert sind. Sodann zeigte Prof. Dr. *Katz* die rechtlichen Rahmenbedingungen der Privatisierung auf und ging insbesondere darauf ein, dass sich die rechtlichen Rahmenbedingungen vor allem seit Anfang der 90er-Jahre stark verändert hätten. Vor allem das europäische Primär- und Sekundärrecht zur Deregulierung und Liberalisierung hätte die rechtliche Situation außerordentlich stark verändert. Sodann stellte der Referent die Formen der formellen und materiellen Privatisierung kommunaler Aufgaben und die Regulierungsintensität kommunaler Aufgaben dar, wobei er hier vor allem auf die Problematik der Gewährleistungsverantwortung einging. Ausgehend vom derzeit diskutierten Pro und Contra der kommunalen Aufgabenprivatisierung zeigte Prof. Dr. *Katz* die generellen strategischen Optionen der Kommunen auf. Hierbei ging er insbesondere darauf ein, dass trotz Privatisierung das Gemeinwohl auf kommunaler Ebene sichergestellt sein muss. Die Gemeinden haben also die Verpflichtung, dass auch nach einer Privatisierung die Aufgabenerfüllung kommunalgerecht funktioniert. Diese theoretischen Ausführungen wurden sodann mit sechs verschiedenen Praxisbeispielen aus dem Bereich der Stadt Ulm erläutert.

In seinem anschließenden Beitrag befasste sich Notar Dr. *Klaus Piehler*, Köln, mit den gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen bei der Privatisierung öffentlicher Aufgaben. Aus der Sicht des Gesellschaftsrechts kommen für die Privatisierung öffentlicher Aufgaben alle wesentlichen Gesellschaftsformen in Betracht. Das zeigt § 168 UmwG, der die Ausgliederung eines von einer Gebietskörperschaft betriebenen Unternehmens aus dem Vermögen dieser Körperschaft zur Aufnahme durch eine Personenhandelsgesellschaft, einer Kapitalgesellschaft oder einer eingetragenen Genossenschaft erlaubt. Die Gemeindeordnungen machen dagegen für die Beteiligung von Gemeinden an Unternehmen privater Rechtsform weitgehende Vorgaben. So darf die Gemeinde private Gesellschaften nur gründen oder sich

daran beteiligen, wenn das Statut auf den öffentlichen Zweck ausgerichtet ist, die Gemeinde die Gesellschaft angemessen beeinflusst und die Haftung der Gemeinde begrenzt ist. Sodann untersuchte der Referent anhand eines Rechtsformenvergleichs, welche Rechtsform – Aktiengesellschaft oder GmbH – diesen Vorgaben besser entsprechen kann. Zudem ging Dr. Piehler am Rande auch darauf ein, inwieweit die in den Gemeindeordnung festgelegte Erfordernissen auch bei der Rechtsform einer Personengesellschaft erfüllt werden könnte. Der Referent kam dann zu dem Ergebnis, dass eine Sicherung angemessenen Einflusses und die Begrenzung der Haftung am besten mit der Rechtsform der GmbH erreicht werden kann. Bei einer Aktiengesellschaft würde eine direkte Einwirkungsmöglichkeit auf die Geschäftsführung nur der Abschluss eines Beherrschungsvertrages ermöglichen, der aber wegen der Verlustübernahmeverpflichtung gem. § 302 AktG nur bei Zwischenschaltung einer GmbH zulässig sein dürfte. Wegen der unbegrenzten Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter käme eine KGaA auch nur als GmbH & Co. KGaA in Betracht. Bei Personengesellschaften sei schließlich wegen der unbegrenzten Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter nur die Rechtsform der GmbH & Co. KG möglich. Zu beachten sei jedoch, dass bei der Ausgliederung von bestehenden Einheiten die Personengesellschaft in grunderwerbsteuerlicher Hinsicht Vorteile böte.

Das dritte Referat hielt Prof. Dr. *Hans-Jörg Birk*, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Stuttgart, zum Thema „Komplexe Vertragsgestaltung im Städtebaurecht am Beispiel der Planung eines Einkaufszentrums“. Der Referent machte zu Beginn deutlich, dass das Thema aus der Sicht der Kommunen betrachtet werden soll. Es sollte also dargestellt werden, welche vertraglichen Vereinbarungen die Städte und Gemeinden im Zusammenhang mit der Ansiedlung eines Einkaufszentrums zur Realisierung oder Sicherung ihrer Ziele für erforderlich halten können und dürfen. Das Referat beschäftigte sich vorrangig mit möglichen Vertragsinhalten, natürlich vor dem Hintergrund der rechtlichen Rahmenbedingungen und Zulässigkeitsvoraussetzungen. In diesem Zusammenhang stellt sich nämlich die Frage, in welchem Verhältnis Bebauungsplanfestsetzungen einerseits und vertragliche Vereinbarungen andererseits hinsichtlich ihrer jeweiligen Regelungsbefugnisse zueinander stehen. Anhand der Vorschrift des § 11 BauNVO erläuterte der Referent zunächst die Begriffe Einkaufszentrum, großflächige sowie nicht großflächige Einzelhandelsbetriebe. Ausgehend von dem Problem, wie die einzelnen Verträge jeweils zu qualifizieren sind (zivilrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Vertrag) stellte Prof. Dr. *Birk* sodann mögliche Regelungsbereiche und Regelungsnotwendigkeiten dieser städtebaulichen Verträge vor. So gibt es Bereiche, die regelungsbedürftig erscheinen können, durch Bebauungsplanfestsetzung aber nicht geregelt werden können, z. B. zeitliche Beschränkungen baulicher Nutzungen. Zudem sind vertragliche Regelungen vorstellbar, mit denen hinter der bauplanungsrechtlich zulässigen Nutzung zurückgeblieben wird. Zudem stellt sich immer die Frage, ob die Stadt oder die Gemeinde sich die Infrastruktur- oder Folgekosten außerhalb des eigentlichen Ansiedlungsbereiches im Vertrag vom Ansiedlungswilligen ausgleichen lassen kann. Dies ist grundsätzlich zu bejahen, soweit die Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Ziff. 3 BauGB erfüllt sind. Der Referent machte dabei deutlich, dass städtebauliche Verträge gesetzlich vorgegebenen Begrenzungen unterliegen, wobei eine Überschreitung dieser Begrenzungen zur Gesamt- oder Teilnichtigkeit der städtebaulichen Verträge führt. Prof. Dr. *Birk* erläuterte sodann das Problem der Angemessenheit, des Gebots des sachlichen Zusammenhangs und der Kausalität sowie das Koppelungsverbot und das Problem einer salvatorischen Klausel. Dabei verdeutlichte der Referent die theoretischen Ausführungen anhand praktischer Beispiele und möglicher Vertragsklauseln.

Im anschließenden Referat erörterte Prof. Dr. *Franz-Ludwig Knemeyer*, Universität Würzburg/Kommunalwissenschaftliches Forschungszentrum Würzburg, „Rechtsfragen zur Vertretung von Kommunen bei Rechtsgeschäften“. Zentrales Problem seiner Ausführungen war dabei, inwieweit der Bürgermeister nach den Gemeindeordnungen die Außenvertretung der

Gemeinde inne hat. Nach Art. 38 Abs. 1 BayGO und den weitgehenden gleich formulierten Vorschriften der Gemeindeordnungen anderer Bundesländer vertritt der Bürgermeister die Gemeinde nach außen, d. h. im Rechtsverkehr mit außerhalb der Verwaltung stehenden Dritten. Bei der Regelung des Art. 38 Abs. 1 BayGO handelt es sich nicht um die rechtsgeschäftliche Vertretung der Gemeinde oder des Gemeinderates, sondern um eine organschaftliche Vertretung durch den Bürgermeister. Wie jede andere juristische Person auch benötigt die Gemeinde als juristische Person des öffentlichen Rechts zum Handeln im privaten Rechtsverkehr natürliche Personen als Organe. Ausgehend von der Vorschrift des Art. 38 BayGO erörterte der Referent sodann die Unterschiede zwischen Außenvertretung der Gemeinde und Leitung des Gemeinderates sowie die allgemeine und besondere Stellvertretung des 1. Bürgermeisters. Hier ging Prof. Dr. *Knemeyer* auf die Verhinderungsstellvertretung sowie auf die Auftrags- oder Entlastungsstellvertretung ein. Kernproblem der Außenvertretung der Gemeinde durch den Bürgermeister ist jedoch, welche Reichweite die Vertretungsmacht des 1. Bürgermeisters hat, und zwar bei der Vertretung im privatrechtlichen Bereich, wenn also die Gemeinde wie ein beliebiger privater Dritter durch ihre Organe im Rechtsverkehr teilnimmt. Hier unterschied der Referent zwei Konstellationen. Im Rahmen der Geschäfte der laufenden Verwaltung nach Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 BayGO fallen Willensbildung und Vertretungsbefugnis nach außen beim 1. Bürgermeister zusammen. Der Bürgermeister kann also intern selbst eine Entscheidung treffen und diese wirksam nach außen vollziehen. Problematisch sind nach Prof. Dr. *Knemeyer* jedoch die Fälle, bei denen das interne Recht zur Willensbildung und die Befugnis zur Außenvertretung auseinander fallen, also nicht in der Person des Bürgermeisters vereint sind. So ist es in fast allen alten Ländern der Bundesrepublik Deutschland außer im Freistaat Bayern herrschende Meinung, dass in diesen Fällen die Willenserklärung des Bürgermeisters unabhängig von einem fehlerhaften oder ganz fehlenden Gemeinderatsbeschluss außenstehenden Dritten gegenüber wirksam ist. Ausgenommen sind nur die anerkannten Fälle des Missbrauchs der Vertretungsmacht, also Evidenz und Kollision. Ausgehend von der herrschenden Meinung im Freistaat Bayern zeigte Prof. Dr. *Knemeyer* sodann anhand der Vorschriften der BayGO auf, dass die Vorschrift über die Außenvertretung der Gemeinde letztlich dem Bürgermeister nur ein formelles Vertretungsrecht, nicht aber zugleich die materielle Vertretungsmacht gibt. Dies ergebe sich insbesondere aus dem Aufgabenverteilungssystem des Gemeinderechts. Weiterhin erörterte der Referent das Problem, ob das Schriftformerfordernis des Art. 38 Abs. 2 S. 1 BayGO als Formvorschrift oder sogar als Einschränkung der Vertretungsmacht des Bürgermeisters anzusehen ist. Hier kam Prof. Dr. *Knemeyer* zu dem Ergebnis, dass bei Nichtbeachtung der Anforderungen des Art. 38 Abs. 2 BayGO ein zwischen der Gemeinde und außenstehenden Dritten geschlossener Vertrag nicht nach § 125 BGB nichtig, sondern vielmehr gem. § 177 ff. BGB schwebend unwirksam sei. Sodann erörterte der Referent die Probleme bei der Mehrfachvertretung durch den Bürgermeister. Hier kam Prof. Dr. *Knemeyer* zu dem Ergebnis, dass im Falle des Auftretens des Bürgermeisters als falsus procurator für den abwesenden Vertragspartner § 181 BGB nicht anwendbar ist. In anderen von der Norm erfassten Fällen fehle es hinsichtlich der Gestattungs- bzw. Genehmigungskompetenz an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung. Aufgrund des kommunalgesetzlichen Aufgabenverteilungssystems sei der Gemeinderat hierfür zuständig. Ein möglicher Verstoß gegen Art. 38 KWBG entfalte zudem keine zivilrechtliche Wirkung.

Das fünfte Referat hielt Herr Notar Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen, zum Thema „Baulanderwerb durch Kommunen – Legitimes Mittel zur Abschöpfung von Planungsgewinnen oder unzulässige rechtsgeschäftliche Enteignung?“ Die kommunale Bodenbeschaffungs- oder Bodenvorratspolitik als Möglichkeit der Einflussnahme auf den Grundstücksmarkt sind seit je her anerkannt. Dies zeigt bereits das gemeindliche Vorkaufsrecht nach den §§ 24 ff. BauGB. Die Gemeinden sind zu einer aktiven Grundstücks politik vor allem in Ballungsräumen aufgerufen. Die allgemeine Bodenvorratspolitik erfolgt dabei – unbeschadet konkret verfolgter Ziele – im

Wege des freihändigen Erwerbs durch Kauf- oder Tauschverträge sowie durch die Teilnahme an Zwangsversteigerungen. Dieser Grundstückserwerb gehört zu den herkömmlichen Formen vorsorgender kommunaler Bodenpolitik. Anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung zeigte Dr. Dr. *Grziwotz* auf, wie gemeindliche Grunderwerbspolitik im Vorfeld einer Baulandausweisung regelmäßig stattfindet. Kernproblem ist dabei, wie Verträge bei einer Ungleichgewichtslage zu gestalten sind. Die vom Referenten aufgezeigten Beispiele aus der Rechtsprechung deuten nämlich darauf hin, dass es weniger der kooperative neue Verwaltungsstil ist, der Kommunen im Zusammenhang mit der Baulandplanung dazu veranlasst, mit Grundstückseigentümern Investitionsverträge abzuschließen, sondern vielmehr das Diktat der leeren Kassen. So darf die Kommune ihre Überlegenheitssituation als Planungshoheitsträgerin nicht dazu einsetzen, den Partner über den Stand des Planungsverfahrens zu täuschen. Weiterhin wird der planungsbedingte Wertzuwachs bei Baulandausweisungen nach derzeitiger Rechtslage dem Eigentümer zugewiesen. Zudem geht die höchstrichterliche Rechtsprechung davon aus, dass auch bei privatrechtlichen Verträgen im Zusammenhang mit einer Baulandausweisung die Grundprinzipien des öffentlichen Rechts anwendbar sind. Dies gilt insbesondere für die Unzulässigkeit einer Koppelung. Verstöße führen zur Nichtigkeit der entsprechenden Vereinbarung. Weiterhin erörterte Dr. Dr. *Grziwotz* das Problem der faktischen Nichtklagbarkeit, welches in der Praxis deswegen auftaucht, weil die jeweiligen Personen auch weiterhin mit der Gemeinde zusammen arbeiten möchten. Abschließend erörterte der Referent das Problem, ob Heilungsklauseln, die unwirksame Klauseln des Vertrages auf das noch zulässige Maß reduzieren sollen, in den angesprochenen Fällen helfen können. Hier äußerte Dr. Dr. *Grziwotz* Skepsis. Solche Klauseln würden nämlich dazu führen, dass sich die Gemeinde von den gesetzlichen Bindungen befreien könnte. Gesetzesverstöße würden perpetuiert, wenn der rechtsmissbräuchliche überforderte Grundstückseigentümer zur Anpassungsverhandlung gezwungen würde, während es für die die Vertragsbedingungen diktierende Gemeinde nicht mehr riskant wäre, sich über die rechtlichen Grenzen hinwegzusetzen.

Das abschließende Referat hielt Herr Notar a. D. *Christian Hertel*, Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts in Würzburg, zum Thema „Einheimischenmodelle an der Schnittstelle zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht – zur Gestaltung von Einheimischenmodellen im Zwischenerwerbsmodell“. Will die Gemeinde durch ein Einheimischenmodell erschwingliches Bauland für weniger begüterte Gemeindebürger bereitstellen, so bieten sich hier grundsätzlich zwei Modelle an: Bei einem Zwischenerwerbsmodell oder Ankaufsmodell kauft die Gemeinde die Grundstücke zunächst an und veräußert sie dann an einheimische Interessenten weiter oder bestellt diesen ein Erbbaurecht. Bei einem Angebotsmodell oder Sicherungsmodell hingegen lässt sich die Gemeinde von den Grundstückseigentümern lediglich ein Erwerbsrecht einräumen, dass durch eine Vormerkung dinglich gesichert wird. Hier verpflichtet sich der Eigentümer, das Grundstück nur an Einheimische zu veräußern oder selbst zu bebauen und zu nutzen. Die Gemeinde ihrerseits verpflichtet sich, ihr Erwerbsrecht nicht auszuüben, solange sich der Grundstückseigentümer an die Einheimischenbindung hält. Bekannte Beispiele eines Angebotsmodell sind das „Weilheimer Modell“ und das „Traunsteiner Modell“. In der Praxis überwiegen heute die Zwischenerwerbsmodelle. Bei einer solchen Veräußerung unterliegt die Gemeinde allerdings rechtlichen Beschränkungen. Mittlerweile regelt jedoch das BauGB in § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB ausdrücklich die Zulässigkeit eines städtebaulichen Vertrages zur „Deckung des Wohnbedarfs von Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumversorgungsproblemen sowie des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung“. Trotz dieser grundsätzlichen Zulässigkeit ist dann gleichwohl noch das Verbot der Unter-Wert-Veräußerung in den Gemeindeordnungen der Länder zu beachten. Zudem ist zu beachten, dass bei der Weiterveräußerung der Grundstücke im Einheimischenmodell die Gemeinde öffentliche Zwecke in privatrechtlichen Formen verfolgt. Das wird heute überwiegend als Anwendungsfall

der sog. Zwei-Stufen-Theorie verstanden, wonach hier die Auswahl der Bewerber öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist, während die Umsetzung („Wie“) zivilrechtlich mittels eines Kaufvertrages erfolgt. Die Entscheidung und die Vergabe der Grundstücke und die Auswahl der Bewerber ist also öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Die Vergabeentscheidung ist eine Einzelfallregelung mit Außenwirkung, mithin ein Verwaltungsakt, gegen den Widerspruch sowie dann Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage in Form der Versagungsgegenklage möglich ist. Hauptansatzpunkt hierfür dürfte die Bindung der Gemeinde an allgemeine und spezielle Gleichheitssätze sein. Auf der zivilrechtlichen Ebene besteht hinsichtlich des Prüfungsmaßstabes für den Kaufvertrag das Problem, ob hier die §§ 307 ff. BGB oder § 11 Abs. 2 BauGB anzuwenden sind. Der BGH (NJW 2003, 888) hat hier das verwaltungsrechtliche Gebot angemessener Vertragsgestaltung als Prüfungsmaßstab angewendet; eine Klauselkontrolle am Maßstab der Vorschriften über allgemeine Geschäftsbedingungen hat der BGH hingegen ausdrücklich abgelehnt. Allerdings erlangen im Rahmen des Gebots angemessener Vertragsgestaltungen des § 11 Abs. 2 BauGB auch die den §§ 9 bis 11 AGBG zugrunde liegenden Wertungen Bedeutung. D. h. der BGH will die Klauselverbote der §§ 9 bis 11 AGBG (bzw. jetzt §§ 307 bis 309 BGB n. F.) zwar auch prüfen, aber als Teil der Prüfung nach § 11 BauGB. Hier kam der Referent zu dem Ergebnis, dass eine Prüfung sowohl am zivilrechtlichen wie auch am öffentlich-rechtlichen Prüfungsmaßstab durchzuführen sei, wobei allerdings bei der zivilrechtlichen Prüfung zu berücksichtigen sei, dass die Gemeinde – anders als ein privater Klauselverwender – bereits öffentlich-rechtlichen Bindungen unterworfen sei. Sodann erörterte *Hertel* diese allgemeine Grundsätze anhand verschiedener einzelner Probleme der Vertragsgestaltung; so ging er auf das Problem der Bauverpflichtung, das Problem der Verpflichtung zur Eigennutzung, die Bindungsdauer sowie das Zustimmungserfordernis zur Verfügung und Vermietung ein. Weiterhin wurde hier erörtert, wie ein Verstoß gegen die Einheimischenbindung dinglich abgesichert werden kann. Hier wird meist ein vormerkungsgesichertes bedingtes Wiederkaufsrecht der Gemeinde (§ 456 BGB) vereinbart. Dessen Ausgestaltung legte der Referent im Einzelnen dar. Abschließend zeigte *Hertel* ein Zwischenerwerbsmodell in Form eines Erbbaurechtes auf.

Wie die bisherigen Symposien zeigte auch das Vierte Wissenschaftliche Symposium des Institutes für Notarrecht an der Universität Würzburg, dass eine wissenschaftliche Bearbeitung solcher Schnittpunktmaterien notwendig ist. Die Veranstaltung traf jedenfalls auf reges Interesse, was insbesondere die Heterogenität der Teilnehmer aus Notariat, Verwaltung und Wissenschaft sowie die Diskussionen zeigten. Dass Wissenschaft und Praxis keinesfalls beziehungslos nebeneinander stehen, vielmehr wechselseitig erheblichen Gewinn aus dem gemeinsamen Bemühen um die Durchdringung und Fortentwicklung des Rechts ziehen können, ist im Rahmen dieses Symposiums erneut deutlich geworden. Das Symposium hat insbesondere die Notwendigkeit deutlich gemacht, dass in einem Bereich wie der notariellen Vertragsgestaltung für Kommunen berufsübergreifende wissenschaftliche Veranstaltungen und ein berufsübergreifender Gedankenaustausch notwendig ist.

Sämtliche Tagungsbeiträge wurde in einem Tagungsband veröffentlicht. Dieser ist beim Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstr. 19, 97070 Würzburg erhältlich.