

Martin Trapichler

## Befristete Baulandwidmung und Vertragsraumordnung als neue Instrumente der Raumordnung nach der wr BauO-Novelle 2014 – Teil 2



© David Sailer

Mag.  
Martin Trapichler

Der erste Teil<sup>1</sup> dieses zweiteiligen Beitrags setzte sich mit der befristeten Baulandwidmung auseinander. Neben der befristeten Baulandwidmung wurde mit der jüngsten Reform der Wiener Bauordnung<sup>2</sup> die Vertragsraumordnung als zweite raumordnungsrechtliche Neuerung eingeführt. Deren rechtliche Voraussetzungen und Grenzen werden in diesem Beitrag überblicksartig behandelt.

**Schlagnworte:** Aufschließung; Aufschließungsvertrag; Ausschreibung; Ausschreibungspflicht; Bauordnung für Wien; Bauauftrag; Bauverpflichtung; Bebauungsplan; Baulandmobilisierung; Baulandsicherung; Eigentumsfreiheit; Einlösung; Enteignung; Entschädigung; Erschließung; Flächenwidmungsplan; Immobiliendevelopment; Infrastrukturkosten; Koppelungsverbot; Legalitätsprinzip; Privatrecht; Privatwirtschaftsverwaltung; Rechtsformenmissbrauch; Rechtsstaatlichkeitsprinzip; Raumplanung; Überlassungsvertrag; Umwidmung; Vergaberecht; Verhältnismäßigkeitsprinzip; Vertragsraumordnung; Verwendungsvertrag.

**Rechtsnormen:** § 1a wr BauO; §§ 87I, 879, 917a, 934, 1068, 1072, 1336 ABGB; Art 17, 116 B-VG; Art 1 1. ZP EMRK; Art 5, 6 StGG; § 4 BVergG.

### A. Einleitung

Ziel der Vertragsraumordnung ist, die Erreichung der raumplanerischen Ziele durch privatrechtliche Vereinbarungen zwischen Gemeinde und Grundeigentümer zu unterstützen. In sämtlichen anderen Bundesländern gibt es die Möglichkeit der Vertragsraumordnung bereits<sup>3</sup>, wobei Überlassungs-, Verwendungs- und Aufschließungsverträge verbreitet sind. Überlassungsverträge sind solche, bei denen sich der Grundeigentümer gegenüber der Gemeinde verpflichtet, das Grundstück einem Dritten zu überlassen, der gewillt ist, das Grundstück einer widmungskonformen Bebauung zuzuführen. Verwendungsverträge (oft auch als Baulandsicherungsverträge

bezeichnet) sind solche, bei denen sich Grundeigentümer gegenüber der Gemeinde verpflichten, ihre Grundstücke einer der Widmung entsprechenden Nutzung bzw. Bebauung zuzuführen, während sich Grundeigentümer bei Aufschließungsverträgen dazu verpflichten, im Gegenzug zur Errichtung von Infrastruktur (Straßen, Kanal uä) Errichtungskosten (zum Teil) zu tragen.<sup>4</sup>

Die Vertragsraumordnung ist Ausprägung der Privatwirtschaftsverwaltung. Bei der Privatwirtschaftsverwaltung, die ihre verfassungsrechtlichen Grundlagen in den Art 17 und 116 Abs 2 B-VG hat, werden Bund, Länder und Gemeinden privatrechtlich tätig. Bei der Frage, ob zwischen Privatwirtschaftsverwaltung und hoheitlicher Verwaltung Wahlfreiheit besteht, ist darauf abzustellen, ob der Gesetzgeber eine bestimmte Handlungs-

<sup>1</sup> Trapichler, Befristete Baulandwidmung und Vertragsraumordnung als neue Instrumente der Raumordnung nach der wr BauO-Novelle 2014 – Teil 1, bbl 2015, 16.

<sup>2</sup> Wr LGBl 25/2014; Paragraphenangaben ohne weitere Angabe sind solche der Bauordnung für Wien.

<sup>3</sup> § 16a nÖ ROG; § 11a Abs 3 bgl. d. RPIG; § 35 stmk ROG 2010; § 22 krnt GplG 1995; § 18 sbg ROG 2009; § 16 oö ROG 1994; § 33 Abs 2 tir ROG 2011; § 38a vlb. d. RPIG.

<sup>4</sup> Ausführlich zu den verschiedenen vertraglichen Ausprägungen der Vertragsraumordnung W. Kleewein Vertragsraumordnung (2003) 285 ff; ders., Vertragsraumordnung in der Praxis - Privatrechtliche Verträge und deren Grenzen, RFG 2005/16; ders., Instrumente der Raumordnung, bbl 2014, 101 ff.

form angeordnet hat oder sich durch Auslegung ergibt, dass bestimmte hoheitliche Aufgaben nicht durch privatrechtliche, sondern nur durch hoheitliche Verwaltung vollzogen werden dürfen<sup>5</sup>.

Im Besonderen in der viel diskutierten Entscheidung zur Salzburger Vertragsraumordnung sprach der VfGH aus, dass die Festlegung der Widmung eines Grundstückes nur durch hoheitliches Handeln vollzogen werden darf und eine zwingende Verknüpfung zwischen hoheitlichem und privatrechtsförmigen Handeln im Falle von Umwidmungen verfassungswidrig ist, wenn die Gemeinde eine Umwidmung (Rückwidmung) vom Abschluss (Nichtabschluss) eines Vertrages zwischen Gemeinde und Grundeigentümer mit einem bestimmten Inhalt abhängig machen muss.<sup>6</sup> Ferner sprach der VfGH in dieser Entscheidung aus, dass es verfassungswidrig ist, der Gemeinde die gesetzliche Möglichkeit einzuräumen, auf den Verkauf eines Grundstückes in der Form Einfluss zu nehmen, dass sie den Käufer bestimmen oder auf den Kaufpreis zum Nachteil des Grundeigentümers einwirken kann, da diese Einflussnahmen zur Erreichung der Planungsziele idR nicht verhältnismäßig sind. Die in dieser Entscheidung vorgegebenen Leitlinien waren Vorbild des mit der wr BauO-Novelle 2014 eingeführten § 1a wr BauO.<sup>7</sup>

Verwendungs- und Überlassungsverträge bedürfen aufgrund ihrer Eingriffsintensität zum Eigentumsrecht einer einfachgesetzlichen Grundlage, die – allerdings durch eine nicht allzu einengende Determinierung – zumindest Ziele und Inhalte solcher Verträge gesetzlich festlegen muss.<sup>8</sup> Das Argument, der Eigentümer sei nicht verpflichtet bzw könne nicht gezwungen werden, derlei Verträge abzuschließen überzeugt nicht. Ob nämlich eine Grundstücksüberlassung oder eine Nutzungspflicht bescheidmäßig vorgeschrieben oder vertraglich vereinbart wird, macht im Ergebnis keinen Unterschied, weshalb insb die im Enteignungsrecht erarbeiteten Grundsätze des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu beachten sind.<sup>9</sup> Ferner wird die Umwidmung –

wenn auch nicht offiziell, faktisch aber sehr wohl – oft vom Abschluss eines Verwendungsvertrages abhängig gemacht.

Mangels einer mit Verwendungsverträgen vergleichbaren Eingriffsintensität bedarf es für Aufschließungsverträge nach hA grundsätzlich keiner einfachgesetzlichen Grundlage; ihre Zulässigkeit hierfür ergibt sich bereits aus Art 116 Abs 2 B-VG.<sup>10</sup> Anders, wenn – wie bereits ausgeführt – das Gesetz hoheitliches Handeln ausdrücklich anordnet, wie dies insb bei § 51 und §§ 7 ff wr Kanalanlagen- und Einmündungsgebührengesetz (wr KanalG) der Fall ist, wonach die Gemeinde einen Beitrag zu den Kosten der Herstellung von Verkehrsflächen bzw eine Gebühr für den erstmaligen Anschluss an einen Straßenkanal bescheidmäßig vorzuschreiben hat.<sup>11</sup> Für den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen war die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für Aufschließungsverträge daher notwendig.

## B. Regelung

§ 1a Abs 1 sieht vor, dass privatrechtliche Vereinbarungen zur Unterstützung der Verwirklichung der Planungsziele (§ 1 Abs 2) sowie über die Beteiligung der Grundeigentümer an den der Gemeinde durch die Baulandwidmung erwachsenden Kosten der Infrastruktur getroffen werden können.

Abs 2 und 3 leg cit legen fest, dass bei Abschluss der Verträge die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte der Grundeigentümer zu wahren sind, so insb die Gleichbehandlung unter den Grundstückseigentümern, sowie dass die Festsetzung oder Abänderung eines Flächenwidmungs- und Bebauungsplans nicht vom Abschluss einer solchen Vereinbarung abhängig gemacht werden darf.<sup>12</sup>

Abs 4 schreibt vor, dass die Inhalte der Vereinbarung schriftlich festzuhalten sind und legt folgende Mindestanforderungen fest:

- a) die Bezeichnung der Vertragspartner;
- b) die Bezeichnung der Grundflächen, auf die sich die Vereinbarungen beziehen, sowie deren Flächenausmaß;
- c) die Festlegung der Leistungspflichten, zu deren Übernahme sich die Vertragspartner verpflichten;

zur Sonderopfertheorie und Rsp *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht (FN 5) Rz 879 ff; VfSlg 10.841/1986, 13.006/1992, 16.636/2002.

<sup>10</sup> *Kleewein*, Vertragsraumordnung (FN 4) 140 ff, 302 ff; siehe auch unten Punkt C.3.

<sup>11</sup> In § 51 heißt es zwar, dass die Gemeinde „berechtigt“ sei, Anliegerleistungen einzuheben, diese Formulierung bedeutet aber nicht, dass die Vorschreibung des Anliegerbeitrages im Ermessen der Gemeinde liegt; die Behörde ist vielmehr verpflichtet, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen diesen Beitrag einzuheben (*Kirchmayer*, Wiener Baurecht<sup>2</sup> (2008) Anm 2 zu § 51 Abs 1); RIS-Justiz RS0034713; 2 Ob 511/95.

<sup>12</sup> Hier zeigt sich deutlich der Einfluss der erwähnten Entscheidung des VfGH zum sbg ROG (vgl FN 6).

<sup>5</sup> *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>10</sup> (2014) Rz 238 ff und 612; RIS-Justiz RS0034713 und RS0038475; zuletzt 3 Ob 181/12g = Zak 2013, 98 = EvBl-LS 2013/70 = Jus-Extra OGH-Z 5321 = bbl 2013, 117 = ecolx 2013, 522 = ZRB 2013, 96 (*Seeber-Grimm/Seeber*).

<sup>6</sup> VfSlg 15.625/1999 = JBl 2000, 162 = bbl 2000, 1; *Kleewein*, Konsequenzen aus dem Erkenntnis des VfGH zur Salzburger Vertragsraumordnung, JBl 2000, 562; *Tschaler*, Die zivilrechtlichen Folgen der Aufhebung der Bestimmungen des Salzburger Raumordnungsrechtes über die Vertragsraumordnung durch den Verfassungsgerichtshof, bbl 2001, 10; *Kleewein*, Vertragsraumordnung (FN 4) 84. Kritisch dazu: *Öhlinger*, Phantasie und Recht oder Vertragsraumordnung und Bundesverfassung, in Barfuss-FS (2002) 197.

<sup>7</sup> EB zum Entwurf der Bauordnungsnovelle 2014, BlgNr 9/2104, LG – 02618-2013/0001, S 5.

<sup>8</sup> VfSlg 13.625 A/1992 = JBl 1992, 740 = ÖJZ 1993, 104; *Kleewein*, Vertragsraumordnung (FN 4) 105 ff, 115 ff mwN; zuletzt *Berka/Kletečka*, Rechtsfragen der Vertragsraumordnung in Österreich, ÖROK-Schriftenreihe Nr 191, 97.

<sup>9</sup> *Kleewein*, Vertragsraumordnung (FN 4) 196; *Berka/Kletečka*, Rechtsfragen der Vertragsraumordnung (FN 8) 100 ff;

- d) die Fristen, innerhalb derer die vereinbarungsgemäßen Leistungspflichten zu erfüllen sind;
- e) die Mittel zur Sicherstellung der Erfüllung der vereinbarungsgemäßen Leistungspflichten;
- f) die Regelung der Tragung der mit dem Abschluss der Vereinbarungen verbundenen Kosten.

Abs 5 schließlich ordnet an, dass die Gemeinde durch geeignete vertragliche Maßnahmen sicherzustellen hat, dass die Leistungspflichten des Grundeigentümers an seinen Rechtsnachfolger überbunden werden. Als Rechtsnachfolger gelten auch längerfristige Nutzungsberechtigte wie Bauberechtigte oder Bestandnehmer.

Aus den vom VfGH vorgegebenen Leitlinien und dem Gesetzestext ergeben sich Fragen hinsichtlich notwendiger, zulässiger und unzulässiger Inhalte, Formvorschriften und den Rechtsfolgen von Verstößen dagegen. In der Folge soll auch auf einen speziellen vergaberechtlichen Aspekt eingegangen werden, der im Zusammenhang mit einer vertraglichen Bauverpflichtung steht, nämlich auf die Frage der Ausschreibungspflicht bei Überlassung von Liegenschaften durch die Gemeinde in Verbindung mit einer Bauverpflichtung.

### C. Grenzen der vertraglichen Hauptleistungspflichten und Rechtsfolgen von Verstößen dagegen

#### 1. Verwirklichung der Planungsziele

§ 1a Abs 1 legt allgemein fest, dass Vereinbarungen zur Unterstützung der Verwirklichung der in § 1 Abs 2 genannten Planungsziele getroffen werden können. § 1 Abs 2 enthält aber selbst nur eine beispielhafte Aufzählung. Damit ist das Feld möglicher Vereinbarungen sehr weit und umfasst nicht nur die von § 1a aufgezählten Fälle der Vorsorge für die erforderlichen Flächen für Wohnraum, Arbeits- und Produktionsstätten des Gewerbes, der Industrie und zur Erbringung von Dienstleistungen jeder Art<sup>13</sup> (wenngleich damit zum Ausdruck gebracht wird, dass es dem Gesetzgeber besonders auf die Verwirklichung dieser Planungsziele ankommt), sondern etwa auch die Erhaltung des Wienerwaldes oder der Vorsorge für Flächen zur Gewinnung von Rohstoffen. Auch auf eine bestimmte typische Vertragsgestaltung ist die Bestimmung nicht eingeschränkt. Innerhalb dieses weiten Spektrums herrscht grundsätzlich Vertragsfreiheit.

Über diesen denkbar weiten Anwendungsbereich hinaus („zur Unterstützung der Verwirklichung der Planungsziele“) besteht jedoch keine gesetzliche Grundlage zum Abschluss von eingriffsnahen vertragsraumordnungsrechtlichen Verträgen.

#### 2. Beteiligung an Infrastrukturkosten

Neben der Unterstützung der Planungsziele ist auch eine Vereinbarung über die Beteiligung der Grundeigentümer an „den der Gemeinde durch die Festsetzung

von Grundflächen als Bauland erwachsenden Kosten der Infrastruktur“ möglich.

Welche Infrastrukturkosten der Gemeinde „durch“ die Festsetzung der Baulandwidmung konkret erwachsen, lässt sich weder aus dem Gesetz noch aus den Materialien erschließen. Die Gemeinde Wien ist nicht verpflichtet, vor oder im Zuge der Umwidmung eines Grundstückes in Bauland, Straßen oder Kanäle zu errichten oder auszubauen oder sonstige infrastrukturelle Maßnahmen zu setzen.<sup>14</sup> Gemäß § 53 kann unter bestimmten Voraussetzungen sogar dem Grundeigentümer die Straßenherstellung und -erhaltung auferlegt werden. „Durch“ die Festsetzung der Baulandwidmung selbst – im Sinne einer die Gemeinde treffenden und von dem Grundeigentümer durchsetzbaren Verpflichtung zur Herstellung bestimmter Infrastrukturen bei Umwidmung in Bauland – erwachsen der Gemeinde daher keine Infrastrukturkosten. Würde man die Bestimmung also wörtlich auslegen, hätte sie überhaupt keinen Anwendungsbereich, was dem Gesetzgeber aber nicht unterstellt werden kann.

Tatsächlich erbringt die Stadt Wien im Rahmen ihres Stadtentwicklungsprogrammes und der Verkehrsplanung vor und nach oder unabhängig von Widmungsänderungen infrastrukturelle Leistungen, die eine Nutzung als Bauland erst ermöglichen. Dementsprechend präzisieren die Materialien, dass in bestimmten Fällen das Bedürfnis bestehe, mit Grundeigentümern privatrechtliche Vereinbarungen bezüglich der Herstellung und Kostentragung „der im Zuge der Widmung und Aufschließung von Bauland“ erforderlich werdenden Infrastrukturmaßnahmen abzuschließen.<sup>15</sup> Der mögliche Anwendungsbereich für eine Vereinbarung mit der Gemeinde über die Beteiligung an Infrastrukturkosten ist im Sinne der durch die Materialien dokumentierten Zielrichtung daher ebenfalls weit und umfasst Kosten für infrastrukturelle Maßnahmen, die erforderlich sind, damit Bauland auch sinnvoll genutzt und bebaut werden kann. Darunter fallen vor allem Straßen-, Kanal- und Leitungsherstellung. Die Beteiligung an Kosten für die Herstellung eines Parks wäre davon aber wohl nicht mehr umfasst.

#### 3. Rechtsfolgen der Überschreitung der umfänglichen Grenzen

Wenn die vertragliche Vereinbarung Leistungspflichten enthält, die über die Unterstützung der Verwirklichung der Planungsziele sowie über die Beteiligung an den der Gemeinde durch die Festsetzung von Grundflächen als Bauland erwachsenden Kosten der Infrastruktur hinaus-

<sup>14</sup> VfGH 25.6.1996, 96/05/0015; in VfSlg 16.838/2003 sprach der VfGH sogar aus, dass in der Abweisung eines Antrags eines Grundeigentümers auf Rückstellung eines seinerzeit aufgrund § 17 in das öffentliche Gut abgetretenen Grundstücksteils keine Verletzung des Eigentumsrechts bestand, obwohl die Verkehrsfläche, zu deren Herstellung die Abtretung erfolgte, 23 Jahre nach Abtretung immer noch nicht hergestellt war.

<sup>15</sup> FN 7.

<sup>13</sup> § 1 Abs 2 Z 1 und 2 wr BauO.

gehen, hängt die zivilrechtliche Rechtsfolge im Wesentlichen davon ab, ob ein Rechtsformenmissbrauch vorliegt oder nicht.

Ein Rechtsformenmissbrauch liegt vor, wenn ein Wahlrecht zwischen hoheitlichem Handeln und Privatwirtschaftsverwaltung nicht besteht, weil das Gesetz zwingend hoheitliches Handeln vorgibt (was allenfalls durch Auslegung zu ermitteln ist).<sup>16</sup> Nach herrschender Rsp ist ein rechtsformenmissbrauchender Vertrag nichtig gemäß § 879 Abs 1 ABGB.<sup>17</sup>

Für den Bereich der eingriffsnahen Überlassungs- und Verwendungsverträge gehen Lehre und Rsp einhellig davon aus, dass sie einer gesetzlichen Grundlage bedürfen.<sup>18</sup> Überschreitet ein Verwendungsvertrag daher den in § 1a Abs 1 umschriebenen (weiten) Umfang, der Vertrag also tatsächlich nicht geeignet sein sollte, die Gemeinde bei der Verwirklichung ihrer Planungsziele zu unterstützen, so ist der Vertrag nichtig gemäß § 879 Abs 1 ABGB. Wenn der Vertrag den möglichen Inhalt teilweise einhält und teilweise überschreitet ist nach allgemeinen Regeln zu entscheiden, ob der gesamte Vertrag oder nur der jeweilige überschreitende Teil nichtig ist.<sup>19</sup> Ob der Vertrag geeignet ist, die Planungsziele zu unterstützen, entscheiden in letzter Konsequenz die ordentlichen Gerichte, die, wenn der Grundeigentümer als Verbraucher iSd KSchG anzusehen ist, auch das KSchG anzuwenden haben.<sup>20</sup>

Mangels einer mit Verwendungsverträgen vergleichbaren Eingriffsintensität in das Eigentumsrecht des Grundstückseigentümers bedarf es für Aufschließungsverträge grundsätzlich keiner einfachgesetzlichen Grundlage<sup>21</sup>, wenn keine zwingenden hoheitlichen Regelungen bestehen oder der Gesetzgeber die Gemeinde bezüglich bestimmter Abgaben zwar ermächtigt, aber nicht verpflichtet hat, solche Abgaben einzuheben (vgl §§ 7 Abs 5, 8 Abs 5, 6 F-VG) und die Gemeinde von dieser Ermächtigung nicht Gebrauch gemacht hat<sup>22</sup>; die

<sup>16</sup> Vgl dazu schon oben Punkt A.

<sup>17</sup> FN 5; RIS-Justiz RS0014752; in der (privatrechtlichen) Lehre umstritten ist die Frage, ob der Vertrag zustande kommt, aber gemäß § 879 Abs 1 ABGB nichtig ist (so etwa *Krejci in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> (2000) § 879 Rz 146 und *Rummel in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> (2000) § 867 Rz 6) oder ob der Vertrag mangels Rechtsfähigkeit erst gar nicht wirksam zustande kommt (*Perner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.01 § 867 Rz 6).

<sup>18</sup> FN 8.

<sup>19</sup> Im Wesentlichen kommt es darauf an, ob der Verbotszweck die gänzliche Nichtigkeit fordert, ob der Vertrag ohne den inkriminierten Teil selbständig bestandsfähig ist und ob der hypothetische Parteiwille eine bloße Teilnichtigkeit zulässt; näheres bei *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.01 § 879 Rz 229 ff mwN.

<sup>20</sup> Gemäß § 1 Abs 2 2. Satz KSchG gelten juristische Personen des öffentlichen Rechts immer als Unternehmer.

<sup>21</sup> *Kleewein*, Vertragsraumordnung (FN 4) 140 ff und 302 ff.

<sup>22</sup> Auf Basis der genannten Bestimmungen wurde die Stadt Wien etwa ermächtigt, eine Hundeabgabe, Kanal(räumungs)gebühren, eine Wasserbezugs- und Wasserzählergebühr oder eine Müllgebühr auszuschreiben bzw einzuheben;

Zulässigkeit hierfür ergibt sich dann bereits aus Art 116 Abs 2 B-VG.<sup>23</sup> Nun sehen § 51 und §§ 7 ff wr KanalG vor, dass die Gemeinde einen Beitrag zu den Kosten der Herstellung von Verkehrsflächen bzw eine Gebühr für den erstmaligen Anschluss an einen Straßenkanal bescheidmässig vorzuschreiben hat, somit im Umfang dieser zu leistenden Beiträge ausdrücklich hoheitliches Handeln angeordnet ist. Für den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen war die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage daher notwendig.<sup>24</sup> Für alle darüber hinausgehenden privatrechtlich vereinbarten Kostenbeiträge bedurfte es aber keiner einfachgesetzlichen Grundlage.<sup>25</sup> Fraglich könnte daher sein, ob die gesetzliche Regelung eine verfassungsrechtlich problematische Einschränkung der Privatwirtschaftsverwaltung der Gemeinde darstellt.<sup>26</sup> Ein vertraglicher Inhalt, mit dem sich ein Grundeigentümer verpflichtet, bestimmte Kostenbeiträge zu leisten, die in keinem Zusammenhang mit der *Widmung und Aufschließung von Bauland* stehen oder der Sache nach darüber hinausgehen, wäre deshalb daher wohl nicht wegen Missbrauch der Form nichtig.

## D. Zulässige und unzulässige Vertragsinhalte, Verhältnismäßigkeitsprinzip und Rechtsfolgen unzulässiger Vertragsinhalte

### 1. Mindestanforderungen

§1a Abs 4 und 5 legt die bereits in Punkt B. erwähnten vertraglichen Mindestinhalte fest. Klärungsbedürftig ist die Frage, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn ein Vertrag ein oder mehrere dieser Mindestinhalte nicht enthält. Eine Beurteilung dieser Frage kann immer nur anhand des konkreten Vertrages nach Maßgabe des jeweiligen Vertragszwecks erfolgen.<sup>27</sup> Eine pauschale Rechts-

selbst wenn die Gemeinde aber vom freien Beschlussrecht gebraucht gemacht hat, wird eine privatrechtliche Vereinbarung vom VfGH dennoch für zulässig erachtet, wenn dies durch eine erhöhte Inanspruchnahme der zur Verfügung gestellten Gemeindeeinrichtung gerechtfertigt ist (VfSlg 13.310/1992).

<sup>23</sup> RIS-Justiz RS0111236; 1 Ob 178/98b = Jus-Extra OGH-Z 2670 = JBl 1999, 386 = bbl 1999, 122 = MietSlg 50.886 = MietSlg 50.986 (45) = SZ 71/194; VfSlg 13.310/1992.

<sup>24</sup> FN 11; zum Verhältnis zu den sog § 53-Straßen und zur Verpflichtung zur Gehsteigerstellung siehe unten Punkt D.5.2.

<sup>25</sup> RIS-Justiz RS0034713, RS0038475; OGH 10.7.1991, 1 Ob 30/91 [Einhebung von Kanalgebühren nach dem stmk KanalabgabenG, das eine bescheidmässige Vorschreibung der Kanalgebühr nur für im Gemeindegebiet liegende Liegenschaften anordnete, weshalb eine privatrechtliche Vereinbarung über Anschlussgebühren von Liegenschaften außerhalb des Gemeindegebietes zulässig war]; VwSlg 8.406 F/2009.

<sup>26</sup> Vgl VfSlg 9.885/1983 = JBl 1985, 225 und VfSlg 11.873/1988; *Mayer*, B-VG<sup>4</sup> (2007) Art 116, III.1.; *Neuhofner*, Gemeinderecht<sup>2</sup> (1998) 65; offen lassend *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht (FN 5) Rz 548.

<sup>27</sup> Eine andere, hier nicht näher erörterte Frage ist jene der politischen, dienstrechtlichen sowie uU auch strafrechtlichen Verantwortlichkeit des für die Stadt handelnden Organs, der

folge, wonach das Fehlen eines des im Gesetz aufgezählten Inhalts immer zur Unwirksam- oder Anfechtbarkeit führt, ist wegen der Fülle möglicher vertraglicher Inhalte nicht möglich. Vielmehr ist stets im Einzelfall zu fragen, ob das Fehlen eines bestimmten Inhaltserfordernisses so unverzichtbar ist oder bestimmten wichtigen Schutzinteressen eines Vertragspartners entgegensteht, dass der Vertrag unwirksam oder anfechtbar ist. So wird das Fehlen der Angabe des Flächenausmaßes bestimmter Grundflächen im Vertrag nicht schaden, wenn sich das Flächenausmaß des betroffenen Grundstücks eindeutig aus dem Grenzkataster ergibt. Auch das Fehlen von Bestimmungen über Leistungsfristen, über Regelungen, die die Erfüllung der Leistungspflichten sicherstellen sollen sowie Regelungen über die mit dem Abschluss der Vereinbarung verbundenen Kosten führen nicht per se zu Unwirksamkeit der vertraglichen Regelung. Das Fehlen einer Bebauungsfrist bei Verwendungsverträgen kann nicht dazu führen, dass der Vertrag unwirksam ist, da ansonsten der damit verfolgte Zweck der widmungskonformen Bebauung jedenfalls verfehlt würde. Vielmehr sind die dispositiven Regeln sowie die Auslegungsregeln des Zivilrechts zur Lösung heranzuziehen, die bei Fehlen einer konkreten Bebauungsfrist zu einer im konkreten Fall angemessenen Bebauungsfrist führen werden.<sup>28</sup> Auch das Fehlen einer Erfüllungssicherheit wird regelmäßig nicht zur Unwirksamkeit führen. Wenn sich freilich die wechselseitigen Leistungspflichten nicht (und zwar auch nicht durch Auslegung) bestimmen lassen, liegt Unbestimmtheit vor und ein Vertrag ist erst gar nicht zu Stande gekommen.<sup>29</sup> Ebenso müssen die Vertragspartner feststehen, wobei festzuhalten ist, dass der Vertragspartner der Gemeinde nicht zwingend auch der Grundeigentümer sein muss, dessen Grundstück Inhalt der Vereinbarung ist. Es wäre etwa auch denkbar, dass sich ein Dritter verpflichtet, ein Superädifikat zu errichten oder ein Dritter, der nicht Grundeigentümer ist, sich verpflichtet, Beiträge zu Aufschließungskosten zu tragen.

## 2. Verbot der Verknüpfung zwischen Widmung und Vertragsabschluss / Koppelungsverbot

Spätestens seit der eingangs bereits zitierten Entscheidung des VfGH zum sbg ROG ist in der Rsp herrschend, dass eine vom Gesetz angeordnete Verknüpfung zwischen Widmungsakt und Vertragsabschluss verfassungswidrig ist.<sup>30</sup> Dem folgend schreibt § 1a Abs 2 explizit fest, dass eine Festsetzung oder Abänderung eines Flächen-

die im Gesetz angeführten Mindestanforderungen nicht beachtet und der Stadt dadurch ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Nachteil erwächst.

<sup>28</sup> *Reischauer in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> (2000) § 904 Rz 4; *Binder in Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> (2006) § 904 Rz 1.

<sup>29</sup> § 869 ABGB.

<sup>30</sup> Diese apodiktische Auffassung fand jedoch auch Kritik in der Lehre (vgl etwa *Öhlinger*, Vertragsraumordnung [FN 6] 197 sowie *Kleewein*, Vertragsraumordnung [FN 4] 87, 275). Zuletzt: *Berka/Kletečka*, Rechtsfragen der Vertragsraumord-

widmungs- und Bebauungsplans nicht vom Abschluss eines Raumordnungsvertrages abhängig gemacht werden darf, ansonsten der Vertrag wegen Gesetzeswidrigkeit (§ 879 Abs 1 ABGB) nichtig ist. Überhaupt kommt der Bestimmung des § 879 ABGB zentrale Bedeutung bei der Frage zu, ob raumordnungsrechtliche Verträge oder Teile davon als nichtig zu beurteilen sind, weil sie in unzulässiger Weise in verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen des Vertragspartners der Gemeinde, die im Rahmen der sog Fiskalgeltung der Grundrechte unmittelbare Wirkung entfalten, eingreifen.<sup>31</sup>

## 3. Bauverpflichtung

Auch wenn die gesetzlichen Ziele der Raumplanung weit sind (siehe oben Punkt C.a), erlangten bisher insb Verwendungsverträge praktische Bedeutung, also Verträge, mit denen sich Grundeigentümer verpflichten, innerhalb einer bestimmten Frist ihr Grundstück der Widmung entsprechend zu bebauen. Eine solche Verpflichtung steht nach hA nicht im Austauschverhältnis zur Umwidmung – Hoheitsakte können nicht Gegenstand privatrechtlicher Leistungspflichten sein – weshalb der Grundeigentümer die Umwidmung auch nicht von der Gemeinde als Gegenleistung verlangen kann. IdR wird ein Verwendungsvertrag daher aufschiebend bedingt mit der Umwidmung in Bauland zu schließen sein.<sup>32</sup> Dennoch wird zumeist ein entgeltlicher Vertrag vorliegen, da der Vertrag in der Hoffnung einer erfolgreichen Baulandwidmung eingegangen wird, was insb für die Anwendbarkeit der Regelung über die Gewährleistung und den Vertragsrücktritt wegen Verzugs Voraussetzung ist.<sup>33</sup>

Als ein als Enteignungssurrogat zu wertender Eingriff ins Eigentumsrecht bedarf der Verwendungsvertrag einer im öffentlichen Interesse liegenden Rechtfertigung. Die vom Grundeigentümer übernommene Bauverpflichtung

nung (FN 8) 91 ff (Raumordnungsvertrag als eines von mehreren Tatbestandsmerkmalen).

<sup>31</sup> *Rummel*, ABGB (FN 17) § 859 Rz 18a; *Krejci*, ABGB (FN 17) § 879 Rz 19, 56; *Kleewein*, Vertragsraumordnung (FN 4) 335 ff; RIS-Justiz RS0114657, RS0110237; neben der Nichtigkeitssanktion kommen insb auch die Normen über die Anfechtung wegen Irrtums, List und Drohung sowie *laesio enormis* in Betracht.

<sup>32</sup> Zur möglicherweise unzulässig langen Bindung, wenn die Gemeinde nicht oder erst Jahre später umwidmet und deren Folgen sowie zur Vereinbarung einer Befristung *Dullinger*, Vertragsraumordnung aus privatrechtlicher Sicht, ZfV 1997, 11.

<sup>33</sup> Relevant ist, dass eine Leistung um einer Gegenleistung willen erbracht wird. Die Gegenleistung (zB die Umwidmung) muss hingegen für die Einordnung eines Vertrages als entgeltlich nicht Gegenstand einer Verpflichtung sein (*Wiebe in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.01 § 859 Rz 26; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup>, 116). *Kleewein*, Instrumente der Raumordnung (FN 4) 102; *ders*, Vertragsraumordnung in der Praxis (FN 4) 16; *Dullinger*, Vertragsraumordnung (FN 32) 11; Zur (idR nicht bestehenden) Möglichkeit eines Rücktritts wegen „Verzugs“ der Gemeinde, *Berka/Kletečka*, Rechtsfragen der Vertragsraumordnung (FN 8) 114 ff.

muss ferner geeignet sein und das gelindeste Mittel darstellen, dieses Interesse zu decken oder zu erfüllen. Darüber hinaus muss die Gleichbehandlung der Vertragspartner der Gemeinde (§ 1a Abs 3) gewährleistet sein. Da die Verhältnisse mehrerer Grundeigentümer niemals je ganz gleich sein werden und eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bzw des allgemeinen Sachlichkeitsgebotes als Verletzung des Gleichheitssatzes zu werten ist<sup>34</sup>, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach der Rsp des EuGH überdies einen allgemeinen, nicht auf den Schutzbereich bestimmter Grundrechte beschränkten Grundsatz des Unionsrechtes darstellt und damit Überverfassungsrang genießt<sup>35</sup>, ist das Hauptaugenmerk auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu legen.

Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ist stets auf den konkreten Einzelfall bezogen anzustellen. Hier gilt es, familiäre, betriebliche, finanzielle und zeitliche Situation sowie strategische Ausrichtung des Grundeigentümers einerseits und das öffentliche Interesse an der Bebauung andererseits gegeneinander abzuwägen, wobei auch die aktuelle Widmungslage (bereits vorhandene Baulandwidmung oder noch Grünlandwidmung) Einfluss auf die Interessenabwägung haben wird.<sup>36</sup>

Das mittlerweile ganz offenkundige öffentliche Interesse an einer widmungskonformen Bebauung vorhandener Bauflächen liegt in der Verhinderung von Zersiedelung, Eindämmung von Bodenspekulation und der Reduzierung der Versiegelung weiterer Bodenflächen durch effektive Widmungspolitik.<sup>37</sup> Der Abschluss von Verwendungsverträgen ist zweifelsohne geeignet, dieses Ziel zu erreichen. Ob der Vertrag, insb in seiner konkreten Ausgestaltung, das gelindeste Mittel zur Zielerreichung darstellt, kann immer nur im Einzelfall nach Maßgabe der konkreten Verhältnisse beurteilt werden. Dabei stellen auch Leistungsfrist, Verhältnisse des Grundstückseigentümers, Präzisionsgrad der Bauverpflichtung und Ausmaß der Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Bauverpflichtung ein bewegliches System dar, das in seiner Gesamtheit zu beurteilen ist.

Wenn die Leistungsfrist nach objektiven Maßstäben zu kurz bemessen ist oder dem Grundeigentümer eine widmungskonforme Bebauung aus finanziellen Gründen nicht möglich ist oder aber die Gemeinde die Nutzungsart oder das zu errichtende Gebäude, ohne dass ein entsprechend öffentliches Interesse an einer konkret vorgeschriebenen Bebauung besteht, bis auf die

<sup>34</sup> Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht (FN 5) Rz 765 ff und 791 ff mit zahlreichen Nachweisen aus der Rsp des VfGH und VwGH.

<sup>35</sup> Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht (FN 5) Rz 798 mwN.

<sup>36</sup> Berka/Kletečka, Rechtsfragen der Vertragsraumordnung (FN 8) 108; vgl FN 9.

<sup>37</sup> Jeden Tag werden in Österreich rund 30 Fußballfelder verbaut (Quelle: Bodenatlas 2015). Allein auf das Bevölkerungswachstum ist diese Zahl nicht zurückzuführen – während dieses um etwa zwei Prozent stieg, stieg die Flächeninanspruchnahme um ca. zehn Prozent in den Jahren 2006 bis 2012.

Grundrisspläne vorgibt, würde eine unzulässige Einschränkung der aus dem Eigentumsrecht erfließenden Baufreiheit vorliegen. Die exakte Vorgabe eines zu errichtenden Gebäudes ist idR nicht das gelindeste Mittel und nicht notwendig, um das Planungsziel der widmungskonformen Bebauung zu erreichen.

Die Durchsetzbarkeit bzw die Art der Durchsetzung der Bauverpflichtung hängt von der konkreten Vertragsgestaltung ab. Der Konkretisierungsgrad der Bauverpflichtung ist dabei nicht unbedingt ausschlaggebend, da auch eine Verpflichtung zur „Bebauung gemäß dem geltenden Flächenwidmungs- und Bebauungsplan“ mE gerichtlich durchsetz- und als eine vertretbare Handlung (§ 353 EO) exquirierbar ist, wenn ein entsprechender Bebauungsplan, der die zulässige Bauweise vorgibt, besteht und der Flächenwidmungs- und Bebauungsplan im Vertrag und sodann im Urteil beschrieben ist.<sup>38</sup> Dass hier eine große Bandbreite an Bauführungen möglich ist, ist unbestritten, macht eine solche Verpflichtung mE aber deshalb nicht unbestimmt oder unbestimmbar<sup>39</sup>, wenngleich bislang - soweit ersichtlich - kein derartiger Fall bekannt ist und wohl auch nicht tatsächliche Praxisrelevanz entfalten dürfte.<sup>40</sup>

#### 4. Klauseln zur Sicherstellung der Bauverpflichtung

§ 1a Abs 4 lit e ordnet an, dass der Vertrag jedenfalls die Mittel zur Sicherstellung der Erfüllung der vereinbarungsgemäßen Leistungspflichten zu enthalten hat. Nachfolgend werden übliche Sicherungsmittel und deren Zulässigkeit beleuchtet.

##### 4.1. Überlassung

Wird im Verwendungsvertrag als Rechtsfolge der nicht fristgerechten Bebauung die Übertragung des Eigentums oder die Einräumung eines Baurechtes zu Gunsten eines baufähigen und bauwilligen Dritten (idR kommunal verwaltete Bauträger/Fonds) vereinbart (der „Verwendungsvertrag“ wird dadurch zu einem „Überlassungsvertrag“), stellt dies den gravierendsten Eingriff in das Eigentums-

<sup>38</sup> Die Ermächtigung, auf Kosten des Verpflichteten eine Baulichkeit errichten zu lassen, schließt auch die Ermächtigung zur Einholung der erforderlichen verwaltungsbehördlichen Genehmigung in sich (SZ 67/126; RZ 1993/33, 97); § 353 Abs 1 EO verschafft dem betroffenen Gläubiger das Recht, das Ansuchen um Erteilung der nach der BauO erforderlichen Genehmigung selbst zu setzen (LGZ Wien Miet 29.711); allgemein Jakusch in Angst, EO<sup>2</sup> (2013) § 7 Rz 35 ff, 57, 60.

<sup>39</sup> AA Berka/Kletečka, Rechtsfragen der Vertragsraumordnung (FN 8) 112 f, die aus der angenommenen Unexquirierbarkeit folgern, „dass die Schaffung einer durchsetzbaren Forderung auf Bauführung nicht der Parteienabsicht entsprechen [dürfte]“.

<sup>40</sup> Vielmehr zeigt die Praxis, dass versucht wird, die Einhaltung der Bauverpflichtung durch Konventionalstrafe oder andere Sicherungsmittel sicherzustellen (vgl nachfolgenden Punkt D.4.).

recht dar und kommt einer Enteignung gleich. Dementsprechend groß muss das öffentliche Interesse an der Bebauung sein und kann etwa bei Bauvorhaben gegeben sein, die Grundversorgungsaufgaben für die Bevölkerung erfüllen sollen. Sollte ein öffentliches Interesse von entsprechendem Gewicht vorliegen, ist eine Überlassung an Dritte überdies nur dann verhältnismäßig, wenn dem Eigentümer eine angemessene Entschädigung, etwa in Form eines marktkonformen Kaufpreises bezahlt wird. Dabei muss dem Grundeigentümer insb die aufgrund der Umwidmung eingetretene (oder die aufgrund einer wahrscheinlich erfolgenden Umwidmung eingetretene) Wertsteigerung ungeschmälert zukommen.<sup>41</sup> Eine Vereinbarung, wonach der Eigentümer das Grundstück zu einem bestimmten oder zu einem von der Gemeinde zu bestimmenden Preis, der unter dem Marktpreis liegt, abzutreten hat, wäre daher grundrechtswidrig und nichtig.<sup>42</sup> Ebenso unzulässig wäre eine vertragliche Vereinbarung, wonach der Dritte, an den abzutreten wäre, vertraglich bereits im Vorhinein oder von der Gemeinde bestimmt wird. Eine Festlegung eines bestimmten Käufers ist nicht erforderlich um das Planungsziel zu erreichen und würde somit in überschießender Weise in das Grundrecht der Freiheit des Liegenschaftsverkehrs eingreifen; vielmehr reicht es, wenn sich der Grundeigentümer zur Überbindung der Bauverpflichtung verpflichtet.

#### 4.2. Wiederkaufsrecht und Option

Wiederkaufsrecht ist das Recht des Verkäufers, eine Liegenschaft (zu einem bestimmten Preis) zurück zu kaufen. Eine Option ist ein Vertrag, mit dem eine Partei das Recht erhält, ein inhaltlich vorausbestimmtes Schuldverhältnis (bei raumordnungsrechtlichen Verträgen zumeist den An- oder Rückkauf der Liegenschaft oder die Einräumung eines Baurechts oder sonstigen Nutzungsrechts) in Geltung zu setzen.

Beide Rechtsinstitute können bei raumordnungsrechtlichen Verträgen Anwendung finden und sind Ausprägungen der Überlassungsverträge. Sie stellen einen beträchtlichen Eingriff in das Eigentumsrecht dar, da mit ihnen der Verlust des Eigentums bzw, bei Einräumung eines Baurechts oder eines Nutzungsrecht zur Errichtung eines Superädifikats, die faktische Aushöhlung des Eigentumsrechts verbunden ist. Ein entspre-

<sup>41</sup> Nach mittlerweile stRsp ist die Bewertung anhand des Verkehrswertes von Bauland bereits dann vorzunehmen, wenn die Baulandwidmung noch gar nicht erfolgt ist, eine künftige Bebaubarkeit der Liegenschaft aber bereits konkret Gestalt angenommen hat („Bauerwartungsland“). Für die Bewertung eines Grundstücks ist daher allgemein nicht die bestehende Widmung, sondern die realistisch beurteilte künftige Verwendungsmöglichkeit samt ihrer Auswirkung auf den Marktwert das Entscheidende (RIS-Justiz RS0110846 [6 Ob 161/10k], RS0053483).

<sup>42</sup> 7 Ob 2327/96y; 6 Ob 311/01f; *Binder*, Zivilrechtliche Aspekte der Vertragsraumordnung unter besonderer Berücksichtigung der Salzburger Situation, ZfV 1995, 609 ff [615 f]; *Dullinger*, Vertragsraumordnung (FN 32) 11.

chend gewichtiges öffentliches Interesse, etwa akute Wohnungsnot, muss daher vorliegen, um einen solchen Eingriff zu rechtfertigen.

Falls ein solches Interesse einen derart schweren Eingriff grundsätzlich rechtfertigt, kommt wiederum der Angemessenheit der bei der Optionsausübung zu leistenden Gegenleistung entscheidende Bedeutung zu. Nach überwiegender, zutreffender Ansicht ist hierbei der Marktwert zum Zeitpunkt der jeweiligen Rechtsausübung heranzuziehen.<sup>43</sup>

Wiederkaufsrechte werden zumeist dann vereinbart, wenn der Grundeigentümer das Grundstück von der Gemeinde gekauft hat. Der Wiederkaufspreis in Höhe des ursprünglichen Kaufpreises ist in diesem Fall mE sachgerecht, da es den Zweck der widmungskonformen Bebauung gröblich verfehlen würde, wenn der Grundeigentümer, der ein Gemeindegrundstück (womöglich zu einem besonders günstigen Preis in der Hoffnung, der Käufer werde seine vertragliche Verpflichtung erfüllen) die Gemeinde nur zum viel höheren tatsächlichen Marktpreis zurückkaufen könnte.<sup>44</sup>

Die Ausübung einer Option oder des Wiederkaufsrechtes muss jedoch in jedem Fall an die Nichterfüllung der Bauverpflichtung, die ihrerseits verhältnismäßig (siehe oben) ausgestaltet sein muss, geknüpft sein. Es muss ferner innerhalb angemessener Frist ausgeübt werden, ansonsten es als erloschen zu gelten hat. Eine oder nicht verhältnismäßige Bedingungen geknüpfte Options- oder Wiederkaufsausübung sowie ein unangemessen langes Bestehen des Ausübungsrechts der Option oder des Wiederkaufs nach Bedingungseintritt wäre unwirksam bzw dem Telos des Raumordnungsrechts folgend so auszulegen, dass das Recht nur im Fall der widmungswidrigen Verwendung (nach Ablauf der angemessenen Frist zur widmungskonformen Nutzung) binnen angemessener Frist ausgeübt werden darf.<sup>45</sup>

#### 4.3. Vorkaufsrecht

Das Vorkaufsrecht beschränkt den freien Liegenschaftsverkehr nicht so stark wie das Wiederkaufsrecht oder die Kaufoption, hat im Verhältnis zu diesen daher eine geringere Eingriffsintensität. Es kann nur im Vorkaufsfall, dh dann, wenn ein Käufer zumindest ein verbindliches Kaufanbot gelegt hat und der Verkaufsverpflichtete verkaufen will, vom Vorkaufsberechtigten ausgeübt werden.

<sup>43</sup> Im Rahmen einer Anfechtung wegen *laesio enormis* wurde der Bewertungszeitpunkt unterschiedlich beurteilt: Während der OGH in SZ 70/28 noch davon ausging, dass für die Beurteilung des Missverhältnisses der gegenseitigen Leistungen der Zeitpunkt der Einräumung der Option maßgebend ist, gehen Nachfolgeentscheidungen (vgl RIS-Justiz RS0115632 [4 Ob 159/01p = JBl 2002, 243 = EvBl 2002/41 = RdW 2002, 148]) richtiger Weise davon aus, dass die Optionsausübung der relevante Zeitpunkt ist.

<sup>44</sup> *Aicher* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> (2000) § 1068 Rz 3, 20; *Binder*, Vertragsraumordnung (FN 42) 609 (621); JBl 1987, 718.

<sup>45</sup> *Kleewein*, Vertragsraumordnung (FN 4) 326.

Durch das Vorkaufsrecht wird das Grundstück in seiner Veräußerbarkeit grundsätzlich nicht beeinträchtigt, da im Fall der Vorkaufsrechtsausübung der Vorkaufsberechtigte verpflichtet ist, zu jenen Bedingungen zu kaufen, zu denen der dritte Käufer zu kaufen bereit gewesen wäre. Es kann allerdings vertraglich ein so genanntes limitiertes Vorkaufsrecht vereinbart werden, bei dem der im Vorkaufsfall vom Vorkaufsberechtigten zu zahlende Kaufpreis im Vorhinein bereits festgelegt wird. Die Vereinbarung eines limitierten Vorkaufsrechtes, bei dem der vorherbestimmte Verkaufspreis unter dem Marktpreis liegt, wird nur dann als zulässig zu erachten sein, wenn die Gemeinde das Grundstück zuvor an den nun verkaufenden Grundeigentümer, der seiner Bauverpflichtung nicht nachkam, zu diesem Preis verkaufte. Insofern handelt es sich um die Verhinderung von Spekulation zum Nachteil der Gemeinde und gilt das zum Wiederkaufsrecht Gesagte.<sup>46</sup> In anderen Fällen wäre eine Vorwegvereinbarung eines Preises, der unter dem Marktpreis liegt, unverhältnismäßig, da sie nicht geeignet ist und auch nicht das gelindeste Mittel darstellt, um die raumplanerischen Ziele zu erreichen.<sup>47</sup>

#### 4.4. Konventionalstrafe, Abschöpfung des Veräußerungsgewinns / Gewinnverbot

Als weiteres Sicherungsmittel kommt die Konventionalstrafe (Vertragsstrafe) in Betracht. Dadurch verpflichtet sich der Grundeigentümer, einen bestimmten Geldbetrag zu bezahlen, wenn er bestimmte vertragliche Verpflichtungen nicht einhält. Wird eine Konventionalstrafe für den Fall der Nichteinhaltung der Bauverpflichtung vereinbart, so erlangt der Verpflichtete durch Zahlung der Strafe mangels gegenteiliger Vereinbarung nicht das Recht, sich von der Baupflicht zu befreien.<sup>48</sup> Sie kann aber auch für den Fall vereinbart werden, dass der Grundeigentümer die Liegenschaft vertragswidrig, etwa trotz bestehender Überbindungspflicht (siehe nachfolgenden Punkt 4.5) ohne Überbindung an den Rechtsnachfolger verkauft (mit der Folge, dass den Käufer nicht mehr die Beschränkungen des Verkäufers treffen).

Die Konventionalstrafe ist, sofern nicht ausdrücklich anders vereinbart, von einem Verschulden (zumindest leichte Fahrlässigkeit) abhängig.

Eine Konventionalstrafe kann gemäß § 1336 Abs 2 ABGB richterlich gemäßigt werden, wenn sie unverhältnismäßig hoch bemessen ist. Sie ist überhaupt sittenwidrig, wenn sie so hoch ist, dass sie zum Ruin des Schuldners führen würde oder dessen wirtschaftliche Bewegungsfreiheit übermäßig beeinträchtigen könnte.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Vgl oben Punkt D.4.2.

<sup>47</sup> Vgl unten Punkt D.4.6.

<sup>48</sup> § 1336 Abs 1 Satz 2 ABGB; vgl zur Frage der Durchsetzbarkeit der Bauverpflichtung Punkt D.3.

<sup>49</sup> *Danzl in Koziol/Bydlinsky/Bollenberger*, ABGB<sup>3</sup> (2010) § 1336 Rz 13.

Wenn die Konventionalstrafe sich in Wirklichkeit als Verkaufspreisfestsetzung oder Käuferbestimmung entpuppt, etwa indem die Konventionalstrafe fällig wird, wenn der Grundeigentümer über einem vertraglich festgesetzten Verkaufspreis verkauft oder an eine andere Person als die im Vertrag festgesetzte Person verkauft, rückt die Konventionalstrafe stark in die Nähe der Unsachlichkeit, da diese Maßnahmen nicht zielführend sind und auch nicht das gelindeste Mittel darstellen: Es kann für die Erreichung der planerischen Ziele nicht darauf ankommen, wer diese Ziele umsetzt oder wieviel derjenige, der die Ziele umsetzt, für das Grundstück bezahlt.<sup>50</sup> Eine solcherart ausgestaltete Konventionalstrafe wird daher idR (teil)nichtig sein. Aus demselben Grund wäre auch eine Abschöpfung eines über einem festgesetzten Maximalverkaufspreis hinausgehenden Betrages unwirksam. Letzteres könnte nur dann wirksam vereinbart werden, wenn die Gemeinde die betreffenden Grundflächen ursprünglich dem Verkäufer zur widmungskonformen Bebauung übertragen hätte. Insofern gilt das zum Wiederkaufs- und zum limitierten Vorkaufsrecht Gesagte.

#### 4.5. Überbindung an Rechtsnachfolger

§ 1a Abs 5 ordnet an, dass in den Vereinbarungen für den Fall der Weitergabe jener Grundflächen, auf die sich die Vereinbarungen beziehen, durch die Vertragspartner der Gemeinde an Dritte sicherzustellen ist, dass die von den Vertragspartnern übernommenen Leistungspflichten auf deren Rechtsnachfolger überbunden werden. Als Rechtsnachfolger gelten dabei insb auch Dritte, die an den vereinbarungsgegenständlichen Grundflächen längerfristige Nutzungsrechte wie Bau- oder Bestandsrechte erwerben.

Das Gesetz ordnet somit nicht bloß die Überbindung (diese wird vorausgesetzt), sondern gleichzeitig auch die Sicherstellung an, dass eine Überbindung auch tatsächlich erfolgt. Tatsächlich sichergestellt wäre eine Verpflichtung aber nur, wenn sie im Grundbuch eingetragen wäre, da dann ein Rechtsnachfolger jedenfalls daran gebunden wäre. Im Grundbuch lassen sich als Dienstbarkeiten aber nur Duldungs- oder Unterlassungspflichten einverleiben, nicht jedoch eine Pflicht zum aktiven Tun.<sup>51</sup> Ob eine Reallast zur Verdinglichung einer Bauverpflichtung geeignet und zulässig ist, ist fraglich, beziehen sich Reallasten doch typischerweise auf wiederkehrende Leistungen.<sup>52</sup> Nichts desto weniger hat die Rechtsprechung die Verdinglichung in Form einer Reallast zur Erbringung einer einmaligen Leistung bereits anerkannt, so insb die Verpflichtung zur Herstellung eines Wohnhauses.<sup>53</sup> Eine Vereinbarung

<sup>50</sup> Vgl unten Punkt D.4.6.

<sup>51</sup> §§ 472 iVm 482 ABGB; *Rassi in Kodek*, Grundbuchsrecht (2007) § 12 Rz 3.

<sup>52</sup> *Rassi*, Grundbuchsrecht (FN 51) § 12 Rz 30 ff.

<sup>53</sup> 6 Ob 259/64 = EvBl 1965/214; LG St. Pölten R 733/94 = NZ 1995, 116 (Verpflichtung zur Bauer- und Fertigstellung

zwischen Grundeigentümer und Gemeinde, die Ersteren zur Nutzung eines Grundstücks als Hauptwohnsitz oder zu touristischen Zwecken verpflichtet, begründet hingegen keine positive Leistungspflicht, die mit einer Reallast verdinglicht werden könnte.<sup>54</sup> Ein Beitrag zu Aufschließungskosten kann freilich ohne weiteres als Hypothek sichergestellt werden.<sup>55</sup>

Ob mit Leistungspflichten nur die Hauptleistungspflichten gemeint sind, oder aber auch zB eine unter bestimmten Bedingungen zu leistende Konventionalstrafe, geht aus dem Gesetz nicht hervor. Eine als selbständige Nebenleistungspflicht zu betrachtende Konventionalstrafe, die Surrogat für die nicht erfüllte Bauverpflichtung ist, ist von der Sicherstellungspflicht aber wohl umfasst. Eine grundbücherliche Sicherstellung in Form einer Hypothek kommt auch für die Konventionalstrafe in Betracht.

Kann die Bauverpflichtung aus rechtlichen Gründen dinglich nicht sichergestellt werden, ist der Grundeigentümer vertraglich zu verpflichten, die ihn treffende(n) Verpflichtung(en) auf seine(n) Einzelrechtsnachfolger zu überbinden und diesem die Verpflichtung aufzuerlegen, seinerseits die Bauverpflichtung seinen Einzelrechtsnachfolger(n) zu überbinden und so weiter.

Im Zusammenhang mit der Überbindung der Verpflichtungen können sich Einzelfragen ergeben. So muss die vom Käufer übernommene Bauverpflichtung für diesen ebenfalls verhältnismäßig sein. Wenn etwa die Bebauungsfrist für den ersten Eigentümer zum Verkaufszeitpunkt bereits zur Hälfte verstrichen ist, wird es für den Käufer uU nicht sachgerecht bzw gleichheitswidrig sein, wenn diesem nur mehr die verbleibende Hälfte der ursprünglichen Bebauungsfrist zur Verfügung steht, sodass die Bebauungsfrist in Abstimmung mit der Gemeinde anzupassen sein wird. Bei der Überbindung von Konventionalstrafen könnte sich ebenfalls Anpassungsbedarf aufgrund der Situation des Rechtsnachfolgers ergeben. Ferner soll für den Rechtsnachfolger auch dann die Konventionalstrafe gelten, wenn der Rechtsvorgänger diese bereits verwirkt hat, ansonsten die Konventionalstrafe Gefahr läuft, zu einer einmaligen „Vertragsraumordnungssteuer“ zu werden.

§ 1a Abs 5 ordnet außerdem an, dass nicht nur Rechtsnachfolger im Eigentum als Rechtsnachfolger iSd Bestimmung gelten, sondern auch Dritte, die an den vereinbarungsgegenständlichen Grundflächen längerfristige Nutzungsrechte wie Bau- oder Bestandsrechte erwerben. Damit sollen augenscheinlich Umgehungsstrukturen verhindert werden. Genannt sind ausdrücklich Bau- und Bestandsrechte, daneben kommen wohl jedenfalls auch Dienstbarkeiten in Betracht. Wann

diese als „längerfristig“ zu gelten haben, erschließt sich weder aus dem Gesetz noch aus den Materialien, weshalb die Regelung ihrem Zweck nach ausgelegt werden muss. Aufgrund der ausdrücklichen Nennung des Baurechts könnte geschlossen werden, dass ein Zeitraum von zumindest 10 Jahren vorliegen muss, da ein Baurecht auf nicht weniger als 10 Jahre vereinbart werden kann. Dies würde dem Zweck der Regelung aber nicht gerecht werden, da es einerseits rechtliche Konstruktionen gibt, die keine Befristung aufweisen, aber dennoch de facto nicht kündbar sind (etwa wenn der Vermieter auf sein Kündigungsrecht verzichtet), andererseits aber auch viel kürzere Zeiträume als Bebauungsfrist oder relevanter Spekulationszeitraum auftreten können. Die Frage der „Längerfristigkeit“ ist daher eine Frage der Geeignetheit zur Umgehung. Der Wortlaut darf aber nicht gänzlich außer Betracht bleiben, weshalb es kein langfristiges Nutzungsrecht zu sein braucht, aber ganz kurze Nutzungsverträge nicht zur Rechtsnachfolgereigenschaft iSd Bestimmung führen.

#### 4.6. Veräußerungsverbot, Veräußerungsgebot, Preisfestsetzung durch die Gemeinde

Ein Veräußerungsverbot bewirkt, dass der Grundeigentümer sein Grundstück nicht bzw nur mit Zustimmung der Gemeinde an einen Dritten veräußern darf. Mangels der in § 364c ABGB erforderlichen verwandtschaftlichen Nahebeziehung kann ein Veräußerungsverbot zu Gunsten der Gemeinde nicht im Grundbuch eingetragen werden, sodass es nicht dinglich wirkt.

Mit einem Veräußerungsgebot verpflichtet sich der Grundeigentümer zumeist dazu, nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Bebauungsfrist, das Grundstück zu verkaufen bzw an einen bestimmten Dritten (zu einem vorbestimmten Preis) zu verkaufen.

Veräußerungsver- und -gebote sind idR unverhältnismäßig, da sie in nicht notwendiger Weise die Freiheit des Liegenschaftsverkehrs einschränken. Für die Zielerreichung, nämlich die widmungsgemäße Bebauung, kann es nicht darauf ankommen, welchen Verkaufspreis der Verkäufer erhält oder wer die Bauverpflichtung letztlich erfüllt, sondern nur, dass das Grundstück widmungsgemäß bebaut wird.<sup>56</sup> Selbst eine Einschränkung auf den Verkehrswert wäre nicht verhältnismäßig, da damit dem Grundeigentümer die Möglichkeit genommen würde, die Liegenschaft über dem Verkehrswert zu veräußern. Zur Zielerreichung reicht es, wenn der Verkäufer zur Überbindung der ihn treffenden Verpflichtung auf seine Rechtsnachfolger verpflichtet wird, was ohnehin zu einer Kaufpreisreduktion führen wird.

unter Hinweis auf ein „wichtiges wirtschaftliches Bedürfnis“); *Rassi*, Grundbuchsrecht (FN 51) § 12 Rz 34.

<sup>54</sup> RIS-Justiz RS0128562; 5 Ob 198/12x = JBl 2013, 237 (*Kleewein*).

<sup>55</sup> Die Übertragung der Verpflichtung auf den Rechtsnachfolger muss freilich gesondert erfolgen; vgl aber § 1408 ABGB.

<sup>56</sup> VfSlg 15.625/1999; *Dullinger*, Vertragsraumordnung (FN 32) 11; *Weber*, Tiroler Vertragsraum-(un-)ordnung, *ecollex* 2000, 162; *Kleewein*, Vertragsraumordnung (FN 4) 200 ff mwN; 7 Ob 2327/96y; 6 Ob 311/01f.

#### 4.7. Verzicht auf Rückwidmungsentschädigung

Ein Verzicht des Grundeigentümers auf Rückwidmungsentschädigung, etwa bei einer Rückwidmung in Grünland nach verstrichener Bebauungsfrist, wird als gröblich benachteiligend bzw sittenwidrig angesehen.<sup>57</sup>

### 5. Beteiligung an den Kosten der Infrastruktur

#### 5.1. Aufschließungsvertrag bei Aufschließung durch die Gemeinde

Bei Aufschließungsverträgen stehen die Geldleistung des Vertragspartners der Gemeinde und die vertraglich vereinbarten Aufschließungsleistungen der Gemeinde idR in einem synallagmatischen Verhältnis. Insofern bedeutet ein Aufschließungsvertrag aus rechtlicher Sicht eine Besserstellung des Grundeigentümers, da er Aufschließungsleistungen grundsätzlich durchsetzen kann, während er ansonsten kein subjektiv-öffentliches Recht auf Aufschließungsleistungen hat.<sup>58</sup> Die tatsächliche Durchsetzbarkeit hängt allerdings sehr stark von der konkreten vertraglichen Ausgestaltung ab.<sup>59</sup> IdR erwirbt der Vertragspartner der Gemeinde kein Eigentumsrecht an den hergestellten Infrastrukturen, wenn und weil diese regelmäßig nicht auf seinem Grund und Boden sondern im öffentlichen Gut errichtet werden und dem Gemeingebrauch gewidmet sind oder werden (etwa Gemeindestraßen). Unter Umständen hat die Gemeinde für die Bauleistungen ein Vergabeverfahren durchzuführen, was im Vergleich zur Direktvergabe zeitaufwendiger ist.

Beim Abschluss ist die Gemeinde stets an die Grundrechte, insb den Gleichheitssatz gebunden. Darüber hinaus besteht nach hA auch ein Kontrahierungszwang, da es sich bei Aufschließungsleistungen um Leistungen der Daseinsvorsorge handelt und die Gemeinde Monopolstellung hat.<sup>60</sup>

Bei der Frage der zulässigen Höhe der Aufschließungskosten ist zu unterscheiden: Schreibt das Gesetz im Falle der hoheitlichen Abgabenerhebung eine bestimmte Grenze fest, so ist eine über diese Grenze hinausgehende Vereinbarung teils nichtig.<sup>61</sup> Voraussetzung ist jedoch, dass sich aus der gesetzlichen Bestimmung die Gegenleistung genau bestimmen lässt, da sich ansonsten ein Vergleich zwischen der vertraglichen Leis-

tung und der hoheitlich vorzuschreibenden Leistung nicht ziehen lässt. Wenn sich auf Basis eines Vertrages Mehrleistungen der Gemeinde im Vergleich zur gesetzlichen Regelung ableiten lassen, ist auch die Vereinbarung einer entsprechend höheren Gegenleistung zulässig. In diesem Fall bzw generell bei Fehlen gesetzlich geregelter Beitragsgrenzen gilt, dass die von der Gemeinde zu erbringenden Leistungen (zB Straßen-, Kanal-, sonstige Leitungsherstellung) idR nicht ins Eigentum des Grundeigentümers übergehen, sondern dem Gemeingebrauch gewidmet werden, weshalb Leistungen uU von einer unbestimmten Anzahl von Nutznießern und nicht nur vom Grundeigentümer in Anspruch genommen werden können. Die zulässige Höhe des privatrechtlich vereinbarten Beitrages zu den Aufschließungskosten ist daher nicht mit den Errichtungskosten (oder einem Teil davon) anzusetzen, sondern muss sich an der Wertsteigerung der eigenen Liegenschaft, die Folge der Infrastrukturleistungen ist, orientieren.<sup>62</sup>

Aus verfassungsrechtlicher Sicht darf es aufgrund einer vertraglich vereinbarten Kostenbeitragspflicht zu Aufschließungsleistungen der Gemeinde zu keiner Doppelbelastung des Grundeigentümers kommen. Das bedeutet, dass bei hoheitlich vorgeschriebenen Beiträgen privatrechtlich vereinbarte oder schon geleistete Beiträge und bei privatrechtlich zu vereinbarenden Beiträgen die schon hoheitlich vorgeschriebenen Beiträge anzurechnen sind.<sup>63</sup> Eine solche Anrechnungspflicht ist den bereits erwähnten Bestimmungen § 51 und §§ 7 ff wv KanalG nicht zu entnehmen, weshalb diese in verfassungskonformer Weise so anzuwenden wären, dass Beträge aufgrund privatrechtlicher Vereinbarungen bei hoheitlicher Vorschreibung anzurechnen sind.

Die Kosten können, wie bereits oben unter Punkt 4.5. erwähnt, durch eine Hypothek sichergestellt werden. Auch Aufschließungsverträge sollten aufschiebend bedingt mit der erfolgten Baulandwidmung geschlossen werden, da ansonsten das Risiko der tatsächlich nicht erfolgenden Umwidmung der Grundstückseigentümer trägt.

#### 5.2. Verhältnis zu § 53 und § 54

§ 53 regelt die Verpflichtung der Anlieger zur Herstellung und Erhaltung von Straßen (sog „§53-Straßen“), § 54 die Verpflichtung des Eigentümers zur Gehsteigerstellung bei Neu-, Zu- oder Umbauten.

Fraglich könnte sein, ob es zulässig ist, Beitragsleistungen zum Bau von Straßen und Gehsteigen durch die Gemeinde, die vom Anwendungsbereich der §§ 53, 54 umfasst sind, zum Inhalt von Aufschließungsverträgen zu machen, da hier der Eigentümer nicht Anliegerleistungen in Geld sondern die Herstellung selbst schuldet.

Im Anwendungsbereich der sog § 53-Straßen ist ein Aufschließungsvertrag mE solange zulässig, solange die

<sup>57</sup> Kleewein, Privatrechtliche Verträge (FN 4) 16; ders, Vertragsraumordnung (FN 4) 192 ff; Dullinger, Vertragsraumordnung (FN 32) 11.

<sup>58</sup> Siehe oben Punkt C.2.

<sup>59</sup> Leistungspflichten und -fristen der Gemeinde müssen ausreichend bestimmt umschrieben werden; wenn mehrere Grundeigentümer Vertragspartner der Gemeinde für dieselbe Infrastrukturleistung sind (zB Verlegung eines Kanals), wäre vorteilhaft, wenn jeder einzelne Anspruch auf die Erbringung der gesamten Leistung und nicht nur die ihn betreffenden Teilleistung, etwa nur für das entlang seiner Grundstücksgrenze verlaufende Kanalrohr, hat.

<sup>60</sup> Kleewein, Vertragsraumordnung (FN 4) 303 mwN.

<sup>61</sup> Vgl Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.02, § 917a Rz 5.

<sup>62</sup> Kleewein, Vertragsraumordnung (FN 4) 305 mwN; ders, Instrumente der Raumordnung (FN 4) 89.

<sup>63</sup> VfSlg 13.310/1992.

Behörde noch keinen die Straßenbauverpflichtung konkretisierenden Bescheid erlassen hat. Dies ergibt sich bereits aus Abs 2 leg cit, aus dem hervorgeht, dass die Gemeinde trotz Anordnung im Bebauungsplan, die Verpflichtung des Eigentümers zur Straßenherstellung übernehmen kann.

Im Anwendungsbereich der Verpflichtung zur Gehsteigerstellung gemäß § 54 bietet lediglich Abs 5 erster Satz leg cit einen Anhaltspunkt zur privatrechtlichen Regelung. Dieser sieht vor, dass aus verkehrs- oder bautechnischen Gründen die Gemeinde den Gehsteig (vorzeitig) selbst herstellen kann und der Eigentümer zum Kostenersatz zu verpflichten ist.

Die Verpflichtung zur Gehsteigerstellung setzt allerdings erst bei Herstellung eines Neu-, Zu- oder Umbaus oder einer fundierten Einfriedung an einer Baulinie ein (Abs 1 leg cit), sodass vor diesem Zeitpunkt einer privatrechtlichen Vereinbarung nichts im Wege steht. Ist der Gehsteig bei Eintreten der Verpflichtung zur Gehsteigerstellung bereits hergestellt, gilt die Verpflichtung als erfüllt (Abs 8 leg cit).

### 5.3. Verpflichtung zur Aufschließung auf eigenem Grund

Es sind auch Konstellationen denkbar, bei denen die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Umwidmung in Bauland deshalb nicht gegeben sind, weil das Grundstück selbst die dafür erforderliche Eignung nicht aufweist, etwa weil es in einem Hochwasserschutzgebiet liegt oder kontaminiert ist. Wenn sich solche Umwidmungshindernisse beseitigen lassen (bei Hochwassergefahr etwa durch Bau entsprechender Schutzvorrichtungen), kann über die zur Umwidmung in Bauland (oder über die zur Verhinderung einer Rückwidmung in Grünland) erforderlichen Maßnahmen mit der Gemeinde ein Vertrag geschlossen werden. Wie auch bei den Verwendungsverträgen gilt bei solchen Aufschließungsverträgen das Koppelungsverbot.<sup>64</sup> Wenn der Aufschließungsvertrag die Schaffung der gesetzlichen Voraussetzungen einer Umwidmung in Bauland (oder die Verhinderung einer Rückwidmung in Grünland) zum Ziel hat, ist eine Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung, wonach der Vertrag erst wirksam wer-

den soll, wenn die Baulandwidmung erfolgt, nicht zielführend.

Um sich dem Problem zu nähern, ist erneut festzuhalten, dass sich die Gemeinde Wien privatrechtlich nicht wirksam dazu verpflichten kann, ein bestimmtes Grundstück in Bauland umzuwidmen (oder eine Rückwidmung zu unterlassen), da Hoheitsakte nicht zum Inhalt privatrechtlicher Verpflichtungen gemacht werden können.<sup>65</sup> Der Grundeigentümer hat daher jedenfalls keinen durchsetzbaren Anspruch gegenüber der Gemeinde auf Umwidmung in Bauland. Aus diesem Grund wären auch Vertragsstrafen oä, die an die nicht erfolgende Umwidmung in Bauland geknüpft sind, unwirksam. Zudem beschreibt die wr BauO die Voraussetzungen für eine Umwidmung nur sehr allgemein. So dürfen Abänderungen des Flächenwidmungs- und Bebauungsplans „nur aus wichtigen Rücksichten“ vorgenommen werden. Diese wichtigen Rücksichten sind nachfolgend nur demonstrativ und allgemein beschrieben.<sup>66</sup> Bestimmte und konkret bezeichnete Erschließungs- oder Aufschließungsparameter oder konkrete Baulandwidmungshindernisse, die für eine Umwidmung nicht bestehen dürfen, sind aus dem Gesetz nicht ableitbar, sodass sich zusätzlich zur privatrechtlichen Undurchsetzbarkeit einer Umwidmung das Risiko der Frustration der getätigten Aufwendungen gesellt, wenn diese letztendlich überhaupt nicht tauglich waren, die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Umwidmung in Bauland zu schaffen. Der Umstand, dass sich die Umwidmungsvoraussetzungen nicht eindeutig aus dem Gesetz ableiten lassen, ist der (notwendigen) finalen Programmierung der Raumordnungsgesetze geschuldet, erweist sich aber gerade deshalb als potentielles Risiko für den Grundeigentümer.

Die bestehenden Risiken lassen sich nur dadurch beschränkt eingrenzen, dass der Grundeigentümer gemeinsam mit der Gemeinde Wien jene durchzuführenden Maßnahmen erarbeitet und exakt vertraglich beschreibt und festhält, die aus Sicht der Gemeinde noch durchgeführt werden müssen, um alle aus Sicht der Gemeinde bestehenden gesetzlichen Umwidmungshindernisse zu beseitigen. Auf diese Weise kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass sich nachträglich herausstellt, dass die Maßnahmen für eine Umwidmung gar nicht erforderlich oder überhaupt ungeeignet waren, es ist dadurch aber der Grundstein für eine Vertrauensschadenshaftung der Gemeinde aufgrund eines Aufklärungsmangels gelegt: Klären die für die Gemeinde Wien tätig gewordenen Personen unrichtig über die erforderlichen Maßnahmen zur Baureifmachung auf, so haftet die Gemeinde Wien für jene Aufwendungen, die bei richtiger Aufklärung nicht getätigt worden wären.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> § 1a Abs 3; vgl oben Punkt D.2.; Eisenberger/Steineder, Privatrechtliche Vereinbarungen mit der Gemeinde zur Beseitigung von Umwidmungshindernissen, bbl 2011, 157, gehen davon aus, dass in diesem Fall das dem Koppelungsverbot immanente Schutzbedürfnis nicht besteht, da die Maßnahmen ja erst die gesetzlichen Voraussetzungen für die Umwidmung schaffen. Dem ist nicht zuzustimmen. Gerade bei Verträgen, bei denen der Eigentümer in Vorleistung zu treten hat, damit die Gemeinde eine bestimmte, rechtlich nicht durchsetzbare Handlung tätigt oder unterlässt, ist Willkür Tür und Tor geöffnet und kann die Gemeinde Baumaßnahmen in unsachlicher bzw überschießender Weise verlangen und dafür das Druckmittel der ansonsten nicht erfolgenden Umwidmung (oder erfolgenden Rückwidmung) einsetzen.

<sup>65</sup> Vgl oben Punkt D.3.

<sup>66</sup> Vgl § 1 Abs 2 dritter u vierter Satz.

<sup>67</sup> Als vertraglicher Schadenersatzanspruch handelt es sich dabei um keinen Anspruch nach dem AHG (Mader in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> (2006) Vor § 1 AHG Rz 29); Kleewein, Vertragsraumordnung (FN 4) 385 ff.

Das Risiko der (schuldlosen) Unvollständigkeit der Angaben der Gemeinde kann nur bedingt abgedeckt werden: Wenn sich nach Durchführung der von der Gemeinde als erforderlich beschriebenen Maßnahmen herausstellt, dass noch weitere Maßnahmen notwendig sind, die von Anfang an notwendig gewesen wären, die Gemeinde dies aber nicht erkennen konnte, handelt es sich bei den Kosten dieser ergänzenden Maßnahmen um nicht ersatzfähige So-wiesokosten. Allenfalls kommt eine Irrtumsanfechtung des Vertrages in Betracht<sup>68</sup>, wenn der Grundeigentümer bei Kenntnis des tatsächlich erforderlichen Kostenaufwandes zur Baureifmachung den Vertrag gar nicht geschlossen hätte. Eine Rückabwicklung aufgrund einer irrtrumsrechtlichen Vertragsaufhebung führt jedoch zu keinem befriedigendem Ergebnis, wenn es seitens der Gemeinde keine Leistung gibt, die diese zurückzustellen verpflichtet ist, so dass der Grundeigentümer die bisher aufgewendeten Kosten endgültig zu tragen hätte.

Schließlich besteht auch immer das Risiko, dass der Gemeinderat die Umwidmung, dh die Ausweisung der Baulandwidmung im Flächenwidmungsplan (willkürlich) nicht durchführt. Auch dieses Risiko kann nur schwerlich abgedeckt werden, da auf die Erlassung oder Änderung des Flächenwidmungs- und Bebauungsplans kein Rechtsanspruch besteht.<sup>69</sup> Eine Untätigkeit des Verordnungsgebers könnte beim VfGH nur im Rahmen eines Antrages auf Erteilung einer Baubewilligung (welches aufgrund der nicht erfolgten Baulandwidmung scheitert) geltend gemacht werden. Selbst der VfGH könnte, wenn materiell eine Verfassungswidrigkeit vorliegen sollte, die bestehende Verordnung (das entsprechende Plandokument) aber nur aufheben, nicht aber eine Baulandwidmung festlegen.<sup>70</sup> Die Geltendmachung eines Amtshaftungsanspruches wegen unterbliebener, aber gebotener Änderung des Flächenwidmungs- und Bebauungsplans ist zwar denkbar<sup>71</sup>, aber fraglich, da eben keine gesetzliche Verpflichtung zur Erlassung des Flächenwidmungs- und Bebauungsplans mit der gewünschten Baulandwidmung besteht.<sup>72</sup>

### E. Formvorschriften und Rechtsfolgen von Formverstößen

Gemäß § 1a Abs 4 sind die „Inhalte der Vereinbarungen“ schriftlich festzuhalten. Inhalte der Vereinbarung ist mE eine umständliche Umschreibung für die Vereinbarung selbst, die aus deren Inhalten besteht. Von § 1a

<sup>68</sup> Nach neuerer Rsp gilt § 871 auch bei unentgeltlichen Geschäften (*Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.01 § 871 Rz 3 mwN). Unabhängig davon wird idR aber ohnehin ein entgeltlicher Vertrag vorliegen (vgl FN 33).

<sup>69</sup> *Moritz*, BauO Wien<sup>5</sup> (2014) 23.

<sup>70</sup> Dies führt zur Frage, was gilt, wenn der Verfassungsgerichtshof eine Widmung aufhebt – vgl dazu *Trapichler*, Befristete Baulandwidmung, (FN 1) 16 („Theorie vom weißen Fleck“).

<sup>71</sup> Verordnungserlassung ist stets hoheitliche Vollziehung und nicht Gesetzgebung (*Mader*, ABGB (FN 67) § 1 AHG Rz 27).

<sup>72</sup> *Mader*, ABGB (FN 67) § 1 AHG Rz 33, 57 jeweils mwN.

Abs 4 abgesehen sieht die wr Stadtverfassung ein allgemeines Schriftlichkeitsgebot vor.<sup>73</sup>

Schriftlichkeit bedeutet gemäß § 886 ABGB Unterschriftlichkeit. Jedes Formgebot ist auf seinen Zweck zu prüfen, wenn seine Reichweite in Frage steht.<sup>74</sup> Welcher Formzweck bei diesem Schriftlichkeitsgebot im Vordergrund steht ist in den Materialien nicht dokumentiert. Beweis- und Dokumentationszwecke sind mE die nahe-liegendsten Formzwecke. Die Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Form begründet grundsätzlich Nichtigkeit, ist aber idR durch Erfüllung heilbar.<sup>75</sup>

### F. Raumordnungsrechtliche Verträge und Vergaberecht

Baulandsicherungsverträge und Kaufverträge, mit denen eine Gemeinde ein gemeindeeigenes Grundstück verkauft, können unter bestimmten Voraussetzungen als Bauaufträge der Ausschreibungspflicht des Vergaberechts unterliegen.<sup>76</sup>

Verkaufsvorgänge unterliegen grundsätzlich nicht dem Vergaberecht.<sup>77</sup> Gemäß § 4 Z 3 BVergG 2006 unterliegen aber entgeltliche Bauaufträge dem Vergaberecht, bei denen Dritte die Bauleistung gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen erbringen, gleichgültig mit welchen Mitteln dies erfolgt. Wenn eine Gemeinde nun eine Liegenschaft veräußert und sich der Erwerber gleichzeitig mit dem Erwerb verpflichtet, die Liegenschaft einer bestimmten Nutzung (etwa die Errichtung eines Bauwerks) zuzuführen, so führt dies uU zur Ausschreibungspflicht.<sup>78</sup>

Ein Beispiel: *Die Stadt Wien ist Eigentümerin eines Grundstückes und möchte auf diesem Grundstück eine Wohnhausanlage errichten. Sie will das aber nicht selbst tun, sondern verkauft das Grundstück einer privaten Bau-träger-gesellschaft, die sich im Kaufvertrag dazu verpflichtet, das Grundstück entsprechend den Vorstellungen der Stadt Wien als Wohnhausanlage zu errichten und als solche zu nutzen.*

Es liegt in Wahrheit kein Verkaufs-, sondern ein Beschaffungsvorgang vor.

Der EuGH hat in ähnlich gelagerten Fällen in mehreren Entscheidungen<sup>79</sup> Kriterien herausgearbeitet,

<sup>73</sup> Vgl §§ 9 Abs 1, 90 Abs 3 WStV LGBl Nr 11/1970 idF LGBl Nr 50/2013.

<sup>74</sup> *Rummel*, ABGB (FN 17) § 886 Rz 8.

<sup>75</sup> *Rummel*, ABGB (FN 17) § 886 Rz 14.

<sup>76</sup> Den Stand der Rsp zusammenfassend *Hamerl*, Immobiliendevelopment und Grundstücksverkauf im Griff des Vergaberechts, ZVB 2010/53.

<sup>77</sup> EuGH 25.3.2010, Rs C-451/08, *Müller*, Rn 41.

<sup>78</sup> *Hamerl*, Immobiliendevelopment (FN 76) 53; auf Basis des Urteils des EuGH 25.3.2010, Rs C-451/08, *Müller*: *Bayrisches Staatsministerium des Innern*, Anwendung des Vergaberechts bei kommunalen Grundstücksgeschäften, 2010; *Fuchs/Müller*, Kommunale Immobiliengeschäfte am Prüfstand des Vergaberechts, RFG 2011/37.

<sup>79</sup> Insb EuGH 18.1.2007, Rs C-220/05, *Auroux*; EuGH 29.10.2009, Rs C-536/07, *Messehallen Köln*; EuGH 25.3.2010, Rs C-451/08, *Müller*.

bei deren Vorliegen von einem ausschreibungspflichtigen Bauauftrag bzw von einer Baukonzession auszugehen ist. Das Vergaberecht ist demnach anwendbar, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

- a) Vertrag über Erbringung einer einklagbaren Bauleistung durch den Auftragnehmer,
- b) nach den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen,
- c) Gegenleistung durch den Auftraggeber,
- d) unmittelbares wirtschaftliches Interesse des Auftraggebers an der Bauleistung.

Zu a) Wann eine Bauleistung als einklagbar zu beurteilen ist, ließ der EuGH offen. Strittig ist etwa, ob bereits die Vereinbarung einer Konventionalstrafe bei Nichterfüllung der Bauverpflichtung das Kriterium der Einklagbarkeit erfüllt.<sup>80</sup> Ein bloßes Rücktritts- oder Wiederkaufsrecht bei Nichterfüllung der Bauverpflichtung reicht aber nicht aus, um die Bauverpflichtung als „einklagbar“ zu beurteilen.

Zu b) Der Auftraggeber, also die Gemeinde Wien, muss Maßnahmen ergriffen haben, um die Merkmale der Bauleistung zu definieren, oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf die Konzeption haben.<sup>81</sup> Die Lehre spricht vom „Auftreten wie ein Bauherr“.<sup>82</sup> Wenn der Auftraggeber etwa von mehreren Konzepten eines auswählt, oder detaillierte Vorgaben zu Wohnungsgrößen erteilt, ist diese Voraussetzung erfüllt. Der bloße Umstand, dass eine Behörde in Ausübung ihrer städtebaulichen Regelungszuständigkeiten bestimmte, ihr vorgelegte Baupläne prüft oder eine Entscheidung in Anwendung von Zuständigkeiten in diesem Bereich trifft, also etwa eine Baubewilligung erteilt oder eine Umwidmung in Bauland vornimmt, genügt nicht der Voraussetzung der Erbringung „gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen“ iSd § 4 Z 4 BVerfG 2006.<sup>83</sup>

Zu c) Gegenleistung ist nicht schon der Verkauf der Liegenschaft selbst. Gegenleistung liegt aber bereits dann vor, wenn die Liegenschaft unter Marktpreis verkauft wurde oder Baukostenzuschüsse udgl gewährt

werden. Auch die Verpflichtung der Gemeinde, nach Fertigstellung Flächen anzumieten, ist Gegenleistung.<sup>84</sup>

Zu d) Wenn sich der Auftraggeber finanziell am Bau beteiligt (siehe c), liegt darin idR bereits das unmittelbare wirtschaftliche Interesse. Ferner besteht dann ein wirtschaftliches Interesse, wenn der Auftraggeber relevante wirtschaftliche Risiken übernimmt (zB die Übernahme einer Vermietungsgarantie oä) oder einen wirtschaftlichen Vorteil aus der Nutzung ziehen kann (etwa eine Anmietung). Auch die Nutzung durch die Allgemeinheit, zB bei einem Parkhaus, stellt ein wirtschaftliches Interesse der Gemeinde iSd der Kasuistik des EuGH dar.

## G. Resümee

Nachdem bereits alle übrigen Bundesländer Möglichkeiten der Vertragsraumordnung vorsehen, ist auch der Wiener Landesgesetzgeber nachgezogen und hat mit dem § 1a die gesetzliche Grundlage zur Vertragsraumordnung geschaffen. Damit wurde der Stadt Wien sowie der Immobilienwirtschaft ein flexibles Instrumentarium zur Baulandsicherung an die Hand gegeben, da die Regelung in ihrem Anwendungsbereich weit und nicht auf bestimmte, im Bereich der Vertragsraumordnung vorkommende Vertragstypen, beschränkt ist. Jeder Vertragsinhalt, der geeignet ist, die gesetzlichen Planungsziele zu unterstützen, sowie Verträge über die Beteiligung an Infrastrukturkosten, sind – jeweils innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen – zulässig. Klarstellend ordnet das Gesetz an, dass die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte der Grundeigentümer zu wahren sind und dass die Festsetzung oder Abänderung eines Flächenwidmungs- und Bebauungsplans nicht vom Abschluss einer solchen Vereinbarung abhängig gemacht werden darf („Koppelungsverbot“). Die Verträge müssen überdies bestimmte Mindestinhalte aufweisen und bedürfen der Schriftform. Die Leistungspflichten des Vertragspartners der Gemeinde sind sicherzustellen. Weiters ist durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die Leistungspflichten des Grundeigentümers an seine Rechtsnachfolger, wozu auch längerfristige Nutzungsberechtigte zählen, überbunden werden. Verkauft die Gemeinde Wien Grundstücke mit gleichzeitiger Vereinbarung einer Bauverpflichtung, kann dies als ausschreibungspflichtiger Bauauftrag dem Vergaberecht unterliegen.

<sup>80</sup> Fuchs/Müller, Kommunale Immobiliengeschäfte (FN 78) 37.

<sup>81</sup> EuGH 25.3.2010, Rs C-451/08, Müller, Rn 67.

<sup>82</sup> Fuchs/Müller, Kommunale Immobiliengeschäfte (FN 78) 37.

<sup>83</sup> EuGH 25.3.2010, Rs C-451/08, Müller, Rn 68.

<sup>84</sup> EuGH 29.10.2009, Rs C-536/07, Messehallen Köln.

**Mag. Martin Trapichler** ist Rechtsanwalt in Wien mit Schwerpunkt Immobilien- und Bauvertragsrecht.

**Publikationen:** Verfasser von wissenschaftlichen Beiträgen zum Miet- und Wohnrecht, Bauvertragsrecht und Architektenrecht, zuletzt: Innenarchitektur als Werk der Baukunst, ip competence 2014 Vol. 11, 44 f; Rechtsfolgen falscher Angaben des Mieters beim Mietvertragsabschluss, immolex 2014, S 310.

**Korrespondenz:** RA Ing. Mag. Martin Trapichler, Gauer mann gasse 2-4, 1010 Wien, +43 (1) 40 440 5150, E-Mail: martin.trapichler@cms-rrh.com