



# APPELHAGEN

Appelhagen · Postfach 3161 · 38021 Braunschweig

Berg- und Universitätsstadt Clausthal-  
Zellerfeld  
Postfach 10 52  
38668 Clausthal-Zellerfeld

Dipl.-Verwaltungswirtin (FH)  
Ilka Michos  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Verwaltungs-  
recht

Telefon 05 31-28 20-5 37  
Telefax 05 31-28 20-6 95  
michos@appelhagen.de

Sekretariat  
Theresa Wilke  
Telefon 05 31-28 20-6 67  
Telefax 05 31-28 20-6 95  
wilke@appelhagen.de

10. April 2019

Verkauf der Restflächen der Alten Torfhausstraße an die Torfhaus Resort GmbH  
Ihr Zeichen: 3.66  
**Unser Zeichen: 37006/19 – Mi/wi**

Sehr geehrter Herr Gerstenberg,

wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 14.02.2019 sowie die am 14.01. und 05.03.2019  
geführten Telefonate. Sie baten um Prüfung verschiedener Fragen im Zusammenhang mit  
der Einziehung und dem Verkauf der Alten Torfhausstraße. Diese beantworten wir nach-  
folgend.

## Ergebnis:

- Die Einziehung der Alten Torfhausstraße dürfte rechtmäßig gewesen sein. Jedenfalls ist sie rechtswirksam, weil die Einziehung bestandskräftig ist (dazu nachfolgend 1.).
- Die Veräußerung der Straße muss nicht öffentlich ausgeschrieben werden (dazu 2. a.).
- Die Veräußerung zum Verkehrswert entspricht den Vorgaben des § 125 NKomVG (dazu nachfolgend 2. b.).
- Bei einer Veräußerung zum Verkehrswert liegt keine Beihilfe i. S. d. Unionsrechts vor (dazu nachfolgend 2.c.).
- Wahrscheinlich sind Berechtigungen Dritter noch ergänzend zu sichern. Das gilt insbesondere für die Sicherung der Alten Torfhausstraße als Wanderweg. Des Weiteren

# APPELHAGEN

dürfte noch eine Baulasteintragung zu Lasten der "Alten Torfhausstraße" für die Flurstücke 1/150 und 1/60 erforderlich sein. Die durch Baulast gesicherten Zufahrts- und Leitungsrechte sollten durch Grunddienstbarkeiten ergänzt werden, die die Bedingungen der Rechtseinräumung klar regeln (insbesondere Unterhaltung, Instandsetzung und gegebenenfalls Erneuerung der Wegerechtsflächen sowie Straßenreinigung und Winterdienst; dazu nachfolgend 3.).

Im Einzelnen:

Bezüglich des Sachverhaltes verweisen wir auf Ihr Schreiben vom 14.02.2019 sowie die uns überlassenen Unterlagen. Soweit erforderlich, gehen wir hierauf im Rahmen der rechtlichen Würdigung ein.

## **1. Rechtmäßigkeit der Einziehung?**

### **a. Voraussetzungen des § 8 NStrG**

Gemäß § 8 Abs. 1 NStrG soll eine Straße eingezogen werden, wenn sie keine Verkehrsbedeutung mehr hat oder überwiegende Gründe des öffentlichen Wohls für ihre Beseitigung vorliegen.

In der Beschlussvorlage 84/2017 führen Sie als Gründe für die Einziehung aus, dass diese aufgrund der Erweiterung der Hotel- und Ferienhausanlage durch die Torfhaus Harzresort GmbH nicht mehr für den öffentlichen Verkehr genutzt werden soll. Durch das beabsichtigte Vorhaben werde eine attraktive Nutzungserweiterung geschaffen. Für die touristische Entwicklung sei die Einziehung förderlich. Des Weiteren besitze die Straße keine überwiegende öffentliche Verkehrsbedeutung.

Der Einziehungsgrund, dass die Straße keine Verkehrsbedeutung mehr hat, dürfte nicht vorliegen. In die Prüfung dieser Voraussetzung sind sämtliche Benutzerarten, Benutzungszwecke, Benutzerkreise und Benutzerzeiten einzubeziehen. In der Rechtsprechung wird angenommen, dass eine Volleinziehung unterbleiben müsse, wenn die Straße noch für Anlieger eine Verkehrsbedeutung hätte.

# APPELHAGEN

Eine Einziehung kann alternativ mit überwiegenden Gründen des öffentlichen Wohls gerechtfertigt werden. Der Gemeinde steht hierbei ein planerischer Spielraum zu (Nds. OVG, Urt. v. 18.07.2006, Az. 12 LB 116/06, juris Rn. 49). Nach der Rechtsprechung kann zu den Gründen des öffentlichen Wohls auch das Ziel gehören, das Wohnumfeld zu verbessern, insbesondere durch Vermeidung von Lärm und Abgasen; des Weiteren Maßnahmen zur Verkehrsberuhigung oder zur Erhöhung der Attraktivität bestimmter Gebiete.

Das Fernhalten des öffentlichen Verkehrs von der Alten Torfhausstraße zur Steigerung der Attraktivität der Hotel- und Ferienhausanlage und zur Verkehrsberuhigung ist daher grundsätzlich ein legitimer öffentlicher Zweck. Möglicherweise wäre hierfür auch eine Teileinziehung der Straße mit der Beschränkung der Widmung auf bestimmte Benutzungsarten oder Benutzerkreise ausreichend gewesen. Im Hinblick auf die Bestandskraft der Entscheidung würden wir das dahinstehend lassen.

Liegen Gründe des öffentlichen Wohls für eine Einziehung vor, ist bei Straßen mit Erschließungsfunktion eine Abwägung mit den Belangen der Eigentümer vorzunehmen. Mit diesen Belangen haben Sie sich ausgiebig auseinandergesetzt und alternative Sicherungsmittel für die Erschließung geprüft und weitgehend eingeräumt. Der NDR hat seine geäußerten Bedenken im Verfahren zurückgezogen. Keiner der Anlieger hat gegen die am 30.09.2017 bekanntgemachte Einziehung Klage eingelegt. Die Einziehung ist daher bestandskräftig. Sie entfaltet ihre rechtlichen Wirkungen auch dann, wenn sie rechtswidrig sein sollte. Ein offensichtlicher Grund für eine Nichtigkeit liegt nicht vor.

## **b. Festsetzungen des Bebauungsplanes**

Nach unserer Bewertung stand der Einziehung auch nicht die Ausweisung von Straßenverkehrsflächen im Bebauungsplan entgegen. In dem uns vorliegenden Auszug der 3. Änderung des Bebauungsplanes Nr. 11/1 "Torfhaus" vom 29.07.2015 ist die Fläche lediglich als Straßenverkehrsfläche festgesetzt. Der Bebauungsplan enthält keine Vorgabe, ob die Verkehrsfläche öffentlich sein muss oder nicht. Die Straßenverkehrsfläche kann nach dem Bebauungsplan auch privat sein.

# APPELHAGEN

Es besteht daher kein Anlass, an dieser Stelle der Frage nachzugehen, ob die Festsetzung einer **öffentlichen** Verkehrsfläche in einem Bebauungsplan der Einziehung einer Straße entgegenstünde.

Die Frage der Erschließungspflicht aufgrund der Festsetzungen des Bebauungsplanes stellt sich nach unserer Bewertung nicht, weil eine Straße, die eine ordnungsgemäße Erschließung tatsächlich sicherstellt, hergestellt wurde und vorhanden ist.

Im Hinblick auf eventuelle Unterhaltungsverpflichtungen für bestehende Erschließungsanlagen regen wir an, zusätzlich zu den Baulasten für die begünstigten Grundstücke Dienstbarkeiten zu bestellen, soweit dies noch nicht geschehen ist. Wir verweisen diesbezüglich auf die E-Mails von Herrn Rechtsanwalt Dr. Grages vom 28.02.2017 und 17.04.2017.

In den Dienstbarkeiten bzw. den zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vereinbarungen sollten die Bedingungen der Rechtseinräumungen (insbesondere Unterhaltung, Instandsetzung und gegebenenfalls Erneuerung der Wegerechtsfläche, Verkehrssicherungspflicht, Winterdienst) geregelt werden. Wir gehen davon aus, dass dies erfolgt ist. Andernfalls sollte dies nachgeholt werden. Dabei wäre zu berücksichtigen, dass nicht mehr die gesamte Straßenfläche im Eigentum der Bergstadt Clausthal-Zellerfeld steht, sondern Teilstücke bereits verkauft wurden (dazu nachfolgend 3.).

## **2. Verkauf gemeindlicher Grundstücke – zu beachtende Vorgaben**

### **a. Vergaberecht**

Die Veräußerung der Straßenfläche ohne Bauverpflichtung ist nicht vergabepflichtig.

Nach den Kernaussagen des EuGH in seiner Entscheidung vom 25.03.2010 (C-451/08; "Wildeshausen") stellt der Verkauf eines unbebauten oder bebauten Grundstücks durch die Gemeinde in der Regel keine ausschreibungspflichtige Vergabe dar. Eine Ausschreibungspflicht kann erst entstehen, wenn weitere Umstände hinzutreten.

# APPELHAGEN

Werden zusätzliche Vereinbarungen getroffen, die sich auf Bauleistungen beziehen, ist zu prüfen, ob ein Bauauftrag vorliegt. Das setzt kumulativ voraus:

- einklagbare Bauverpflichtung
- unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Gemeinde an der Bauleistung
- maßgeblicher Einfluss des Auftraggebers auf die Bauleistung und
- Gegenleistungspflicht

Vorliegend soll eine bereits hergestellte Straße verkauft werden. Der Erwerber hat die Straße bereits vor Abschluss des beabsichtigten Kaufvertrages auf seine Kosten erneuert. Es fehlt daher bereits an einer (zukünftigen) Bauverpflichtung.

Sollte im Vertrag der Erwerber verpflichtet werden, die Straße den durch Baulast und Dienstbarkeit Begünstigten weiterhin zur Verfügung zu stellen und die Straße ordnungsgemäß zu unterhalten, würde dies ebenfalls keine einklagbare Bauverpflichtung darstellen, die eine Ausschreibungspflicht nach sich zieht.

## **b. § 125 NKomVG**

Bei der Veräußerung gemeindlicher Grundstücke ist § 125 Abs. 1 NKomVG zu beachten. Danach dürfen Kommunen Vermögensgegenstände nur zu ihrem vollen Wert veräußern. Unter vollem Wert ist bei Grundstücken regelmäßig der Verkehrswert zu verstehen. Am sichersten wird dieser durch Einholung eines Verkehrswertgutachtens ermittelt. Sofern Vergleichspreise für die Veräußerung von Straßenflächen bekannt sind, könnten Sie sich hieran – im Hinblick auf die eher kleine Verkaufsfläche - orientieren.

Abgesehen davon beabsichtigen Sie den Verkauf zu einem Preis, der vermutlich über dem Verkehrswert liegt. Das ist grundsätzlich zulässig. Zu beachten sind die zivilrechtlichen Grenzen der Kaufpreisgestaltung, insbesondere § 138 Abs. 1 BGB (Sittenwidrigkeit).

Des Weiteren dürfen Kommunen gemäß § 125 Abs. 1 NKomVG Vermögensgegenstände nur veräußern, wenn sie diese zur Erfüllung ihrer Aufgaben in absehbarer Zeit nicht benötigen. Mit der bestandskräftigen Einziehungsverfügung haben Sie dokumentiert, dass die Straße nicht mehr für den öffentlichen Verkehr zur Verfügung stehen soll. Mit dem

# APPELHAGEN

Wegfall der Öffentlichkeit der Straße ist diese für die Wahrnehmung der Aufgaben der Gemeinde nicht mehr erforderlich.

## **c. EU-Beihilferecht**

Ist der Erwerber des Grundstücks unternehmerisch tätig, kann ein Verkauf unter Wert auch eine Beihilfe i. S. d. Unionsrechts darstellen. Dann liegt regelmäßig eine Begünstigung vor.

Nach den übermittelten Informationen gehen wir davon aus, dass Sie die Straße mindestens zum Verkehrswert, eher darüber hinaus veräußern möchten. In diesem Fall kann eine Begünstigung verneint werden.

## **3. Sicherung der Rechte Dritter**

Sie haben bereits im Juli 2017 die Eintragung von Zufahrts- und Leitungsbaulasten veranlasst und mit dem Landkreis Goslar geklärt, dass in diesem Fall die Erschließung der Grundstücke bauordnungsrechtlich weiterhin gesichert ist. Bei Durchsicht der Baulasteintragungen ist uns aufgefallen, dass die Zufahrts- und Leitungsbaulasten zu Lasten der Flurstücke der Alten Torfhausstraße nicht zugunsten der Flurstücke 1/150 und 1/60 eingetragen wurden. Diese Flurstücke liegen nicht unmittelbar an der Alten Torfhausstraße und benötigen daher für die Erschließung weitere Dienstbarkeiten anderer Grundstückseigentümer. Diese sollen vereinbart worden sein.

Unabhängig davon ist es aber auch für die Eigentümer diese Grundstücke erforderlich, zunächst zu den Grundstücken zu gelangen, die sie aufgrund der Dienstbarkeiten benutzen dürfen. Wir gehen davon aus, dass die Erschließung des Flurstücks 1/150 über das Flurstück 1/149 erfolgt. Zur Sicherung der Erschließung des Flurstücks 1/60 wurden Baulasten über die Flurstücke 1/156, 1/157 und 1/125 eingetragen. Um zu diesen Flurstücken zu gelangen, ist eine Benutzung der Alten Torfhausstraße erforderlich. Wir regen daher an, die Zufahrts- und Leitungsbaulasten für die Alte Torfhausstraße auf diese beiden Grundstücke zu erweitern.

# APPELHAGEN

Sie haben zwischenzeitlich mit Kaufvertrag vom 26.03.2018 des Notars Peter Pfeiffer aus Hildesheim eine Teilfläche der Alten Torfhausstraße an den Erwerber veräußert. Die noch im Eigentum der Bergstadt Clausthal-Zellerfeld befindlichen Flurstücke grenzen daher nicht unmittelbar an die Flurstücke 1/149 und 1/156 an. Wir vermuten, dass es zwischenzeitlich neue Flurstücksnummern für die Flurstücke der Alten Torfhausstraße gibt und die Baulastenblätter entsprechend fortgeführt wurden bzw. werden. Es wäre sicherzustellen, dass die Baulasten auch auf den Flurstücken eingetragen werden, die bereits an die Erwerberin veräußert wurden, sonst fehlt es an einer durchgängigen Zuwegung. In Ziffer IV. 5. des Kaufvertrages hat sich die Käuferin damit einverstanden erklärt, im Bedarfsfall Zuwegungsbaulasten zugunsten von Hinterliegergrundstücken zuzulassen.

Des Weiteren sollten die Baulasten durch Dienstbarkeiten ergänzt werden. Darauf hatte bereits Herr Rechtsanwalt Dr. Grages in seinen oben genannten E-Mails hingewiesen. Grund ist, dass die Eintragung einer Baulast den Begünstigten nicht dazu berechtigt, das andere Grundstück unentgeltlich zu benutzen. Zivilrechtlich kann der Eigentümer des Straßengrundstücks die Benutzung von der Zahlung eines Entgeltes und/oder der Beteiligung an Unterhaltungsaufwendungen abhängig machen. Herr Rechtsanwalt Dr. Grages hatte daher in der E-Mail vom 28.02.2017 darauf hingewiesen, dass in der Dienstbarkeit auch die Bedingungen der Rechtseinräumungen geregelt werden sollten.

Ob entsprechende Dienstbarkeiten mit den notwendigen Regelungen bewilligt wurden, ist uns nicht bekannt. Sollte das noch nicht geschehen sein, empfehlen wir, dies nachzuholen.

Sie teilten darüber hinaus mit, dass die Alte Torfhausstraße durch Fußgänger (und evtl. Fahrradfahrer) benutzt werden soll, um angrenzende Wanderwege zu erreichen. Aus den uns überlassenen Unterlagen ging nicht hervor, ob dieses Recht bereits gesichert ist. Möglich wäre dies durch die Einräumung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit für die Bergstadt Clausthal-Zellerfeld mit dem Inhalt, dass die Allgemeinheit berechtigt ist, die betroffenen Flurstücke zum Begehen und gegebenenfalls zum Befahren mit Fahrrädern etc. mit zu benutzen.

# APPELHAGEN

Für eventuelle weitere Fragen stehen wir gern zu Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Ilka Michos

Rechtsanwältin

Fachanwältin für Verwaltungsrecht