

Die Finanzierung von Erschließungskosten nach dem Baugesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung vertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten – dargestellt anhand der Rechtslage in Bayern

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würden eines
doctor iuris
der Juristischen Fakultät
der
Bayerischen Julius-Maximilians-Universität
Würzburg

Klaus Ortmüller
Kirchen

2002

Vorwort

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Bernhard Kempen, möchte ich für die Betreuung meiner Dissertation herzlich danken.

Herrn Prof. Dr. Eckhard Pache danke ich für die zügige Erstattung seines Zweitgutachtens.

Dr. Jochen Herbst möchte ich für seine fundierten fachlichen Hinweise und Ratschläge danken.

Ich danke Frau Ursula Thomas und Herrn Heinz-Adolf Tiedemann für die unerfreuliche Arbeit des Korrekturlesens.

Für die moralische Unterstützung danke ich meiner Freundin Anja Tiedemann sowie meinen Eltern. Letzteren auch für die kritiklose Bereitstellung finanzieller Mittel.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	3
Einleitung	11
1. Teil: Die Erschließungskosten nach dem BauGB	13
A. Die Gesetzgebungskompetenz und die Gesetzgebung im Bereich des Rechts der Erschließung	13
B. Die verschiedenen Erschließungsbegriffe des BauGB	15
C. Das allgemeine Erschließungsrecht des BauGB	17
I. Der Begriff und der Inhalt der Erschließung im Sinne des allgemeinen Erschließungsrechts	17
1. Die verschiedenen Arten der Erschließungsanlagen	19
2. Das Merkmal des Herstellens	21
3. Zusammenfassung	24
II. Die Erschließungslast	24
1. Die Gemeinde als Träger der Erschließungslast	24
2. Andere Träger der Erschließungslast	27
3. Der Umfang und der Zeitpunkt der Erschließung	29
4. Die Verdichtung der Erschließungspflicht	31
a. Rechtsgründe einer Aufgabenverdichtung	32
b. Der Umfang der Erschließungsverpflichtung	37
III. Das Verhältnis von Bebauungsplan und Erschließung	38
1. Das erschließungsrechtliche Planerfordernis	38
a. Der Inhalt des Planerfordernisses	39
b. Ausnahmen vom Planerfordernis	40
(1) Die Anwendung des § 125 II n.F. BauGB auf Altfälle	41

(2) Die Rechtslage nach § 125 II a.F. BauGB bei einer vor dem 31.12.1997 erteilten Zustimmung.....	42
(3) Die Rechtslage nach § 125 II n.F. BauGB	44
2. Die Bindung an die Festsetzungen des Bebauungsplans.....	44
3. Die Folgen eines Verstoßes gegen die Voraussetzungen des § 125 BauGB.....	46
a. Die erschließungsrechtlichen Folgen	46
b. Die erschließungsbeitragsrechtlichen Folgen	47
(1) § 125 BauGB als Voraussetzung des Entstehens einer sachlichen Beitragspflicht	47
(2) Die Auswirkung der Kompetenzänderung im Erschließungsbeitragsrecht.....	48
D. Zusammenfassung.....	48
2. Teil: Kostenersatz durch Erhebung von Kommunalabgaben	49
A. Die verfassungs- und abgabenrechtlichen Grundlagen der Abgabenerhebung	49
I. Der Begriff und die Arten der Kommunalabgabe.....	50
II. Die Gesetzgebungskompetenz und die Gesetzgebung im Bereich des kommunalen Abgabenrechts.....	52
III. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen und Ableitungen hinsichtlich der Erhebung nichtsteuerlicher Kommunalabgaben.....	53
1. Der besondere verfassungsrechtliche Rechtfertigungszwang ..	54
2. Die rechtsstaatlichen Grundsätze.....	54
a. Die Gesetzmäßigkeit der Abgabenerhebung, der Bestimmtheitsgrundsatz und das Prinzip der Tatbestandsmäßigkeit....	55
b. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der Äquivalenz und der Kostendeckung.....	56
c. Das Rückwirkungsverbot	58
3. Die Gleichmäßigkeit der Abgabenerhebung	59

4. Zusammenfassung.....	61
B. Das Verhältnis von bundes- und landesrechtlichen Abgaben- regelungen bzgl. Erschließungskosten.....	61
I. Der Anwendungsbereich der §§ 127 ff. BauGB	61
1. Die gegenständliche Beschränkung	62
2. Das im Rahmen der §§ 127 ff. BauGB anzuwendende Ver- fahrensrecht	63
II. Der Anwendungsbereich des BayKAG	64
1. Die Beitragserhebung nach Art.5 I S.1 BayKAG.....	65
2. Die Gebührenerhebung nach Art.8 BayKAG	66
III. Zusammenfassung	67
C. Die Abgabenerhebung nach BauGB und BayKAG	67
I. Die Kostendeckung durch Beitragserhebung nach BauGB.....	68
1. Die Grundsätze des Erschließungsbeitragsrechts.....	68
a. Das Vorteilsprinzip im Erschließungsbeitragsrecht	68
b. Die gemeindliche Beitragserhebungspflicht	70
c. Die gemeindliche Erschließungsbeitragssatzung.....	71
(1) Die rechtliche Funktion und der Inhalt der Erschließungs- beitragssatzung	72
(2) Der Zeitpunkt des Vorliegens einer wirksamen Bei- tragssatzung	74
2. Das Entstehen der Beitragspflicht	77
a. Die Aufwendungsphase	78
(1) Überblick über die beitragsfähigen Erschließungs- anlagen i.S.d. § 127 II BauGB	79
(2) Der Umfang des Erschließungsaufwands, § 128 BauGB..	81
(3) Der beitragsfähige Erschließungs- aufwand, § 129 BauGB.....	82
(4) Die Ermittlung des beitragsfähigen Erschließungs- aufwands, § 130 BauGB	84

(a) Die Ermittlungsmethode	84
(b) Der Ermittlungsraum.....	85
(aa)Der Abschnitt	85
(bb)Die Erschließungseinheit	86
(5) Zusammenfassung	87
b. Die Verteilungsphase.....	87
(1) Die Ermittlung des umlagefähigen Erschließungs- aufwands	87
(a) Der Gemeindeanteil.....	88
(b) Der anderweitig nicht gedeckte Erschließungsaufwand....	88
(2) Die Verteilung des umlagefähigen Erschließungs- aufwands	90
c. Die Heranziehungsphase.....	96
(1) Der gesetzliche Regelfall der Heranziehung	97
(a) Die sachliche Beitragspflicht und die ihr unterworfenen Grundstücke	97
(b) Der Beitragsbescheid	99
(2) Die einseitigen Gestaltungsmöglichkeiten der Ge- meinde.....	101
(a) Die Vorausleistung aufgrund Vorausleistungsbescheid..	101
(b) Der Vorschuss aufgrund Vorschussbescheid	104
(c) Die Abschnittsbildung (§ 130 II BauGB) und die Kosten- spaltung (§ 127 III BauGB)	105
(d) Die Billigkeitsregelungen, § 135 II bis VI BauGB	108
II. Die Kostendeckung durch Abgabenerhebung nach BayKAG ...	110
1. Die Grundzüge der Abgabenerhebung nach BayKAG.....	110
a. Die Abgabenerhebungspflicht und das Verhältnis von Beitrag, Gebühr und privatrechtlichem Entgelt.....	110
b. Die Abgabensatzung.....	113
(1) Die rechtliche Funktion und der Inhalt.....	113

(2) Der Zeitpunkt des Vorliegens einer wirksamen Abgabensatzung	117
c. Das Vorteilsprinzip im BayKAG.....	118
2. Die Kostendeckung durch Beitragserhebung	119
a. Die Aufwendungsphase	119
(1) Die Beitragsfähigkeit von Wasserversorgungs- und Entwässerungseinrichtungen	119
(2) Der beitragsfähige Investitionsaufwand	123
(3) Die Ermittlung des beitragsfähigen Investitionsaufwands	124
b. Die Verteilungsphase.....	126
(1) Die Ermittlung des umlagefähigen Aufwands.....	126
(2) Die Verteilung des umlagefähigen Aufwands.....	127
c. Die Heranziehungsphase.....	130
(1) Der gesetzliche Regelfall der Heranziehung	131
(a) Das Entstehen der sachlichen und persönlichen Beitragspflicht	131
(b) Der Beitragsbescheid	132
(2) Die einseitigen Gestaltungsmöglichkeiten der Gemeinde	133
(a) Die Vorauszahlung, Art.5 V BayKAG.....	133
(b) Der Vorschuss, Art.5 V S.5 BayKAG	135
(c) Die Billigkeitsregelungen	135
3. Die Deckung des Investitionsaufwands durch Gebührenerhebung	135
3. Teil: Vertragliche Vereinbarungen über Erschließungskosten	137
A. Abgabenrechtliche Vereinbarungen	137
I. Die Zulässigkeit der Vertragsform bei abgabenrechtlichen Vereinbarungen	140
1. Die Anwendbarkeit der Art.54 ff. BayVwVfG.....	140

2.	Der Vertragsform entgegenstehende Rechtsvorschriften	142
a.	Entgegenstehende Vorschriften der AO	142
b.	Entgegenstehende Vorschriften des Erschließungs- beitragsrechts nach BauGB und BayKAG.....	145
3.	Die Unwirksamkeit unzulässiger abgabenrechtlicher Ver- einbarungen	146
4.	Zusammenfassung.....	147
II.	Die inhaltliche Rechtmäßigkeit kommunalabgabenrechtlicher Vereinbarungen und die Folge von Gesetzesverstößen	148
1.	Der Maßstab für die Beurteilung der inhaltlichen Recht- mäßigkeit.....	148
a.	Abgabenrechtliche Vorschriften	148
b.	Vorschriften des BayVwVfG.....	150
2.	Die Ablösungsvereinbarungen gemäß § 133 III S.5 BauGB und Art.5 IX BayKAG.....	152
a.	Die Voraussetzungen einer wirksamen Ablösungs- vereinbarung.....	153
b.	Die Wirkung der Ablösung	155
c.	Rückzahlungsansprüche.....	156
3.	Der städtebauliche Vertrag nach § 11 Nr.3 BauGB	157
4.	Die Vorauszahlungsvereinbarung.....	159
a.	Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	161
b.	Wirkung der Vorauszahlungsvereinbarung	163
5.	Die Vorschussvereinbarung	164
6.	Der Erlassvertrag	165
7.	Der Vergleichsvertrag.....	166
a.	Die grundsätzliche Rechtmäßigkeit des Vergleichsvertrags im kommunalen Abgabenrecht	166
b.	Die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen im Einzelnen	168
c.	Rechtswidrigkeitsfolgen	169

8. Zusammenfassung.....	169
B. Vereinbarungen außerhalb des Abgabenrechts	170
I. Die Mehrkostenvereinbarung	170
II. Vorfinanzierungsverträge	172
1. Der Werkvertrag mit Fälligkeitsabrede und der „unechte“ Erschließungsvertrag	173
2. Der typische Vorfinanzierungsvertrag.....	175
III. Der Erschließungsvertrag, § 124 BauGB	176
1. Der Vertragspartner der Gemeinde	179
2. Der Inhalt des Erschließungsvertrags.....	181
a. Die Herstellung und Übertragung von Erschließungsanlagen im Vertragsgebiet	182
b. Die Kostenübernahme durch den Erschließungsunternehmer	184
c. Die Grenzen der gegenseitigen Pflichten.....	186
3. Die Durchführung des Erschließungsvertrags	188
4. Besondere Vertragsgestaltungen	190
a. Fremdanlieger im Erschließungsvertragsgebiet	190
b. Die Herstellung einer leitungsgebundenen Einrichtung.....	193
5. Zusammenfassung.....	195
IV. Die Kostenvereinbarung im Rahmen eines Durchführungsvertrags gemäß § 12 I S.1 BauGB	195
1. Der vorhabenbezogene Bebauungsplan	196
2. Der Durchführungsvertrag	198
a. Das Vorhaben und der Vorhabenträger	199
b. Die Durchführung der Erschließung.....	200
c. Die Kostenregelung	201
d. Leistungsstörungen	202
3. Zusammenfassung.....	204
Schlussbetrachtung	205

Literaturverzeichnis.....	207
Lebenslauf	225

Einleitung

Der Bedarf an neuen Siedlungsflächen in Deutschland ist nach wie vor ungebrochen. Bis zum Jahr 2010 besteht ein Bedarf von 470.000 Wohnungen jährlich.¹ Für die Gemeinde als Träger der kommunalen Planungshoheit stellt sich diese Nachfrage unter verschiedenen Aspekten als rechtliche Herausforderung dar. Sie hat die Siedlungsflächen durch Bebauungsplan auszuweisen, die Bodenordnung durchzuführen, die Baugebiete zu erschließen und Folgeeinrichtungen herzustellen. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Aufgabe der Gemeinde, als Bauland ausgewiesene Flächen zu erschließen und die Kosten der Erschließung zu finanzieren. Die Darstellung beschränkt sich dabei auf die Rechtslage in Bayern, das heißt Untersuchungsgegenstand sind ausschließlich die bayerischen Gemeinden.

Im ersten Teil erfolgt eine Darstellung des allgemeinen Erschließungsrechts nach BauGB. Dabei werden die verfassungsrechtlichen Grundlagen – insbesondere die Gesetzgebungskompetenz und die Gesetzgebung im Bereich des Erschließungsrechts – erörtert. Anschließend werden Begriff und Inhalt der Erschließung im Sinne des BauGB dargelegt. Daraus ergibt sich, welche Kosten bei der Erschließung nach BauGB entstehen. Diese Kosten entstehen nicht zwingend der Gemeinde, da sie nicht in jedem Fall Träger der Erschließungslast ist. Insofern ist zu untersuchen, inwieweit die Gemeinde überhaupt Träger der Erschließungslast ist. Dabei wird auch geklärt, ob die Gemeinde verpflichtet ist, die Erschließung durchzuführen und ob ein Dritter einen Anspruch auf Erschließung gegen die Gemeinde haben kann. Entscheidet sich die Gemeinde, ein Baugebiet zu erschließen oder ist sie hierzu verpflichtet, stellt sich die weitere Frage, ob die herzustellenden Erschließungsanlagen in einem Bebauungsplan festzusetzen sind und wie Abweichungen von einem bestehenden Bebauungsplan zu behandeln sind.

Im zweiten Teil wird die klassische Form der Erschließungsfinanzierung beschrieben, die Finanzierung von Erschließungskosten durch Erhebung von Kommunalabgaben. Das Kommunalabgabenrecht ist im Bereich der Erschließungskosten in unterschiedlichen Gesetzen geregelt: Ermächtigungsgrundlagen finden sich sowohl im BauGB (§§ 127 ff. BauGB) als auch im bayerischen Kommunalabgabengesetz (Art.5 und Art.8 BayKAG). Zunächst werden die gemeinsamen verfassungs- und abgabenrechtlichen Grundlagen der Kommunalabgaben behandelt, bevor der Anwendungsbereich beider Normenkomplexe abgegrenzt wird. Danach wird das Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB und nach BayKAG untersucht. Dabei wird zunächst jeweils beschrieben, wie die

¹ Walker, Handbuch Städtebauliche Verträge, Rn.19.

Abgabepflichten entstehen, wie sie durch Abgabenbescheid gegenüber den Abgabepflichtigen geltend gemacht werden und welche einseitigen Gestaltungsmöglichkeiten der Gemeinde zur Verfügung stehen.

Im letzten Teil wird diskutiert, welche Möglichkeiten bestehen, die Finanzierung der Erschließung vertraglich zu regeln. Die Vertragsgestaltung kann der Gemeinde die Chance eröffnen, die Finanzierung von Erschließungskosten schnell und flexibel zu sichern. Im Hinblick auf den oben genannten Bedarf an Wohnraum und den rechtlichen und praktischen Schwierigkeiten des kommunalen Abgabenrechts, besteht naturgemäß ein starkes Interesse der Gemeinde, eine einvernehmliche Lösung zu finden. Die vertragliche Gestaltung hat zudem den Vorteil, dass der Bürger in die Kostenfinanzierung aktiv einbezogen wird. Im Gegensatz zur einseitigen Abgabenerhebung durch Verwaltungsakt hilft der vertragliche Konsens unter Umständen, spätere verwaltungsverfahrensrechtliche und verwaltungsgerichtliche Streitigkeiten zu vermeiden.²

Grundsätzlich kann zwischen abgabenrechtlichen und nicht abgabenrechtlichen Vereinbarungen unterschieden werden. Bei abgabenrechtlichen Vereinbarungen besteht das grundsätzliche Problem, dass sie unmittelbar auf das kommunalabgabenrechtliche Schuldverhältnis einwirken. Zweifelhaft ist in diesem Bereich daher schon die Zulässigkeit der Vertragsform. Erst nach der Beantwortung dieser Frage wird auf die inhaltliche Rechtmäßigkeit abgabenrechtlicher Vereinbarungen eingegangen. Bei den nicht abgabenrechtlichen Vereinbarungen handelt es sich um solche, die nicht auf ein Abgabenschuldverhältnis einwirken. Der wichtigste Vertragstyp dieser Art ist der Erschließungsvertrag. Durch ihn wird die Erschließung insgesamt auf den Vertragspartner übertragen. Zwischen den Vertragsparteien besteht deswegen kein Abgabenschuldverhältnis. Die Erschließungskostenfinanzierung findet damit außerhalb eines Abgabenschuldverhältnisses statt. Der Erschließungsvertrag stellt sich damit als Alternative zur klassischen Finanzierung von Erschließungskosten über eine Abgabenerhebung dar. Auf diesen Vertrag wird daher ausführlicher eingegangen.

² So auch *Grziwotz*, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, Rn.13.

1. Teil: Die Erschließungskosten nach dem BauGB

A. Die Gesetzgebungskompetenz und die Gesetzgebung im Bereich des Rechts der Erschließung

Der Bund hat nach Art.74 I Nr.18 GG das Recht der Gesetzgebungszuständigkeit für das Bodenrecht (ohne das Recht der Erschließungsbeiträge), das Wohnungswesen sowie das Siedlungs- und Heimstättenwesen. Zum „Bodenrecht“ gehören nur solche Vorschriften, die den Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand haben, also die rechtlichen Beziehungen des Menschen zum Grund und Boden regeln.³

Durch die Festsetzungen im Bebauungsplan erhält ein Grundstück Baulandqualität. Durch die Bodenordnung (Umlegung oder Grenzbereinigung) wird es in Lage und Größe den Anforderungen an eine geordnete Bebauung angepasst.⁴ Erst die Erschließung schafft die tatsächlichen Voraussetzungen, die erforderlich sind, damit die Grundstücke funktionsgerecht genutzt werden können.⁵ Unter Erschließungsrecht ist das Recht zu verstehen, das die Grundsätze festlegt, nach denen die Erschließung vorzunehmen ist und bestimmt, wer die Maßnahmen durchzuführen hat, wer die Kosten zu tragen hat und in welchem Umfang die Grundstückseigentümer Grundflächen unentgeltlich abtreten oder sonstige Eingriffe in das Eigentum dulden müssen.⁶ Nach Ansicht des *BVerfG* fällt das Erschließungsrecht unter das Bodenrecht im Sinne des Art.74 I Nr.18 GG, da alle Maßnahmen, die der Erschließung dienen, entweder unmittelbar Rechte an Grund und Boden verändern oder die bauliche Ausnutzung von Grundstücken schaffen. Das Recht, das diese Verwaltungstätigkeit ordnet, ist daher unmittelbar auf die Rechtslage des Grund und Bodens bezogen.⁷ Zudem kann die Zuständigkeit des Bundes auch⁸ auf die Regelungen für die Bereiche „Wohnungswesen“ und „Siedlungswesen“ gestützt werden, da Erschließungsmaßnahmen eben-

³ *BVerfG*, Rechtsgutachten vom 16.6.1954, BVerfGE 3, 407 (424).

⁴ *Grziwotz*, Baulanderschließung, S.267.

⁵ *BVerfG*, Rechtsgutachten vom 16.6.1954, BVerfGE 3, 407 (429); *Ernst/ Hoppe*, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Rn.679; *Finkelnburg/ Ortloff*, Öffentliches Baurecht I, S.409.

⁶ *BVerfG*, Rechtsgutachten vom 16.6.1954, BVerfGE 3, 407 (429).

⁷ *BVerfG*, Rechtsgutachten vom 16.6.1954, BVerfGE 3, 407 (429 f.); so auch *Rengeling*, in: *Isensee/ Kirchhof*, HStR IV, § 100, Rn.205.

⁸ Hiergegen *von Mangoldt/ Klein/ Starck*, GG, Art.74, Fn.2263, der für eine Auslegung der Gebiete und Teilgebiete plädiert, die eine Überschneidung vermeidet.

so notwendig sind, um Wohnungen zu errichten und Siedlungen anzulegen.⁹

Bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994 am 15.11.1994 (BGBl. I S.3136) ergab sich die Befugnis des Bundes Regelungen über das Erschließungsbeitragsrecht zu treffen, ebenfalls aus Art.74 I Nr.18 a.F. GG, da es nach Ansicht des Bundes dem Erschließungsrecht zuzuordnen war.¹⁰ Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat durch das erwähnte Gesetz die Gesetzgebungskompetenz für das Erschließungsrecht von der für das Erschließungsbeitragsrecht getrennt, indem er in Art.74 I Nr.18 GG nach den Worten „das Bodenrecht“ den Klammerzusatz „(ohne das Recht der Erschließungsbeiträge)“ eingefügt hat. Das Erschließungsbeitragsrecht unterliegt nun der Gesetzgebungskompetenz der Länder. Der Formulierung des Gesetzesentwurfs liegt ersichtlich die Annahme zugrunde, dass alle Gesetzgebungsbefugnis des Bundes für das Erschließungsbeitragsrecht entfallen soll. Es ist daher unerheblich, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht auf die Erwägungen des *BVerfG* eingeht, eine Gesetzgebungskompetenz für das Erschließungsbeitragsrecht könne sich aus einer Zuordnung zu den Begriffen „Wohnungswesen“ und „Siedlungsverkehr“ ergeben.¹¹

Der Bundesgesetzgeber hat von der ihm bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes zustehende Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Erschließungs- und Erschließungsbeitragsrecht Gebrauch gemacht, indem er sowohl das allgemeine Erschließungsrecht (§§ 123 ff. BauGB) als auch das Erschließungsbeitragsrecht (§§ 127 ff. BauGB) geregelt hat. Ungeachtet der neuen Gesetzgebungszuständigkeit gelten die erschließungsbeitragsrechtlichen Vorschriften (§§ 127 ff. BauGB) aufgrund des Art.125a GG als Bundesrecht fort, können jedoch durch Landesrecht ersetzt werden.¹²

⁹ *BVerfG*, Rechtsgutachten vom 16.6.1954, BVerfGE 3, 407 (430).

¹⁰ *BVerfG*, Rechtsgutachten vom 16.6.1954, BVerfGE 3, 407 (429); *BVerfG*, Urteil vom 5.7.1972, BVerfGE 33, 265 (287 f.); *BVerfG*, Urteil vom 8.11.1972, BVerfGE 34, 139 (144); letzteres mit einem ausdrücklichen Hinweis auf die sachliche Verknüpfung von Erschließungsbeitragsrecht und allgemeinem Erschließungsrecht.

¹¹ *Kallerhoff*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Erschließungsbeitragsrecht, S.70, der zudem darauf hinweist, dass diese Sachgebetsbegriffe mittlerweile einen eigenständigen Inhalt haben, der es verbietet eine Zuständigkeit des Bundes für das Erschließungsbeitragsrecht aus ihnen herzuleiten; a.A. *von Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art.74, Rn.1245.

¹² Hierin besteht die Besonderheit der Vorschrift: Die bundesrechtlichen Regelungen gelten nicht als landesrechtliche Verweisung, sondern als Bundesrecht fort, *Kallerhoff*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Erschließungsbeitragsrecht, S.24 f.; *Rybak/Hofman*, NVwZ 1995, S.234 (235); *Sannwald*, NJW 1994,

Dabei ist umstritten, ob Art.125a GG dem Landesgesetzgeber gestattet, Teilregelungen zu treffen oder ob die Regelung nur dazu ermächtigt, jeweils die gesamte bundesrechtliche Regelung zu ersetzen. Nach einer Ansicht ist unter „ersetzen“ im Sinne des Art.125a GG kein teilersetzen zu verstehen.¹³ Hierfür spreche insbesondere der Wille des verfassungsändernden Gesetzgebers: In der ursprünglichen Fassung war noch vorgesehen, dass die fortgeltenden bundesrechtlichen Regelungen durch den Landesgesetzgeber „aufgehoben und ergänzt“ werden können.¹⁴ Die Formulierung ist dahin geändert worden, dass das fortgeltende Bundesrecht durch den Landesgesetzgeber „ersetzt werden“ könne. Diese Änderung im Wortlaut dokumentiere den Willen des Gesetzgebers, dass der Landesgesetzgeber fortgeltende bundesrechtliche Regelungen nur insgesamt ersetzen könne.¹⁵ Dem ist nicht zuzustimmen. Schon der Wortsinn erfasst Teilersetzungen.¹⁶ Insbesondere spricht hierfür aber der Wille des Gesetzgebers: Die ursprüngliche Fassung des Art.125a GG wurde nur geändert, um klarzustellen, dass es den Ländern überlassen bleiben solle, ob sie die als Bundesrecht fortgeltenden Regelungen beibehalten oder ergänzen.¹⁷ Durch die Änderung des Wortlauts sollte somit gerade nicht erreicht werden, dass der Landesgesetzgeber auf eine vollständige Ersetzung der bundesrechtlichen Regelungen beschränkt sei.¹⁸ Inwieweit die bundesrechtlichen Regelungen fortgelten, ergibt sich aus der Auslegung des Landesrechts.¹⁹

B. Die verschiedenen Erschließungsbegriffe des BauGB

Das BauGB definiert den Begriff der Erschließung nicht. Im Wege der Gesetzesauslegung ist daher zu ermitteln, was unter Erschließung im Sinne des BauGB zu verstehen ist. Kriterien der Auslegung sind insbesondere der Wortsinn, der Bedeutungszusammenhang der Vorschriften,

S.3313 (3319); *Schmidt-Bleibtreu*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art.125a, Rn.2; *Degenhart*, in: Sachs, GG, Art.125a, Rn.4.; a.A. v. *Münch/Kunig*, GG, Art.125a, Rn.2, der – gegen den eindeutigen Wortlaut – davon ausgeht, dass die bundesrechtlichen Regelungen ipso iure zu übereinstimmendem Landesrecht werden.

¹³ *Seifert/Hömig*, GG, Art.125a, Anm.3.

¹⁴ Vgl. zum ursprünglichen Entwurf BT-Drucksache 12/6000, S.18 und S.31; BT-Drucksache 12/6633, S.4.

¹⁵ *Hesse*, BayVBl 1998, S.486; *Hesse*, BayGT 1997, S.45.

¹⁶ *Wiens*, BayVBl 1998, S.481.

¹⁷ BT-Drucksache 12/8165, S.30.

¹⁸ So im Ergebnis auch *Wiens*, BayVBl 1998 S.481; *Jarass/Pieroth*, GG, Art.125a GG, Rn.2; so wohl auch *Degenhart*, in: Sachs, GG, Art.125a, Rn.4; hiervon geht auch der bayerische Gesetzgeber aus, vgl. LT-Drucksache 13/45537, S.3.

¹⁹ *Schmidt-Bleibtreu*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art.125a, Rn.2.

der Wille des historischen Gesetzgebers und objektiv-teleologische Kriterien.²⁰ Dabei kann zunächst festgehalten werden, dass das BauGB den Begriff der Erschließung in verschiedenen Regelungszusammenhängen (insbesondere in den §§ 30, 34, 35, 123 ff., 127 ff. BauGB) verwendet. Die Vorschriften der §§ 29 ff. BauGB beschäftigen sich mit der Regelung der baulichen Nutzung von Grundstücken, während §§ 123 ff. BauGB die Regelung der Erschließung bezwecken. Aufgrund des unterschiedlichen Regelungszusammenhangs hat der Begriff der Erschließung jeweils eine andere Bedeutung. Ohne die verschiedenen Erschließungsbegriffe näher zu definieren oder inhaltlich zu bestimmen, kann hier schon aufgrund der unterschiedlichen Regelungszusammenhänge eine grobe Unterscheidung erfolgen:

Ein Bauvorhaben ist nur dann zulässig, wenn die Erschließung gesichert (§§ 30, 33, 34 BauGB) bzw. ausreichend gesichert (§ 35 BauGB) ist. Aus der systematischen Stellung der Vorschriften ergibt sich, dass die Erschließung in diesem Sinne sich nicht auf ein bestimmtes Gebiet bezieht, sondern ausschließlich grundstücksbezogen ist.²¹

Etwas anderes gilt im Rahmen des Erschließungsrechts. § 123 I BauGB bestimmt, dass die Erschließung Aufgabe der Gemeinde ist. Gemäß § 123 II BauGB sollen die Erschließungsanlagen „entsprechend den Erfordernissen der Bebauung und des Verkehrs kostengünstig hergestellt werden“. Die Verwendung des Begriffes „Bebauung“ ohne einschränkenden Zusatz zeigt, dass bei der Bestimmung von Art und Umfang der Erschließung nicht von den Bedürfnissen eines einzelnen Bauvorhabens auszugehen ist, sondern von der Bebauung eines Gebiets.²²

Dieser gebietsbezogene Erschließungsbegriff wird im Abschnitt über den Erschließungsbeitrag (§§ 127 ff. BauGB) nochmals eingeeengt: Erschließungsanlagen im Sinne des Erschließungsbeitragsrechts sind nur die in § 127 II BauGB abschließend aufgezählten Anlagen (vgl. § 127 II Nr.1-5 BauGB).

Es ist daher zwischen einem planungsrechtlichen, einem erschließungsrechtlichen und einem erschließungsbeitragsrechtlichen Erschließungsbegriff zu unterscheiden.²³ Im Rahmen der folgenden Untersuchung stehen der erschließungsrechtliche und erschließungsbeitragsrechtliche Begriff im Vordergrund.

²⁰ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.141 ff.

²¹ *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, Vorb. §§ 123-135, Rn.2.

²² *Gloria*, NVwZ 1991, S.720 (721).

²³ *Gloria*, NVwZ 1991, S.720 (721).

C. Das allgemeine Erschließungsrecht des BauGB

Das Erschließungsrecht ist im sechsten Teil des BauGB geregelt. Der erste Abschnitt (§§ 123-126 BauGB) umfasst die allgemeinen Vorschriften, §§ 127-135 BauGB regeln den Erschließungsbeitrag. Die Regierungsvorlage zum BBauG enthielt in den §§ 135 ff. noch umfassende Bestimmungen, von wem, wann und in welchem Umfang die Erschließung durchzuführen sei und welche Rechtsbeziehungen zwischen den Anlagen und den anliegenden Grundstückseigentümern bestehen sollten.²⁴ Das BauGB beschränkt sich – wie schon das BBauG – auf die Regelung einiger Teilbereiche: Es regelt die Erschließungslast, Zeit und Umfang der Erschließung, einige Duldungs- und Leistungspflichten und den Erschließungsbeitrag.

Auf eine vollständige bundesrechtliche normative Festlegung des Erschließungsrechts wurde verzichtet, da man zum einen davon ausging, der Inhalt des allgemeinen Erschließungsrechts habe sich seit langer Zeit durch die Erschließungstätigkeit der Gemeinden zu allgemeinen Grundsätzen verdichtet. Zum anderen hätte eine umfassende Regelung des Erschließungsrechts notwendig in das grundsätzlich dem Landesgesetzgeber vorbehaltene allgemeine Wegerecht eingegriffen,²⁵ ein solcher Eingriff sollte aber vermieden werden.²⁶

I. Der Begriff und der Inhalt der Erschließung im Sinne des allgemeinen Erschließungsrechts

Wie bereits dargestellt, enthält das BauGB keine Begriffsbestimmung der Erschließung bzw. der Erschließungsanlage im erschließungsrechtlichen Sinne. Die Regierungsvorlage zum BBauG umschrieb in § 135 noch den Inhalt der Erschließung. Neben der Bereitstellung der Flächen umfasste die Erschließung die Herstellung der Erschließungsanlagen. Erschließungsanlagen in diesem Sinne waren Verkehrs- und Grünanlagen, Anlagen für die Wasserversorgung, Anlagen für die Behandlung, Beseitigung oder Verwertung von Abwasser und festen Abfallstoffen und sonstige im Bebauungsplan festgesetzte Erschließungsanlagen.²⁷ Diese inhaltliche Begriffsbestimmung ist nicht übernommen worden. Anhand der bereits oben genannten Kriterien ist im Wege der Gesetzesauslegung zu ermitteln, was unter Erschließung im Sinne des allgemeinen Erschließungsrechts zu verstehen ist.

²⁴ BT-Drucksache 3/336, S.35 und S.97 ff.

²⁵ Die Erschließungsstraßen sind nur eine Untergruppe der Gemeinde- und Ortsstraßen *Ernst/ Hoppe*, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Rn.683

²⁶ BT-Drucksache 3/zu 1794, S.23.

²⁷ BT-Drucksache 3/336, S.35 und S.97.

Erschließung im allgemeinen Sprachgebrauch heißt, etwas für bestimmte Zwecke zugänglich machen.²⁸ Im weitesten Sinne kann man unter der Erschließung eines Baugebiets daher alle Maßnahmen verstehen, die dazu dienen, ein Baugebiet in vollem Umfang sozialgerecht nutzbar zu machen. Das bedeutet, dass das Gebiet in verkehrlicher, technischer und sozialer Hinsicht erschlossen ist, also insbesondere an das Verkehrs- und allgemeine Versorgungsnetz (insbesondere Wasser, Strom Telefon, Gas, Wärme, Abwasserbeseitigung) angeschlossen ist, durch den öffentlichen Personennahverkehr erreicht werden kann und das Abwasser in Kläranlagen entsorgt wird. Zudem muss die Versorgung des Gebiets mit Ärzten und Apotheken, Schulen und Kindergärten, Sport- und Freizeiteinrichtungen sowie mit Einrichtungen des täglichen Bedarfs sichergestellt sein.²⁹

In diesem umfassenden Sinne ist der Begriff der Erschließung in den §§ 123 ff. BauGB allerdings nicht zu verstehen. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der Gesetzgeber des BBauG unter Erschließung im Sinne des allgemeinen Erschließungsrechts alle baulichen Maßnahmen verstand, die die bauliche und gewerbliche Nutzung des Baulandes ermöglichen und erleichtern.³⁰ Der Gesetzgeber des BBauG bzw. des BauGB knüpft mit den erschließungsrechtlichen Vorschriften an die ihm aus Art.74 I Nr.18 GG für das Erschließungsrecht zustehende konkurrierende Kompetenz an. Maßnahmen, die nicht der Baureifmachung eines Grundstückes dienen, sind daher keine Erschließung im Sinne der §§ 123 ff. BauGB. Nicht zur Erschließung im Sinne des BauGB zählen somit zum einen die Herstellung überörtlicher Anlagen (z.B. Naturschutzgebiete, Bundesautobahn)³¹ und die Infrastrukturmaßnahmen (also z.B. Herstellung von Krankenhäusern, Schulen, Friedhöfen), zum anderen auch die Maßnahmen, die auf den Baugrundstücken selbst durchgeführt werden müssen (z.B. der Hausanschluss an die Wasserversorgung).³²

Es kann somit festgehalten werden, dass Erschließung im Sinne des allgemeinen Erschließungsrechts die Durchführung aller baulichen Maß-

²⁸ *Ludyga/ Steiner*, Erschließungsbeitrag nach dem BauGB, § 123, Rn.5.

²⁹ *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, Vorb. §§ 123-135, Rn.1; *Krebs*, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 4.Abschnitt, Rn.161.

³⁰ Vgl. BT-Drucksachen 2/1813, S.72; BT-Drucksache 2/3028, S.121; BT-Drucksache 3/336, S.96.

³¹ Nicht zur Erschließung im Sinne der §§ 123 ff. BauGB gehört daher der Schienenweg der DB, da er nicht einer auf die bauliche oder gewerbliche Nutzung ausgerichteten Erschließung von Grundstücken eines örtlichen Gebiets dient, sondern in erster Linie eine überörtliche Verbindungsfunktion hat, *BVerwG*, Urteil vom 11.12.1987, *BVerwGE* 78, 321 (324 f.).

³² *Quaas*, Erschließungs- und Erschließungsbeitragsrecht, Rn.10.

nahmen bedeutet, die die bauliche und gewerbliche Nutzung des Baulandes ermöglichen und erleichtern.

Damit steht allerdings noch nicht fest, welche baulichen Maßnahmen der Baureifmachung von Grundstücken dienen. Den erschließungsrechtlichen Vorschriften lässt sich jedoch mittelbar (vgl. §§ 123 II, 125 I BauGB) entnehmen, dass der Gesetzgeber – wie schon in der Regierungsvorlage – die Herstellung der Erschließungsanlagen als Erschließung ansieht.³³ Zum einen ist zu klären, welche Anlagen überhaupt geeignet sind, die bauliche oder gewerbliche Nutzung eines Grundstücks zu ermöglichen oder zu erleichtern. Zum anderen ist zu erörtern, welche baulichen Maßnahmen an diesen Anlagen von § 123 I BauGB erfasst werden. Die Vorschrift unterscheidet nämlich nicht ausdrücklich zwischen erstmaliger Herstellung, Erweiterung, Verbesserung, Erneuerung oder Unterhaltung,³⁴ sondern spricht allgemein von „herstellen“.

1. Die verschiedenen Arten der Erschließungsanlagen

Welche Anlagen zu den Erschließungsanlagen des allgemeinen Erschließungsrechts zählen, ergibt sich aus dem Erschließungsbegriff im Sinne des Baureifmachens von Grundstücken, dem systematischen Zusammenhang der erschließungsrechtlichen Normen und dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers.

Aus der Systematik des Gesetzes ergibt sich, dass alle in § 127 II BauGB erwähnten Anlagen Erschließungsanlagen im Sinne des § 123 BauGB sind. Nach dem System des BauGB ist das Beitragsrecht ein Teil des allgemeinen Erschließungsrechts, so dass erschließungsbeitragsfähige Anlagen notwendigerweise immer auch Anlagen im Sinne des § 123 BauGB sind.³⁵ Erschließungsanlagen im Sinne des allgemeinen Erschließungsrechts sind daher insbesondere die öffentlich zum Anbau bestimmten Straßen, Wege und Plätze (§ 127 II Nr.1 BauGB).

Allerdings sind Erschließungsanlagen im Sinne des § 123 BauGB nicht nur die beitragsfähigen Anlagen nach § 127 II Nr.1-5 BauGB. Das ergibt sich aus der Gesetzessystematik und dem Begriff der Erschließung: Hätte die Aufzählung des § 127 II Nr.1-5 BauGB abschließenden Cha-

³³ So auch *Ludyga/Steiner*, Erschließungsbeitrag nach dem BauGB, § 123, Rn.4.

³⁴ Anders als zum Beispiel § 3 I S.2 FStrG oder Art.5 I BayKAG.

³⁵ Hierzu zählen auch die selbstständigen Kinderspielplätze und selbstständigen Immissionsschutzanlagen, die zeitweise zum Kreis der erschließungsbeitragsfähigen Anlagen gehörten. Die Streichung im Rahmen des Beitragsrechts hat aufgrund der gleichen systematischen Überlegungen keinen Einfluss auf das allgemeine Erschließungsrecht, *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 123, Rn.4.

rakter für das allgemeine Erschließungsrecht haben sollen, hätte der Gesetzgeber diese Aufzählung in den allgemeinen Vorschriften des Erschließungsrechts (§§ 123-126 BauGB) vornehmen müssen.³⁶ Von dieser Unterscheidung zwischen beitragsfähigen und nicht-beitragsfähigen Anlagen geht ebenfalls § 124 II S.1 BauGB aus. Dieser Vorschrift lässt sich mittelbar entnehmen, dass der Gesetzgeber im Rahmen des allgemeinen Teils von einem weitergehenden Begriff der Erschließungsanlagen ausgeht.³⁷ Zudem stellt der Begriff der Erschließung nicht auf die Beitragsfähigkeit ab, solange die Anlage nur zur Baureifmachung führt.³⁸ Insbesondere die in § 127 IV S.2 BauGB aufgezählten nicht-beitragsfähigen Anlagen führen zur Baureifmachung der Grundstücke und gehören daher zu den Erschließungsanlagen des allgemeinen Erschließungsrechts. Es handelt sich dabei um Anlagen zur Ableitung von Abwasser sowie zur Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wärme und Wasser. Für dieses Ergebnis spricht zudem die Gesetzesgeschichte.³⁹ Auch sonstige nicht-beitragsfähige Anlagen, die zur Baureifmachung der Grundstücke erforderlich sind, sind den Erschließungsanlagen im Sinne des § 123 BauGB zuzurechnen. Das gilt zum Beispiel für die Anlagen zur Beseitigung fester Abfallstoffe⁴⁰, aber ebenfalls für eine Tiefendrainage soweit sie die bauliche Nutzung eines Grundstücks erst ermöglicht.⁴¹

Ob private Anlagen⁴², die der Baureifmachung dienen, Erschließungsanlagen im Sinne des allgemeinen Erschließungsrechts sind, ist umstritten.⁴³ Zwar ist die Erschließung eine öffentliche Aufgabe und sind die

³⁶ Müller, Öffentliches Vertragsrecht in der Praxis, S.35; Ernst, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 123, Rn.4.

³⁷ Fischer, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.5.

³⁸ Müller, Öffentliches Vertragsrecht in der Praxis, S.35.

³⁹ Sowohl der Referentenentwurf als auch die Regierungsvorlage zum BauGB (BT-Drucksache 2/3028, S.121 bzw. BT-Drucksache 3/336, S.96) zählten zu den Erschließungsanlagen Wasserversorgungs-, Entwässerungs-, Gas-, Strom- und Wärmeversorgungsanlagen.

⁴⁰ Das ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte (BT-Drucksache 3/336, S.36); zudem legt auch die Gleichstellung mit den Abwasseranlagen in den planungsrechtlichen Vorschriften des § 5 II Nr.4 und § 9 I Nr.14 BauGB diesen Schluss nahe, Ernst, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 123, Rn.4, Quaas, in: Schrödter, Baugesetzbuch, § 123, Rn.7 und Rn.15; a.A. Gloria, NVwZ 1991, S.720 (721); Löhr, in: B/ K/ L, BauGB, Vorb. §§ 123-135, Rn.1.

⁴¹ BVerwG, Urteil vom 13.11.1992, NVwZ 1993, S.1203 (1204).

⁴² Insbesondere Privatwege, befahrbare und nicht befahrbare private Wohnwege, Eigentümerwege und sonstige Privatwegenetze zur „inneren Erschließung“ von Wohnsiedlungen, Quaas, Kommunales Abgaberecht, Rn.161.

⁴³ Verneinend z.B. Ludyga/ Steiner, Erschließungsbeitrag nach dem BauGB, § 123, Rn.23.

Erschließungsanlagen in der Regel öffentliche Anlagen⁴⁴, jedoch sind dadurch private Anlagen nicht ausgeschlossen. Zwar sind gemäß § 127 II BauGB nur öffentliche Anlagen beitragsfähig⁴⁵, jedoch handelt es sich dabei um eine spezielle Norm des Erschließungsbeitragsrechts, die keinen zwingenden Rückschluss auf das allgemeine Erschließungsrecht erlaubt.⁴⁶ Eine private Anlage, die den Erfordernissen der Bebauung und des Verkehrs und im wesentlichen den gesetzlichen Anforderungen entspricht, die für öffentliche Erschließungsanlagen im Sinne des § 127 II BauGB gelten, nämlich den §§ 127 bis 135 BauGB, erschließt daher die angrenzenden Grundstücke.⁴⁷ Das kann zur Folge haben, dass die Erschließung eines Bauvorhabens gesichert ist und daher – soweit die übrigen Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen – eine Baugenehmigung zu erteilen ist.⁴⁸

2. Das Merkmal des Herstellens

Welche baulichen Maßnahmen der Begriff der Herstellung umfasst ist umstritten. Nach der Rechtsprechung des *BVerwG* umfasst das Erschließungsrecht nur die erstmalige Erschließung, das heißt die erstmalige Schaffung einer Erschließungsanlage.⁴⁹ Ein Großteil der Literatur folgt der Rechtsprechung.⁵⁰ Neben der Unterhaltung von Erschließungsanlagen, die sich nach der ausdrücklichen Regelung des § 123 IV BauGB nach landesrechtlichen Vorschriften richtet, unterfallen nach dieser Auffassung die Erweiterung und Verbesserung von Erschließungsanlagen nicht dem allgemeinen Erschließungsrecht. Verbesserung und Erweiterung beziehen sich auf die bereits hergestellte Anlage. Die Erweiterung bewirkt die flächenmäßige Vergrößerung, ohne

⁴⁴ *Vogel*, in: Brügelmann, BauGB, § 123, Rn.12; *Driehaus*, in: Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, § 123, Rn.3 f.

⁴⁵ Das ist ausdrücklich angeordnet für die Anlagen des § 127 II Nr.1-3 BauGB, gilt aber auch für die Anlagen des § 127 II Nr.4 und Nr.5 BauGB, siehe unten, 2.Teil:C.I.2.a(1), Seite 79.

⁴⁶ *BVerwG*, Urteil vom 30.1.1970, BRS 37, S.5.

⁴⁷ *BVerwG*, Urteil vom 23.3.1976, BRS 37, S.204 (203); *BVerwG*, Urteil vom 23.3.1984, BVerwGE 66, 69 (73 f.); *Müller*, Öffentliches Vertragsrecht in der Praxis, S.37.

⁴⁸ *Richarz/ Steinmetz*, Erschließung in der kommunalen Praxis, S.7.

⁴⁹ *BVerwG*, Urteil vom 11.11.1987, BVerwGE 78, 266 (270).

⁵⁰ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 5, Rn.2; *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.160; *Vogel*, in: Brügelmann, BauGB, § 123, Rn.15; *Weyreuther*, UPR 1994, S.121 (127); *Erbguth/ Wagner*, Bauplanungsrecht, Rn.5; *Gather*, Erschließungsrecht, S.5; *Gather*, DWW 2001, S.8; *Ludyga/ Steiner*, Erschließungsbeitrag nach dem BauGB, § 123, Rn.17; *Krautzberger/ Söfker*, BauGB, Teil C, Rn.473; *Richarz/ Steinmetz*, Erschließung in der kommunalen Praxis, S.1.

dass die Anlage in ihrer Leistungsfähigkeit oder in ihrem Ausbauzustand gesteigert wird; Verbesserung hebt die Qualität der Anlage, ohne deren flächenmäßige Veränderung.⁵¹

In der Literatur wird zum Teil auch die Erweiterung und Verbesserung der Erschließungsanlage zur Erschließung im Sinne des allgemeinen Erschließungsrechts gezählt.⁵² Nach dieser Ansicht ist der Begriff der Herstellung weit zu interpretieren, also unter Einschluss von Verbesserungs- und Erweiterungsmaßnahmen. Diese Ansicht stützt sich insbesondere auf den systematischen Zusammenhang von speziellem Erschließungsbeitragsrecht und allgemeinem Erschließungsrecht: Da § 128 II S.1 BauGB Verbesserungs- und Erweiterungsmaßnahmen aus dem beitragsfähigen Aufwand ausschließt (bzw. eine Beitragserhebung für diese Maßnahmen in das Landesrecht verweist), sei davon auszugehen, dass der Herstellungsbegriff des allgemeinen Erschließungsrechts diese Maßnahmen umfasse, da ein solcher Ausschluss sonst keinen Sinn machen würde. Hätte der Gesetzgeber Erweiterungs- und Verbesserungsmaßnahmen aus dem allgemeinen Erschließungsrecht ausschließen wollen, hätte er einen solchen Ausschluss systemgerecht im allgemeinen Erschließungsrecht vornehmen müssen.⁵³

Dieser Ansicht der Literatur ist nicht zu folgen, da die Entstehungsgeschichte der Vorschriften auf einen anderen Willen des Gesetzgebers schließen lässt. In den verschiedenen Regierungsvorlagen zum BBauG war in den erschließungsbeitragsrechtlichen Vorschriften vorgesehen, dass die Gemeinde auch die Kosten für die Verbesserung oder Erweiterung bestimmter Erschließungsanlagen geltend machen könne (vgl. insbesondere § 150 II S.1 der Regierungsvorlage zum BBauG, BT-Drucksache 3/336, S.38: „Als Herstellung gilt auch die Verbesserung und Erweiterung von Anlagen ...“). Durch den Sinnzusammenhang der spezielleren beitragsrechtlichen Vorschriften zu den Normen des allgemeinen Erschließungsrechts war im Rahmen dieser Regierungsvorlagen davon auszugehen, dass die Ausdehnung des Herstellungsbegriffs im Beitragsrecht auch in den allgemeinen Vorschriften zu gelten habe.⁵⁴ In der endgültigen Fassung des BBauG – und in der Folge des BauGB – ist diese Vorschrift ganz gestrichen worden und durch eine einfache Verweisung auf landesrechtliche Vorschriften ersetzt worden. Im Rahmen des Erschließungsbeitragsrechts gelten Verbesserungs- und Erweite-

⁵¹ *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.11.

⁵² *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 123, Rn.5; *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.10; *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 123, Rn.15; *Manstein*, MittRhNotK 1995, S.1 (7); *Rabe/ Steinfurt/ Heintz*, Bau- und Planungsrecht, S.205; *Cholewa*, Erschließungsbeitragsrecht, § 123, Tz.3.

⁵³ Hierzu ausführlich *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 123, Rn.5.

⁵⁴ *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 123, Rn.5.

rungsmaßnahmen nicht als Herstellung. Das muss in gleicher Weise im Rahmen des allgemeinen Erschließungsrechts gelten: Zwar hat der Gesetzgeber an den Vorschriften des Entwurfs über die Erschließung selbst in diesem Punkt nichts geändert, jedoch war in beiden Entwürfen der Herstellungsbegriff erst durch beitragsrechtliche Vorschriften auf Verbesserungs- und Erweiterungsmaßnahmen ausgedehnt worden. Mit dem Entfallen dieser Erweiterung des Herstellungsbegriffs im Erschließungsbeitragsrecht ist daher auch im Rahmen des allgemeinen Erschließungsrechts nicht mehr von einem weiten Erschließungsbegriff auszugehen. Die beitragsrechtliche Norm des § 128 II S.1 BauGB spricht gerade nicht für eine weite Interpretation des Herstellungsbegriffs im allgemeinen Erschließungsrecht.⁵⁵

Dieses Ergebnis bestätigt zudem der Sinnzusammenhang der Normen, die sich mit der Erschließung befassen (§§ 31, 34, 35; 123 ff. BauGB). Wie das *BVerwG* festgestellt hat, stehen diese Vorschriften in einem engen Funktionszusammenhang und haben alle einen spezifischen zeitlichen Bezug. Sie sollen gewährleisten, dass im Zeitpunkt der Erteilung einer Baugenehmigung die Erschließung der Grundstücke gesichert bzw. ausreichend gesichert ist und im Zeitpunkt der Fertigstellung der genehmigten Anlagen eine den Erfordernissen der Bebauung und der Verkehrs genügende Erschließungsanlage tatsächlich und rechtlich nutzbar ist. Weitergehende Anforderungen stellt das bundesrechtliche Erschließungsrecht nicht, und dementsprechend trifft es keine weitergehende Regelung.⁵⁶ Mit der (erstmaligen) Herstellung der Erschließungsanlage erlischt daher die Erschließungspflicht der Gemeinde.⁵⁷ Für Erschließungsanlagen nach § 127 II BauGB bestimmt sich dieser Zeitpunkt nach den §§ 133 II, 132 Nr.4 BauGB in Verbindung mit der Merkmalsregelung in der Erschließungsbeitragsatzung,⁵⁸ im Übrigen nach

⁵⁵ So im Ergebnis auch *Weyreuther*, UPR 1994, S.121 (127); § 128 II S.1 BauGB ist auch bei dieser Betrachtungsweise nicht bedeutungslos: Der Sinn dieser Vorschrift bestand nämlich von Beginn an darin, keine Zweifel darüber aufkommen zu lassen, ob der Gesetzgeber durch die Änderung der ursprünglichen Regierungsvorlage das Recht der Gemeinden für Verbesserungs- und Erweiterungsmaßnahmen die Grundstückseigentümer nach landesrechtlichen Vorschriften zu belasten, ausschließen wollte; bei einer – naheliegenden – ersatzlosen Streichung des § 150 II S.1 der Regierungsvorlage hätte aufgrund des systematischen Zusammenhangs und der Entstehungsgeschichte der Vorschriften dieser Schluss gezogen werden können, *Schmidt/ Bogner/ Steenbock*, Handbuch des Erschließungsrechts, Rn.1509.

⁵⁶ *BVerwG*, Urteil vom 11.11.1987, *BVerwGE* 78, 266 (270).

⁵⁷ *BVerwG*, Urteil vom 28.10.1981, *BVerwGE* 64, 186 (188).

⁵⁸ *Vogel*, in: Brügelmann, BauGB, § 123, Rn.15.

der Erreichung des im Bauprogramm als endgültig vorgesehenen Zustandes.⁵⁹

3. Zusammenfassung

Unter Erschließung im Sinne des allgemeinen Erschließungsrechts des BauGB ist die Herstellung von Erschließungsanlagen, die die bauliche und gewerbliche Nutzung des Baulandes ermöglichen oder erleichtern, zu verstehen. Die Baureifmachung umfasst dabei nur die erstmalige Herstellung von Erschließungsanlagen, nicht deren Erweiterung, Verbesserung oder Unterhaltung. Zu den Erschließungsanlagen gehören insbesondere die in § 127 II BauGB aufgezählten Anlagen, aber auch sonstige Anlagen, ohne die eine bauliche oder gewerbliche Nutzung nicht möglich wäre, wie z.B. Wasserversorgungs- und Entwässerungsanlagen.

II. Die Erschließungslast

Die Erschließung ist Aufgabe der Gemeinde, soweit sie nicht kraft Gesetzes oder öffentlich-rechtlicher Verpflichtung einem anderen obliegt, § 123 I BauGB.

1. Die Gemeinde als Träger der Erschließungslast

Soweit die Gemeinde Träger der Erschließungslast ist, kann sie die Erschließung durch eigenes Personal durchführen. In der Regel wird sie jedoch zumindest die technische Durchführung durch Abschluss privatrechtlicher Verträge auf (private) Bauunternehmer übertragen.⁶⁰ Sie kann auch zusätzlich die Ingenieurleistung – das heißt die Planung und Objektbetreuung der jeweiligen Erschließungsanlage – auf einen privaten Werkunternehmer übertragen, um so ihren eigenen Verwaltungsaufwand zu minimieren.⁶¹

Fraglich ist, ob die Aufgabe der Erschließung zum übertragenen oder eigenen Wirkungskreis der Gemeinde zählt. Zum eigenen Wirkungskreis der Gemeinde gehören alle aus der Aufgabenallzuständigkeit der Gemeinden abgeleiteten Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft (Art.28 II S.1 GG, Art.11 II, 83 I BV, Art.7 I BayGO), soweit sie nicht durch Gesetz einem anderen Träger zugewiesen sind.⁶² Örtliche Angelegenheiten in diesem Sinne sind solche, die in der örtlichen Gemein-

⁵⁹ *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 123, Rn.33.

⁶⁰ *Vogel*, in: Brügelmann, BauGB, § 124, Rn.4.

⁶¹ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6, Rn.7.

⁶² *Stober*, Kommunalrecht in der BRD, S.35.

schaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben.⁶³ Es handelt sich also um solche Aufgaben, die innerhalb der Grenzen der Gemeinde anfallen und sich nicht zugleich als Aufgaben im Gesamtgebiet der größeren Organisationseinheit Landkreis darstellen.⁶⁴ Welche Aufgaben dies im einzelnen sind, ist seit jeher umstritten, da ein Großteil der Aufgaben, die einen spezifischen örtlichen Bezug haben, zugleich überörtliche Wirkung entfalten, eine Abgrenzung im Einzelfall daher Schwierigkeiten bereiten kann.⁶⁵ Unstreitig gehört jedoch die Aufgabe der Erschließung zu den Selbstverwaltungsangelegenheiten der Gemeinde. Hiervon geht auch der Gesetzgeber des BauGB aus. Das ergibt sich schon aus der Begründung des Regierungsentwurfs des BBauG⁶⁶ und zum anderen aus der Regelung des § 125 II a.F. BauGB: Bei Aufgaben des übertragenen Wirkungsbereiches steht den höheren Verwaltungsbehörden ein Weisungsrecht schon aus den kommunalrechtlichen Vorschriften zu (vgl. für Bayern Art.8 II BayGO). Eine besondere gesetzliche Vorschrift, die – wie § 125 II a.F. BauGB – ein Zustimmungserfordernis der höheren Verwaltungsbehörde begründet hat, wäre daher überflüssig gewesen.⁶⁷

Die Gemeindeordnungen unterscheiden innerhalb des eigenen Wirkungsbereiches zwischen freiwilligen und pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben. Im Rahmen der freiwilligen Aufgaben verwirklicht die Gemeinde vor allem ihre Sozial-, Kultur-, Wirtschafts- und Umweltverantwortung auf lokaler Ebene.⁶⁸ Die pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben sind den Kommunen durch Bundes- oder Landesrecht oder durch Rechtsverordnung auferlegt.⁶⁹ Nach ganz einhelliger Auffassung ist die Aufgabe der Erschließung eine Pflichtaufgabe der Gemeinde.⁷⁰ Das ergibt sich aus der Formulierung des § 123 I, II BauGB: Danach ist die Erschließung

⁶³ BVerfG, Urteil vom 30.7.1958, BVerfGE 8, 122 (134).

⁶⁴ Knemeyer, Kommunalrecht, Rn.146.

⁶⁵ Vgl. Püttner, in: Isensee/ Kirchhof, HStR IV, § 107, Rn.17 m.w.N.

⁶⁶ Der Gesetzgeber ging davon aus, dass das Erschließungsrecht schon immer Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinde war, vgl. BT-Drucksache 3/336, S.96 f.

⁶⁷ Ernst, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 123, Rn.11; Schmidt/ Bogner/ Steenbock, Handbuch des Erschließungsrechts, Rn.151; Zschoch, Der Erschließungsvertrag und der Vertrag über die kommunalen Folgelasten, S.41; Braun, Die Erschließung von Bauland nach dem BBauG, S.16.

⁶⁸ Stober, Kommunalrecht in der BRD, S.35.

⁶⁹ Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Pflichtaufgabenzuweisung durch den Bundesgesetzgeber vgl. Vogelsang/ Lübking/ Jahn, Kommunale Selbstverwaltung, Rn.141 f.

⁷⁰ Fischer, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.14; Ernst, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 123, Rn.13; Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeitragsrecht, § 5, Rn.21; Cholewa, Erschließungsrecht, Rn.5; Vogelsang/ Lübking/ Jahn, Kommunale Selbstverwaltung, Rn.144.

Aufgabe der Gemeinde. Die Erschließung soll sich nach den Erfordernissen der Bebauung und des Verkehrs richten. Die Formulierung als Soll bedeutet grundsätzlich ein Muss.⁷¹ Die Bedeutung der Pflichtaufgaben besteht in ihrer rechtsaufsichtlichen Erzwingbarkeit.⁷² Die Gemeinde ist daher grundsätzlich verpflichtet, planerisch vorgesehene Baugebiete auch zu erschließen.⁷³ Die Erschließungsaufgabe der Gemeinde kann nach den kommunalrechtlichen Vorschriften der Länder⁷⁴ im Wege der Ersatzvornahme durchgesetzt werden.⁷⁵ Allerdings beinhaltet diese Pflichtaufgabe nach ständiger Rechtsprechung dennoch ein gewisses Maß an Freiheit über das „ob“, „wann“ und „wie“ der Erschließung.⁷⁶

Die Erfüllung der gemeindlichen Erschließungslast wird begrenzt durch die finanzielle Leistungsfähigkeit der Gemeinde, das heißt ihrer ordnungsgemäßen Haushaltsführung.⁷⁷ Die sich aus dem Kommunalrecht ergebenden Grundsätze der Haushalts- und Wirtschaftsführung sind durch das Baugesetzbuch nicht geändert worden. Zudem verstieße eine Regelung, die zu einem Verfall der kommunalen Finanzen führen könnte, ohne dass die Gemeinden die Möglichkeit hätten, eine entsprechende Belastung eigenverantwortlich zu regulieren, gegen die durch

⁷¹ *BVerwG*, Urteil vom 8.9.1972, *BVerwGE* 40, 323 (330); *Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, Rn.84; *Wolff/ Bachof/ Stober*, Verwaltungsrecht I, § 31, Rn.34.

⁷² *Knemeyer*, Kommunalrecht, Rn.157.

⁷³ *Richarz/ Steinmetz*, Erschließung in der kommunalen Praxis, S.9.

⁷⁴ In der Regierungsvorlage zum Bundesbaugesetz sah § 136 VI noch vor, dass die Erschließung gegenüber säumigen Gemeinden von den höheren Verwaltungsbehörden angeordnet und nach fruchtlosem Fristablauf im Wege der Ersatzvornahme vorgenommen werden sollte. In dieser Vorschrift wurde jedoch ein unzulässiger Eingriff in das Kommunalverfassungsrecht der Länder gesehen, die Länderregelungen über eine Ersatzvornahme im Rahmen der Kommunalaufsicht (Art.108, 109 I, 113 BayGO) zudem als ausreichend angesehen, vgl. BT-Drucksache 3/zu 1794, S.3 und S.23.

⁷⁵ Der Einzelne kann durch die Beschwerde an die Aufsichtsbehörde eine Anregung zu einer rechtsaufsichtlichen Überprüfung geben, *VGH München*, Urteil vom 30.9.1970, *BayBgm* 1971, S.83 (83); *Heitzer/ Oestreicher*, Bundesbaugesetz, Band I, § 123, Anm.3.

⁷⁶ *BVerfG*, Beschluss vom 5.7.1972, *BVerfGE* 33, 265 (291); *BVerwG*, Urteil vom 28.10.1981, *BVerwGE* 64, 186 (188 ff.); *BVerwG*, Urteil vom 4.10.1974, *KStZ* 75, S.51; *BVerwG*, Urteil vom 23.4.1969, *BVerwGE* 32, 37 (40); so auch *Buhl*, *VBIBW* 1984, S.166; *Weyreuther*, *DVBl* 1970, S.3 (5).

⁷⁷ *BVerwG*, Urteil vom 23.4.1969, *BVerwGE* 32, 37 (40); *Gather*, Erschließungsrecht, S.5; vgl. zu diesen Grundsätzen *Knemeyer*, Bayerisches Kommunalrecht, Rn.379 ff.; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn.658; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn.445 ff.; *Zschoch*, Der Erschließungsvertrag und der Vertrag über die kommunalen Folgelasten, S.44 ff.; *Ernst*, in: *E/ Z/ B/ K*, *BauGB*, § 123, Rn.12; *Bielenberg*, *DVBl* 1967, S.255 (257).

Art.28 II S.1 GG und Art.11 II BV garantierte gemeindlichen Selbstverwaltung, zu der auch die Finanzhoheit⁷⁸ gehört.⁷⁹

2. Andere Träger der Erschließungslast

Gemäß § 123 I BauGB können gesetzliche Vorschriften oder öffentlich-rechtliche Verpflichtungen von der grundsätzlichen Erschließungslast der Gemeinde eine Ausnahme machen. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung getragen, dass die Baulast insbesondere für den Straßenbau nicht nur bei den Gemeinden, sondern ebenso bei den Ländern und dem Bund liegen kann.⁸⁰ In diesen Fällen hat die Gemeinde auch keine Aufgaben und Pflichten subsidiärer Natur.⁸¹ Sind kraft Gesetz einem anderen Träger Erschließungsmaßnahmen aufgegeben, geht diese Erschließungslast auch nicht auf die Gemeinde über, wenn sie die Durchführung dieser Aufgabe vertraglich übernimmt.⁸²

Der Vorbehalt der anderen gesetzlichen Vorschriften bezieht sich auf das gesamte materielle Recht⁸³, also auch auf Gewohnheitsrecht. Zu letzterem gehören die sogenannten Observanzen, das heißt vor in Kraft treten des BBauG geschaffenes örtlich geltendes Gewohnheitsrecht⁸⁴, aufgrund dessen andere, insbesondere Anlieger, Straßen oder deren Teileinrichtungen wie zum Beispiel Bürgersteige („Bürgersteigobservanzen“) herzustellen haben.⁸⁵ Die Observanzen hatten in der Vergangenheit größere Bedeutung, haben aber mittlerweile ihre Bedeutsamkeit ver-

⁷⁸ Vgl. Art.28 II S.3 GG, *Püttner*, in: Isensee/ Kirchhof, HStR IV, § 107, Rn.25; *Jarass/ Pieroth*, GG, Art.28 GG, Rn.14.

⁷⁹ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 5, Rn.11; *Zschoch*, Der Erschließungsvertrag und der Vertrag über die kommunalen Folgelasten, S.46; *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 123, Rn.12.

⁸⁰ *BVerwG*, Urteil vom 5.9.1975, BRS 37, S.1 (2); *BVerwG*, Urteil vom 25.11.1981, DÖV 1982, S.328 (329).

⁸¹ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 5, Rn.12; *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 123, Rn.14.

⁸² *BVerwG* Urteil vom 25.11.1981, DÖV 1982, S.328 (329).

⁸³ Unabhängig davon, ob die Vorschriften vor oder nach Inkrafttreten des BauGB erlassen wurden, *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 5, Rn.13.

⁸⁴ *Braun*, Die Erschließung von Bauland nach dem BBauG, S.19; *Wolff/ Bachof/ Stober*, Verwaltungsrecht I, § 25, Rn.17; *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S.148; *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 16, Rn.74.

⁸⁵ *Cholewa*, KStZ 1962, S.28 (28).

loren, da sie zwischenzeitlich durch die Straßen- und Wegegesetze der Länder aufgehoben worden sind.⁸⁶

Wichtige gesetzliche Vorschriften im Sinne des § 123 I BauGB enthält das Straßenrecht, insbesondere §§ 3, 5 FStrG und das Landesstraßenrecht über den jeweiligen Träger der Straßenbaulast (Art.41, 42, 44 BayStrWG).⁸⁷ Auch in anderen Bereichen bestehen anderweitige Aufgabenzuweisungen: Im Abfallrecht sind nach §§ 13 I, 15 I KrW-/AbfG in Verbindung mit Art.3 I BayAbfAIG⁸⁸ die Landkreise und kreisfreien Gemeinden für die in ihrem Gebiet anfallenden Abfälle entsorgungspflichtige Körperschaft; im Bereich der Energieversorgung erlegt § 6 EnergWG den Energieversorgungsunternehmen, die ein bestimmtes Gebiet mit Strom, Gas und Wärme versorgen, eine Anschluss- und Versorgungspflicht auf; im Recht der Flurbereinigung ist nach §§ 42, 18 FlurbG die Teilnehmergeinschaft gemäß dem Wege- und Gewässerplan nach § 41 FlurbG zur Herstellung bestimmter Straßen verpflichtet.⁸⁹ Die Erschließungsaufgabe der Gemeinde wird dadurch wesentlich eingeschränkt: Die Erschließungslast besteht für die Anlagen im Sinne des § 127 II BauGB. Die Aufgabe zur Herstellung von Anbaustraßen (§ 127 II Nr.1 BauGB) obliegt ihr allerdings nur im Rahmen ihrer Straßenbaulast. Auch hinsichtlich der leitungsgebundenen Einrichtungen (§ 127 IV BauGB) ist sie regelmäßig nur für die Herstellung der Wasserversorgungs- und Entwässerungsanlagen zuständig. Die folgende Darstellung beschränkt sich auf die Anlagen, für die die Zuständigkeit der Gemeinde regelmäßig besteht.

Die Gemeinde kann ihre Erschließungsaufgabe durch öffentlich-rechtliche Verpflichtung übertragen. Öffentlich-rechtliche Verpflichtungen im Sinne des § 123 I BauGB können durch Vertrag oder durch Verwaltungsakt (insbesondere Planfeststellungsbeschluss) begründet werden. Öffentlich-rechtliche Verträge können im allgemeinen gesetzlich begründete Zuständigkeiten nur abändern oder übertragen, wenn eine gesetzli-

⁸⁶ *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.15; ausführlich zu den Observanzen *Braun*, Die Erschließung von Bauland nach dem BBauG, S.19 ff.

⁸⁷ Die Herstellung der Straßenbeleuchtungseinrichtungen obliegt jedoch stets der Gemeinde, unabhängig davon, wer Träger der Straßenbaulast ist, *BVerwG* vom 15.9.1989, NVwZ 1990, S.374 (376): Die Herstellung der Beleuchtungseinrichtungen zählt nicht zur Straßenbaulast (vgl. Art.2 , 9 III S.1 BayStrWG), ihre Baulast ergibt sich daher unmittelbar aus § 123 I BauGB, *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.16; *Sailer*, in: *Cholewa/ Dyong/ von der Heide/ Sailer*, BauGB, § 123, Rn.2.

⁸⁸ Kritisch zur Zuständigkeitsverteilung im Abfallrecht, *Blümel*, *VerwArch* 75 (1984), S.297 ff.

⁸⁹ Weitere Vorschriften in diesem Sinne finden sich auch im BauGB (§ 203 I BauGB und § 205 I, IV BauGB).

che Norm hierzu befugt.⁹⁰ Eine solche Vereinbarungsmöglichkeit sieht zum Beispiel § 5 EisenbahnkrG vor.⁹¹ Anderweitige Erschließungszuständigkeiten können insbesondere durch straßenrechtliche Planfeststellungsbeschlüsse (z.B. § 17 FStrG) begründet werden. Durch Abschluss eines Erschließungsvertrags kann sich die Gemeinde hingegen nicht ihrer Erschließungslast entledigen. Mit dem Erschließungsvertrag kann sie nach nunmehr einhelliger Ansicht⁹² lediglich die Durchführung der Erschließungsmaßnahmen auf einen Dritten übertragen.⁹³ Der Erschließungsunternehmer wird nicht mit der Erschließungsaufgabe beliehen. Hierfür spricht insbesondere folgende Überlegung: Führt die Gemeinde die Erschließung durch, kann sie einen Teil ihrer Kosten mittels Beitragsbescheid auf die Grundstückseigentümer abwälzen. Das Verhältnis zwischen Erschließungsunternehmer und Grundstückseigentümern gestaltet sich hingegen rein privatrechtlich, da die Gemeinde nur die Durchführung der Erschließungsmaßnahmen, nicht das Recht, Erschließungsbeiträge zu erheben, auf den Erschließungsunternehmer übertragen kann. Der Beliehene zeichnet sich jedoch gerade dadurch aus, dass er als Privatperson mit der hoheitlichen Wahrnehmung bestimmter Verwaltungsaufgaben in eigenem Namen betraut ist, in begrenztem Umfang also hoheitlich handelt.⁹⁴ Dem Erschließungsunternehmer stehen keine hoheitlichen Befugnisse zu, er ist daher nicht als mit der Erschließungslast Beliehener anzusehen.⁹⁵

3. Der Umfang und der Zeitpunkt der Erschließung

§ 123 II BauGB regelt den Umfang und den Zeitpunkt der Erschließung. § 123 II HS 1 BauGB besagt, wie die Erschließungsanlagen beschaffen sein sollen, während § 123 II HS 2 BauGB bestimmt, wann sie benutzbar sein sollen. § 123 II BauGB ist als Sollvorschrift ausgestattet, das heißt dass die Voraussetzungen der Vorschrift im Regelfall erfüllt sein

⁹⁰ Vogel, in: Brügelmann, BauGB, § 123, Rn.10.

⁹¹ Auch Art.7 I KommZG sieht eine Aufgabenübertragung von der Gemeinde auf den Zweckverband durch eine Zweckvereinbarung vor.

⁹² A.A. noch unter Geltung des BBauG z.B. Finkler, Erschließungsrecht, S.22 f.

⁹³ BVerwG, Urteil vom 22.8.1975, BVerwGE 49, 125 (127 f.); Ernst, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 124, Rn.3; Löhr, in: B/ K/ L, BauGB, § 124, Rn.4; Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 5, Rn.16; Krebs, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 4.Abschnitt, Rn.163; Sailer, in: Cholewa/ Dyong/ von der Heide/ Sailer, BauGB, § 124, Anm.3; Quaas, Kommunales Abgabenrecht, Rn.183; Reif/ Gössl/ Ruf, BWGZ 1994, S.200 (202).

⁹⁴ Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, Rn.638.

⁹⁵ So Müller, Öffentliches Vertragsrecht in der Praxis, S.73.

müssen; nur in begründeten Ausnahmefällen ist ein Abweichen von der Regel zulässig.⁹⁶

Die Erschließungsanlagen sollen so hergestellt werden, dass sie den Erfordernissen der Bebauung und des Verkehrs entsprechen. Dabei ist nicht auf ein einzelnes Grundstück abzustellen, sondern auf die Gesamtheit der im Erschließungsgebiet liegenden Grundstücke.⁹⁷ Unter Bebauung ist die in diesem Gebiet zulässige Bebauung zu verstehen. Im Falle des Bestehens eines rechtsverbindlichen Bebauungsplans ist dies die nach diesem Plan vorgesehene, im unbeplanten Gebiet die nach §§ 33 bis 35 BauGB zulässige Bebauung.⁹⁸ Die Erschließung muss so gestaltet sein, dass eine funktionsgerechte Nutzung gewährleistet ist.⁹⁹ Hinsichtlich der wegemäßigen Erschließung sieht die Rechtsprechung diese Erfordernisse nur dann als erfüllt an, wenn bestimmte Mindestbedingungen erfüllt sind. Die Grundstücke müssen danach grundsätzlich mit Kraftfahrzeugen erreichbar sein.¹⁰⁰

Über den Zeitraum, in dem die Erschließung durchgeführt werden soll, bestimmt das BauGB nur, dass die Erschließungsanlagen spätestens bis zur Fertigstellung der anzuschließenden baulichen Anlagen benutzbar sein sollen.¹⁰¹ § 123 II HS 2 BauGB regelt nicht, wann die Erschließungsanlagen – entsprechend der Erschließungsbeitragssatzung (§ 132 Nr.4 BauGB), dem Bebauungsplan oder einem sonstigen Ausbauprogramm – endgültig herzustellen sind. Das zeigt schon die unterschiedliche Wortwahl in § 123 II HS 2 und § 125 II bzw. § 133 II BauGB.¹⁰² Die Benutzbarkeit einer Anlage ist ihrer Fertigstellung zeitlich vorgelagert.¹⁰³ Für die Benutzbarkeit ist ausreichend, dass eine gefahrlose und funktionsfähige Erschließung gewährleistet ist.¹⁰⁴ Für die

⁹⁶ Vgl. Nachweise bei 1.Teil:C.II.1, Seite 26, Fußnote 71.

⁹⁷ *BVerwG*, Urteil vom 6.5.1966, BBauBl 1967, S.120 (121); *BVerwG*, Urteil vom 12.6.1970, BRS 37, S.182 (184); dazu bereits oben, 1.Teil:B, Seite 16.

⁹⁸ *Quaas*, Erschließungs- und Erschließungsbeitragsrecht, Rn.17; *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.166.

⁹⁹ Dabei hat sich die Gemeinde insbesondere am Charakter des jeweiligen Gebiets, das erschlossen werden soll, zu orientieren (reines Wohngebiet, Gewerbegebiet, usw.); der Gebietscharakter lässt zudem Rückschlüsse auf den zu erwartenden Verkehr zu, *Richarz/ Steinmetz*, Erschließung in der kommunalen Praxis, S.10.

¹⁰⁰ *BVerwG*, Urteil vom 13.2.1976, DÖV 1976, S.561 (562).

¹⁰¹ Noch im Regierungsentwurf zum BBauG war in § 138 I vorgesehen, dass die Erschließung grundsätzlich vor Baubeginn durchgeführt werden musste, vgl. BT-Drucksache 3/1794, S.91.

¹⁰² *Schmidt/ Bogner/ Steenbock*, Handbuch des Erschließungsrechts, Rn.170.

¹⁰³ *Richarz/ Steinmetz*, Erschließung in der kommunalen Praxis, S.7 und 12.

¹⁰⁴ *Löhr*, in: *B/ K/ L*, BauGB, § 123, Rn.14.

wegemäßige Erschließung ist es daher rechtlich regelmäßig zulässig (und zweckmäßig), eine Erschließungsstraße zunächst als Baustraße (ohne Teileinrichtungen, wie z.B. Gehwege) auszugestalten und die oberste Straßendecke erst später einzurichten.¹⁰⁵ Ist die Erschließungsanlage benutzbar und sind die übrigen Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt, hat die Gemeinde eine beantragte Baugenehmigung zu erteilen. Der Begriff benutzbar in § 123 II HS 2 BauGB darf aber nicht zu der Annahme verleiten, die Herstellung im Sinne des § 123 II HS 1 BauGB zielt nur auf die bloße Benutzbarkeit ab.¹⁰⁶ Erst mit der endgültigen Herstellung erlischt die sich aus § 123 I BauGB ergebende allgemeine Erschließungspflicht.¹⁰⁷ Im Übrigen wird es im Interesse der Gemeinde liegen, die Erschließungsanlagen über den Zustand der Benutzbarkeit hinaus bereits möglichst frühzeitig endgültig herzustellen, da frühestens ab diesem Zeitpunkt die sachliche Beitragspflicht entsteht, vgl. § 133 II BauGB. In der Praxis kommt es aber durchaus vor, dass zwischen dem Zeitpunkt der Herstellung im Sinne des § 123 II BauGB und der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlage mehrere Jahre vergehen.¹⁰⁸

4. Die Verdichtung der Erschließungspflicht

Gemäß § 123 III BauGB besteht grundsätzlich kein Rechtsanspruch auf Erschließung. Aus § 123 I BauGB ergibt sich ebenfalls kein Rechtsanspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung, da diese Vorschrift keine gesetzliche Regelung ist, die – zumindest auch – dem Interesse der Betroffenen zu dienen bestimmt ist¹⁰⁹, sondern die Erschließungsvorschriften ausschließlich dem allgemeinen Interesse, nicht aber auch dem individuellen Interesse Einzelner dienen sollen.¹¹⁰ Bezugspunkt des § 123 III BauGB ist indes nur § 123 I BauGB, das heißt § 123 III BauGB sagt nichts darüber, ob sich nicht aus anderen Rechtsgründen ein Anspruch auf Erschließung ergeben kann.¹¹¹ In seinem Urteil vom

¹⁰⁵ *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.20.

¹⁰⁶ *Ludyga/Steiner*, Erschließungsbeitrag nach dem BauGB, § 123, Rn.55.

¹⁰⁷ *Ludyga/Steiner*, Erschließungsbeitrag nach dem BauGB, § 123, Rn.67.

¹⁰⁸ *Richarz/Steinmetz*, Erschließung in der kommunalen Praxis, S.7.

¹⁰⁹ Einen allgemeinen Anspruch des Bürgers auf fehlerfreie Ermessensausübung gibt es nicht, vgl. *BVerwG*, Urteil vom 7.1.1972, BVerwGE 39, 235 (237); *Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, Rn.158.

¹¹⁰ *BVerwG*, Beschluss vom 2.2.1978, BRS 37, S.18 (20).

¹¹¹ *BVerwG*, Urteil vom 22.1.1993, BVerwGE 92, 8 (12); ein weitergehender Ausschluss von Erschließungsansprüchen ist nicht anzunehmen; zum einen entspricht dies nicht dem Willen des Gesetzgebers, der die Eingriffe in das Kommunal- und Wegerecht möglichst gering halten wollte, außerdem hätte dem Bundesgesetzgeber für eine solch weitreichende Vorschrift die Gesetzgebungskompetenz gefehlt, *Ernst*, in: *E/ Z/ B/ K*, BauGB, § 123, Rn.28.

4.10.1974 hat das *BVerwG* erstmals erkannt, dass die allgemeine Erschließungspflicht der Gemeinde sich zu Gunsten bestimmter Erschließungsmaßnahmen zu einer aktuellen Erschließungspflicht verdichten und dann mit Ansprüchen Dritter korrespondieren kann.¹¹² Diese Rechtsgründe bedürfen allerdings im Hinblick auf § 123 III BauGB und der in Art.28 II S.1 GG und Art.11 II BV garantierten gemeindlichen Selbstverwaltung einer besonderen Rechtfertigung. Die von der Rechtsprechung in der Folgezeit gebildeten Fallgruppen einer Pflichtverdichtung finden ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung darin, dass sie an das (Fehl-) Verhalten der Gemeinde anknüpfen. Es ist allgemein anerkannt, dass das Verhalten eines Entscheidungsträgers Einschränkungen seiner Entscheidungsfreiheit nach sich ziehen kann.¹¹³ Hat eine Gemeinde durch ihr Verhalten auf diese Weise ihre Entscheidungsfreiheit eingeschränkt, reduziert sich der ihr durch Art.28 II S.1 GG, Art.11 II BV und § 123 III BauGB gewährte Schutz vor Ansprüchen auf Durchführung von Erschließungsmaßnahmen auf eine angemessene Bestimmung des Zeitpunkts, bis zu dem sie eine bestimmte Erschließungsmaßnahme vorgenommen haben muss.¹¹⁴

a. Rechtsgründe einer Aufgabenverdichtung

Zu einer Pflichtverdichtung können vertragliche Vereinbarungen und Zusagen führen.¹¹⁵ Regelmäßig werden z.B. die Parteien eines Vorauszahlungsvertrags¹¹⁶ vereinbaren, dass die Gemeinde nach Erhalt der Vorauszahlung mit dem Bau der Erschließungsanlage beginnt und sie innerhalb eines bestimmten Zeitraums fertig stellt.¹¹⁷ Nach ganz einhelliger Auffassung¹¹⁸ kann auch der Abschluss eines Ablösungsvertrags (§ 135 III S.5 BauGB bzw. Art.5 IX S.1 BayKAG) zu einer Aufgabenverdichtung führen. Vertragsinhalt eines Ablösungsvertrags ist zwar nicht

¹¹² *BVerwG*, Urteil vom 4.10.1975, KStZ 1975, S.51.

¹¹³ *BVerwG*, Urteil vom 28.10.1981, BVerwGE 64, 186 (190); *Ernst*, in E/ Z/ B/ K, BauGB, § 123, Rn.31a.

¹¹⁴ *BVerwG*, Urteil vom 3.5.1991, BVerwGE 88, 166 (169); *BVerwG*, Urteil vom 6.2.1985, BVerwGE 78, 266 (269); *BVerwG*, Urteil vom 28.10.1981, BVerwGE 64, 186 (190).

¹¹⁵ *BVerwG*, Urteil vom 22.1.1993, BVerwGE 92, 8 (12 f.); *BVerwG*, Urteil vom 28.10.1981, BVerwGE 64, 186 (190); *VGH Mannheim*, VBIBW 1982, S.301 (302); *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.21; a.A. *Vogel*, in: Brügmann, BauGB, § 123, Rn.24.

¹¹⁶ Vgl. zum Vorauszahlungsvertrag 3.Teil:A.II.4, Seite 159.

¹¹⁷ Vgl. das Vertragsformular bei *Johlen*, Münchener Vertragshandbuch, Band 2, VII.8.

¹¹⁸ *Vogel*, in Brügmann, BauGB, § 123, Rn.17; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 5, Rn.28; *Klausing*, in: FS für Felix Weyreuther, S.455 (469); *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.29.

die Verpflichtung der Gemeinde, die Erschließung durchzuführen. Hat die Gemeinde aber einen solchen Vertrag abgeschlossen und den Ablösebetrag bereits kassiert, ist sie in diesem Fall verpflichtet innerhalb angemessener Zeit einen benutzbaren Zustand der Erschließungsanlagen herzustellen.¹¹⁹

Der Erlass eines qualifizierten Bebauungsplans nach § 30 BauGB führt grundsätzlich nicht zu einem Anspruch auf Erschließung.¹²⁰ Sperrt der erlassene Bebauungsplan aber ein altes genehmigungsfähiges Baurecht (inklusive Erschließung)¹²¹ und ist das neue Baurecht mangels Erschließung nicht genehmigungsfähig, hat die Gemeinde die Erschließung innerhalb einer angemessenen Frist – deren Bemessung sich an § 17 BauGB orientieren sollte¹²² – die Erschließung zu leisten, da der Bebauungsplan in dieser Konstellation wie eine Veränderungssperre wirkt, die auf Dauer nicht entschädigungslos hingenommen werden kann.¹²³ Die Pflicht der Gemeinde, in diesen Fällen die Erschließung vorzunehmen, ergibt sich somit letztlich aus Art.14 I S.1 GG.¹²⁴ Entsprechendes gilt bei der Überplanung von Grundstücken im Außenbereich. Der Eintritt einer Aufgabenverdichtung setzt hier voraus, dass ein beabsichtigtes Vorhaben nach Maßgabe des § 35 BauGB genehmigungsfähig war und die Nutzung des Grundstücks nach Erlass des Bebauungsplans mangels hinreichender Erschließung nicht verwirklicht werden darf.¹²⁵ Da ein bereits bebautes Grundstück von dieser Sperrwirkung nicht betroffen wird, kann unter Berufung auf den Bebauungsplan nicht die Erschließung einer bereits vorhandenen baulichen Anlage verlangt werden.¹²⁶

¹¹⁹ Als angemessen wird ein Zeitraum von 6 Jahren angesehen, *Klausing*, in: FS für Felix Weyreuther, S.455 (469); *Kothe*, BWGZ 1994, 169 (172).

¹²⁰ *BVerwG*, Urteil vom 22.1.1992, BVerwGE 92, 8 (18); *BVerwG*, Urteil vom 21.2.1986, BauR 1986, S.305 (306 f.); *BVerwG*, Urteil vom 4.10.1974, KStZ 1975, S.51; a.A. *Weyreuther*, DVBl 1970, S.3 (5).

¹²¹ Eine Verdichtungswirkung tritt nicht ein, wenn die Erschließung der Grundstücke, die beplant werden, nicht gesichert war. Hier besteht kein Bauanspruch und wird somit auch nicht gesperrt, *BVerwG*, Urteil vom 21.2.1986, BauR 1986, S.305 (307).

¹²² *BVerwG*, Urteil vom 28.10.1981, BVerwGE 64, 186 (191).

¹²³ *BVerwG*, Urteil vom 6.2.1985, Buchholz 406.11 § 123 BBauG Nr.29, S.20 (22); *BVerwG*, Urteil vom 4.10.1974, KStZ 1975, S.51; *Vogel*, in Brügelmann, BauGB, § 123, Rn.18; *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.171.

¹²⁴ *BVerwG*, Urteil vom 22.1.1993, BVerwGE 92, 8 (13).

¹²⁵ *BVerwG*, Urteil vom 3.5.1991, BVerwGE 88, 166 (173 f.).

¹²⁶ *BVerwG*, Urteil vom 11.11.1987, BVerwGE 78, 266 (272 f.); *BVerwG*, Urteil vom 6.2.1985, Buchholz 406.11 § 123 BBauG Nr.29, S.20 (22).

Die Erteilung einer rechtswidrigen Baugenehmigung führt zu einer Verdichtung der Erschließungspflicht, wenn sie unter Mitwirkung der Gemeinde trotz fehlender Erschließung erteilt und das Bauvorhaben errichtet worden ist.¹²⁷ Die Pflicht, in diesen Fällen die Erschließung vorzunehmen entspricht dem öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch.¹²⁸ Der Zeitraum, in dem eine Pflichtverdichtung eintritt, ist großzügiger zu bemessen als in der vorgenannten Fallgruppe, da ordnungswidrige Zustände bereits durch die Mittel des Ordnungsrechts vermieden werden.¹²⁹ Ist das Bauvorhaben vor der Mitwirkung der Gemeinde verwirklicht worden, fehlt es an einer Verdichtung der Erschließungsaufgabe, da hier der rechtswidrige Zustand nicht auch auf dem Verhalten der Gemeinde beruht.¹³⁰

Als weiteren Grund, der zu einer Verdichtung der Erschließungslast führen kann, hat das *BVerwG* in seinem Urteil vom 22.1.1993 erstmals den Grundsatz von Treu und Glauben eingeführt. Dieser Grundsatz gelte ohne weiteres auch im öffentlichen Recht, es sei jedoch immer im Einzelfall zu prüfen, ob der Grundsatz zu einer Verdichtung führe.¹³¹ Das hat das *BVerwG* bejaht für eine Verweigerung oder ungebührliche Verzögerung der Planverwirklichung:¹³² Will eine Gemeinde einen von ihr erlassenen qualifizierten Bebauungsplan nicht mehr ausführen, muss sie diesen Plan aufheben oder ändern (§ 2 IV BauGB) und sich der daraus etwa folgenden Entschädigungspflicht (§ 42 BauGB) stellen. Auch auf den Rechtsgedanken von Treu und Glauben geht die Ablehnung eines geeigneten Erschließungsvertragsangebots zurück: Eine Gemeinde handelt gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn sie die Erschließung aus finanziellen Gründen verweigert, ein geeignetes Erschließungsangebot aber ablehnt.¹³³ Die Rechtsprechung hatte einen Anspruch auf Erschließung bei einem zumutbaren Erschließungsangebot bezüglich eines Vorhabens im beplanten Innenbereich und im Au-

¹²⁷ *BVerwG*, Urteil vom 11.11.1987, *BVerwGE* 78, 266 (273); *BVerwG*, Urteil vom 28.10.1981, *BVerwGE* 64, 186 (189).

¹²⁸ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 5, Rn.31.

¹²⁹ *BVerwG*, Urteil vom 28.10.1981, *BVerwGE* 64, 186 (191).

¹³⁰ Bei einem nachträglich genehmigten Schwarzbau besteht eine Erschließungsverpflichtung also nicht, da es hier nicht die gemeindliche Mitwirkung an der Genehmigung gewesen ist, die den rechtswidrigen Zustand veranlasst hat, *BVerwG*, Urteil vom 3.5.1991, *BVerwGE* 88, 166 (171)

¹³¹ Kritisch zu diesem neuen Begründungsansatz *Hofmann-Hoepfel*, *BauR* 1993, S.520 (534).

¹³² Vgl. dazu *BVerwG*, Urteil vom 22.1.1993, *BVerwGE* 92, 8 (20 ff.).

¹³³ *BVerwG*, Urteil vom 22.1.1993, *BVerwGE* 92, 8 (22 f.); *BVerwG*, Urteil vom 10.9.1976, *BauR* 1977, S.44 (47 f.).

ßenbereich bei privilegierten Vorhaben bejaht.¹³⁴ § 124 III S.2 BauGB trifft jetzt eine Regelung für den Fall, dass das Angebot, die Erschließung im Gebiet eines qualifizierten Bebauungsplans zu übernehmen von der Gemeinde abgelehnt wird. § 124 III S.2 BauGB ist durch das Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz vom 22.4.1993 (BGBl. I S.466) eingeführt worden.¹³⁵ Die Vorschrift schließt allerdings nicht die von der Rechtsprechung bisher anerkannten übrigen Fallgruppen einer Pflichtverdichtung aus.¹³⁶ Der Gesetzgeber wollte nur die bisherige Rechtsprechung klarstellen, aber keine darüber hinaus gehende Regelung treffen.¹³⁷

Unter Geltung des BBauG hatte die Rechtsprechung angenommen, sechs Jahre nach der letzten im Verfahren der Heranziehung zu einer Vorausleistung (§ 133 III S.1 BBauG) ergangenen Verwaltungsentscheidung werde ein Erschließungsanspruch fällig, falls bis dahin die die Vorausleistung auslösende Erschließungsanlage noch nicht benutzbar hergestellt sei.¹³⁸ Nachdem aber § 133 III S.3 und S.4 BauGB dem Vorausleistenden einen Rückzahlungsanspruch einräumt, falls die endgültige Erschließungsbeitragspflicht sechs Jahre nach Erlass des Vorausleistungsbescheids noch nicht entstanden und die Erschließungsanlage noch nicht benutzbar ist, ist kein Raum mehr für die Verdichtung der Erschließungspflicht unter diesem Gesichtspunkt.¹³⁹ Der Rückzahlungsan-

¹³⁴ *BVerwG*, Urteil vom 22.1.1993, *BVerwGE* 92, 8 (13); *BVerwG*, Urteil vom 30.8.1985, *DVBl* 1986, S.186 (187); *BVerwG*, Urteil vom 10.9.1976, *NJW* 1977, 405 (407); einen Anspruch auf Erschließung lehnt das *BVerwG* ab bei Vertragsangeboten, die sich auf nichtprivilegierte Vorhaben im Außenbereich (*BVerwG*, Urteil vom 7.2.1986, *DÖV* 1986, S.699, 700 f.) oder Vorhaben im unbepflanzten Innenbereich (*BVerwG*, Beschluss vom 7.1.1977, *Buchholz* 406.11 § 34 *BBauG* Nr.59, S.23, 25) beziehen.

¹³⁵ Diese Regelung hätte systemgerecht nicht in § 124 III S.2 BauGB, sondern in den den Anspruch auf Erschließung regelnden § 123 III BauGB als S.2 aufgenommen werden müssen, *Birk*, *VBIBW* 1993, S.457 (462, Rn.12a); *Fischer*, in: *Handbuch des öffentlichen Baurechts*, Kap. F, Rn.25.

¹³⁶ *Fischer*, in *Handbuch des öffentlichen Baurechts*, Kap. F, Rn.25; *Löhr*, in: *B/ K/ L*, *BauGB*, § 123, Rn.8; *Weyreuther*, *UPR* 1994, S.121 (131); *Sailer*, in: *Cholewa/ Dyong/ von der Heide/ Sailer*, § 123, Anm. 4; a.A. *Birk*, *VBIBW* 1993, S.457 (462).

¹³⁷ Vgl. *BT-Drucksache* 12/3944, S.30.

¹³⁸ Vgl. zum Beispiel *BVerwG*, Urteil vom 28.10.1981, *BVerwGE* 64, 186 (192 ff.).

¹³⁹ *BVerwG*, Urteil vom 23.4.1993, *BVerwGE*, 92, 242 (244); *Fischer*, in: *Handbuch des öffentlichen Baurechts*, Kap. F, Rn.29; *Uechtritz*, *BauR* 1988, S.1 (2); *Driehaus*, *Erschließungs- und Ausbaubeiträge*, § 5, Rn.34; *Ernst*, in: *E/ Z/ B/ K*, *BauGB*, § 123, Rn.29a und § 133, Rn.54; *Kallerhoff*, *Die Gesetzgebungskompetenz für das Erschließungsbeitragsrecht*, S.162; *Kothe*, *BWGZ* 1994, S.169 (172); jedenfalls nur für Alt.1 des § 133 III S.1 *BauGB* („Genehmigungsalternative“): *Quaas*, *Kommunales Abgabenrecht*, Rn.177; *Quaas*, in: *Schrödter*, *Baugesetzbuch*, § 123, Rn.27; *Thedieck*, *KStZ* 1991, S.61 (63); ganz anderer An-

spruch soll die Gemeinden dazu anhalten, die Erschließungsanlagen in einem angemessenen Zeitraum herzustellen.¹⁴⁰ Daraus lässt sich schließen, dass der Rückzahlungsanspruch an die Stelle des bei unveränderter Rechtslage entstehenden Erschließungsanspruchs tritt.¹⁴¹ Unberührt hiervon bleibt ein am 1.7.1987 bereits entstandener Erschließungsanspruch.¹⁴² Ist die 6-Jahres-Frist am 1.7.1987 noch nicht abgelaufen, tritt an die Stelle des Anspruchs auf Erschließung die Regelung des § 133 III S.3 BauGB.¹⁴³ Entsprechendes gilt im Rahmen des Kommunalabgabenrechts: Mit Art.5 V S.3 BayKAG ist am 1.1.1993 eine Regelung in Kraft getreten, nach der die Vorauszahlung zu erstatten ist, wenn die Beitragspflicht sechs Jahre nach Erlass des Vorauszahlungsbescheids noch nicht entstanden ist. Auch hier besteht kein Anspruch auf Herstellung der gemeindlichen Einrichtung, für die eine Vorausleistung erhoben wurde.

Nicht geeignet, einen Anspruch auf gemeindliche Erschließung eines Grundstücks zu begründen, ist eine „Bescheinigung“ der Gemeinde, dass das Grundstück als Bauerwartungsland bezeichnet werden kann oder eine positive Stellungnahme der Gemeinde zu einem Antrag auf Teilungsgenehmigung.¹⁴⁴ Nach Ansicht des *BVerwG* führt ebenso wenig eine Umlegung nach den §§ 45 ff. BauGB zu einer Verdichtung der Erschließungspflicht. Die Umlegung ist planakzessorisch und lediglich Vollzug der Planung, ohne dass sie aus sich heraus zu weiteren Schritten zwingt.¹⁴⁵ Auch für den Fall, dass die Gemeinde einen Erschließungsvertrag abgeschlossen hat, der Erschließungsunternehmer aber

sicht *Gloria*, NVwZ 1991, S.720 (726) und *Hofmann-Hoeppel*, BauR 1993, S.520 (532), die davon ausgehen, die Einführung des § 133 III S.3 und S.4 BauGB habe diesen Verdichtungsgrund überhaupt nicht entfallen lassen.

¹⁴⁰ Vgl. BT-Drucksache 10/4630, S.116.

¹⁴¹ *BVerwG*, Urteil vom 23.4.1993, DÖV 1993, S.1049; *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 123, Rn.29 a.

¹⁴² *BVerwG*, Urteil vom 23.4.1993, BVerwGE 92, 242 (245 f.).

¹⁴³ *BVerwG*, Urteil vom 23.4.1993, BVerwGE 92, 242 (246).

¹⁴⁴ *BVerwG*, Beschluss vom 2.2.1978, BRS 37, S.18 (19 f.); dazu *Buhl*, VBIBW. 1984, S.166 (167).

¹⁴⁵ *BVerwG*, Urteil vom 22.1.1993, BVerwGE 92, 8 (18 f.); dieser Rspr. folgend: *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.23; nach a.A. kann sich die Gemeinde nach Durchführung der Umlegung der Durchführung der Erschließung zur Herstellung der sachgerechten Grundstücksnutzung nicht längerfristig verschließen, *VGH München*, Urteil vom 21.3.1991, BauR 1991, S.313 (314); *Vogel*, in: Brügelmann, BauGB, § 123, Rn.20; *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 123, Rn.30; *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 123, Rn.5; *Gloria*, NVwZ 1991, S.720 (728).

die Erschließung nicht durchführt, besteht grundsätzlich kein Anspruch der Grundstückseigentümer gegen die Gemeinde auf Erschließung.¹⁴⁶

b. Der Umfang der Erschließungsverpflichtung

Der Inhalt der Erschließungsansprüche ist unterschiedlich, je nachdem, auf welchem Rechtsgrund die Pflichtverdichtung beruht. Grundsätzlich geht er nicht auf eine „volle“ Erschließung in dem Sinne, dass die Gemeinde die geplanten Erschließungsanlagen entsprechend dem gemeindlichen Ausbauprogramm und den Festsetzungen des Bebauungsplans durchzuführen hat.¹⁴⁷ Es reicht vielmehr aus, dass die zu einer funktionsgerechten Nutzung des Grundstücks erforderlichen Erschließungsanlagen in einen benutzbaren Zustand versetzt werden.¹⁴⁸ Etwas anderes gilt, wenn ein qualifizierter Bebauungsplan eine Sperrwirkung entfaltet oder die Gemeinde aufgrund von Treu und Glauben zur Erschließung verpflichtet ist (hierzu zählt auch der Fall des § 124 III S.2 BauGB).¹⁴⁹ In diesen Fällen ist dem Grundstückseigentümer die durch § 30 BauGB erlaubte Nutzung zu gestatten. Dies setzt voraus, dass die Erschließung gesichert ist und hat zur Folge, dass die im Bebauungsplan festgesetzten Erschließungsanlagen herzustellen sind. Nur in diesem Fall ist die Erschließung gesichert.¹⁵⁰ Hier hat der Anspruch somit zum Inhalt, dass die im Bebauungsplan festgesetzten Erschließungsanlagen in einen benutzbaren Zustand versetzt werden. Einen anderen Inhalt hat ein auf dem Gedanken der Folgenbeseitigung basierender Erschließungsanspruch. Dieser Anspruch beschränkt sich auf die Erschließungsmaßnahmen, die für die funktionsgerechte Nutzbarkeit der auf dem Grundstück vorhandenen baulichen Anlagen unerlässlich sind.¹⁵¹ Der Grundstückseigentümer kann hier insbesondere nicht verlangen, dass alle geplanten Anlagen funktionsgerecht errichtet werden.¹⁵²

¹⁴⁶ Ein Anspruch auf Erschließung kann sich in diesem Fall aber eventuell daraus ergeben, dass bereits unter Mitwirkung der Gemeinde Baugenehmigungen erteilt worden sind, *Vogel*, in: Brügelmann, BauGB, § 123, Rn.21.

¹⁴⁷ *BVerwG*, Urteil vom 4.10.1974, KStZ 1975, S.51.

¹⁴⁸ *BVerwG*, Urteil vom 6.2.1985, NVwZ 1985, S.564 (565); *BVerwG*, Urteil vom 28.10.1981, BVerwGE 64, 186 (191).

¹⁴⁹ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 5, Rn.46.

¹⁵⁰ *BVerwG*, Urteil vom 21.2.1986, BauR 1986, S.305 (306); *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 30, Rn.15; *Schlischer*, in: Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, § 30, Rn.9; a.A. *Hanisch*, BauR 1977, S.341 (342 f.).

¹⁵¹ *BVerwG*, Urteil vom 28.10.1981, BVerwGE 64, 186 (195); *OVG Münster*, Beschluss vom 27.4.1978, KStZ 1978, S.191 (192).

¹⁵² Sieht der Bebauungsplan zum Beispiel eine Entwässerungsanlage vor, ist die Entwässerung aber auf dem Grundstück durch eine Abwassergrube gewährleis-

III. Das Verhältnis von Bebauungsplan und Erschließung

§ 125 BauGB regelt unter der Überschrift „Bindung an den Bebauungsplan“ das Verhältnis von Bebauungsplanung und Erschließung. Die Vorschrift trifft dabei unter verschiedenen Aspekten Aussagen zur Rechtmäßigkeit der Herstellung von Erschließungsanlagen. § 125 I BauGB regelt das erschließungsrechtliche Planerfordernis, indem er für die rechtmäßige Herstellung aller gemäß § 127 II BauGB¹⁵³ beitragsfähigen Erschließungsanlagen grundsätzlich einen Bebauungsplan voraussetzt. Die Festsetzungen im Bebauungsplan richten sich dabei nach den Festsetzungsmöglichkeiten des § 9 I BauGB.¹⁵⁴ § 125 III BauGB hingegen befasst sich mit der planungsrechtlichen Bindung, indem er eine Abweichung von den Festsetzungen eines Bebauungsplans unter den dort genannten Voraussetzungen für erschließungsrechtlich unschädlich erklärt. Dabei setzt die Vorschrift stillschweigend die Bindungswirkung des Bebauungsplans für die Herstellung von Erschließungsanlagen voraus.¹⁵⁵

1. Das erschließungsrechtliche Planerfordernis

Eine Erschließung ohne vorherige Planung kann zusätzliche Kosten verursachen, wenn infolge einer Bebauungsplanung Änderungen der Erschließungsanlagen wegen fehlender Koordination erforderlich werden.¹⁵⁶ Dieser Kostendruck kann dazu führen, dass die Gemeinde die Festsetzungen des Bebauungsplans an die bereits bestehende Erschließung anpasst – die Erschließung ohne Bebauungsplan hat daher eine präjudizielle Wirkung.¹⁵⁷ Gemäß § 8 I BauGB soll die städtebauliche Entwicklung jedoch durch den Bebauungsplan geordnet werden; er bildet die Grundlage für weitere Vollzugsmaßnahmen, wie das Vorkaufs-

tet, muss die Gemeinde das Grundstück nicht an die geplante Anlage anschließen, *BVerwG*, Urteil vom 6.2.1985, *NVwZ* 1985, S.564 (565).

¹⁵³ Ob die Herstellung nicht-beitragsfähiger Erschließungsanlagen (wie z.B. Einrichtungen zur Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wärme und Wasser und zur Abwasserbeseitigung) einen Bebauungsplan voraussetzt, beurteilt sich nicht nach § 125 I BauGB, sondern nach allgemeinen planungsrechtlichen Grundsätzen, also insbesondere danach, ob die städtebauliche Entwicklung und Ordnung eine Festsetzung im Bebauungsplan erfordern (vgl. § 1 III BauGB), *Löhr*, in: *B/ K/ L*, BauGB, § 125, Rn.2.

¹⁵⁴ Bei den gemäß § 127 II BauGB beitragsfähigen Anlagen sind die Verkehrsanlagen nach § 9 Nr.11 BauGB, die Grünflächen nach § 9 Nr.15 BauGB und die Immissionsschutzanlagen nach § 9 Nr.24 BauGB festzusetzen, *Vogel*, in: *Brügelmann*, BauGB, § 125, Rn.8.

¹⁵⁵ *Fischer*, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.62.

¹⁵⁶ Vgl. BT-Drucksache 3/zu 1794, S.24 und BT-Drucksache 3/336, S.98; *VGH München* Urteil vom 26.7.1971, *BayVBl* 1972, S.272 (273).

¹⁵⁷ *Kregel*, Örtliche Straßenplanung, S.113; *Kregel*, *NVwZ* 1988, S.1102 (1103).

recht, die Umlegung und die Enteignung.¹⁵⁸ Eine vorgängige Erschließung würde diesem Zweck zuwiderlaufen, da – wie dargestellt – die Bebauungsplanung an die Vollzugsmaßnahme gekoppelt würde. § 125 I BauGB verfolgt den Zweck, eine Umgehung der Bauleitplanung durch die prinzipielle Bindung der Herstellung beitragsfähiger¹⁵⁹ Erschließungsanlagen an die Festsetzungen eines Bebauungsplans zu verhindern, um so sicherzustellen, dass die Erschließung den an die städtebauliche Entwicklung und Ordnung zu stellenden Anforderungen genügt.¹⁶⁰

Der Bebauungsplan muss bei Beginn der tatsächlichen Inanspruchnahme der Flächen für den Anlagenausbau in Kraft getreten sein.¹⁶¹ Ein Aufstellungsbeschluss für einen Bebauungsplan oder ein Planentwurf genügen nicht den Voraussetzungen des § 125 I BauGB.¹⁶² Nach ständiger Rechtsprechung kann der Verstoß gegen § 125 I BauGB aber durch eine nachträgliche Planfestsetzung geheilt werden,¹⁶³ die Herstellung der Anlage wird dann mit Wirkung ex-nunc erschließungsrechtlich rechtmäßig.¹⁶⁴ Eine solche Heilung muss als zulässig erachtet werden, da sonst nur die Möglichkeit bestünde, die Erschließungsanlage zu beseitigen, einen Bebauungsplan zu erlassen und dann die Erschließungsanlagen erneut herzustellen – das kann offensichtlich nicht gewollt sein.¹⁶⁵

a. Der Inhalt des Planerfordernisses

Unter Berufung auf den Zweck des § 125 I BauGB – der Koordination der Erschließung mit den übrigen städtebaulichen Strukturen – kommt das *BVerwG* zu einer einschränkenden Auslegung des § 125 I BauGB:

Rechtlicher Gegenstand des erschließungsrechtlichen Planerfordernisses ist ausschließlich die Fläche bzw. bei Straßen auch deren Verlauf, der in § 125 I BauGB genannten Anlagen, nicht die bautechnische Aus-

¹⁵⁸ *Ernst/Hoppe*, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Rn.691.

¹⁵⁹ Schon der Gesetzgeber des BBauG hielt es zur Verfolgung dieses Zwecks für ausreichend, das Planerfordernis nur auf wenige wesentliche Erschließungsanlagen zu beschränken, BT-Drucksache 3/zu 1794, S.24; Entsprechendes gilt jetzt bei der Beschränkung auf die nach BauGB beitragsfähigen Anlagen.

¹⁶⁰ *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 125, Rn.1.

¹⁶¹ *Kregel*, Örtliche Straßenplanung, S.116; *Vogel*, in: Brügelmann, BauGB, § 125, Rn.6.

¹⁶² *BVerwG*, Urteil vom 29.5.1970, BVerwGE 35, 222 (224).

¹⁶³ *BVerwG*, Urteil vom 21.10.1968, DVBl 1969, S.275 (276); *BVerwG*, Urteil vom 16.11.1973, BayVBl 1974, S.413 (414).

¹⁶⁴ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 7, Rn.3.

¹⁶⁵ *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 125, Rn.4.

gestaltung; weicht die bautechnische Ausgestaltung vom Bebauungsplan ab, ist das im Rahmen des § 125 I BauGB ohne Bedeutung, sondern betrifft ausschließlich die Planbindung.¹⁶⁶

Nach ständiger Rechtsprechung des *BVerwG* verlangt § 125 I BauGB zudem keine exakte Übereinstimmung von Bebauungsplan und tatsächlicher Erschließung, vielmehr ist das erschließungsrechtliche Planerfordernis auch noch bei geringfügigen Planabweichungen (Planunter- und Planüberschreitungen) erfüllt.¹⁶⁷ Dieses Ergebnis wird bestätigt durch einen Vergleich von Straßenplanung durch Bebauungsplan und Straßenplanung durch Planfeststellungsbeschluss: Der Bebauungsplan hat für Anbaustraßen im Zusammenhang mit § 125 I BauGB eine Legitimationswirkung, wie die für Straßenbaumaßnahmen außerhalb des § 125 I BauGB nach Maßgabe der bundes- oder landesrechtlichen Regeln ergehenden Planfeststellungsbeschlüsse.¹⁶⁸ Auch hier führen geringfügige Planabweichungen nicht zur Rechtswidrigkeit der Straßenherstellung.¹⁶⁹ Außerdem wird diese einschränkende Auslegung durch folgende Erwägung gestützt: Der Bebauungsplan entfaltet als Rechtssatz in seinem Geltungsbereich eine Bindungswirkung (Planbindung)¹⁷⁰. § 125 III BauGB befreit unter den dort genannten Voraussetzungen von der Planbindung. Zwänge § 125 I BauGB aber zu einer exakten Einhaltung des Bebauungsplans, wäre eine vom Bebauungsplan abweichende Herstellung einer beitragsfähigen Erschließungsanlage, die wegen der Regelung des § 125 III BauGB nicht zur erschließungsrechtlichen Rechtswidrigkeit führen würde, auf alle Fälle gemäß § 125 I BauGB mangels Erfüllung des erschließungsrechtlichen Planerfordernisses rechtswidrig. Die Vorschrift des § 125 III BauGB liefe also bezüglich beitragsfähiger Anlagen ins Leere.¹⁷¹

b. Ausnahmen vom Planerfordernis

Aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung und –beschleunigung sah es der Gesetzgeber des BBauG und in der Folge des BauGB als uner-

¹⁶⁶ *BVerwG* vom 10.11.1989, *BVerwGE* 84, 80 (83 f.); *BVerwG*, Urteil vom 8.12.1995, *BVerwGE* 100, 104 (110).

¹⁶⁷ Grundlegend *BVerwG*, Urteil vom 10.11.1989, *BVerwGE* 84, 80 zur Planunterschreitung und *BVerwG*, Urteil vom 9.3.1990, *BVerwGE* 85, 66 zur Planüberschreitung.

¹⁶⁸ *Weyreuther*, *DVBI* 1981, S.369 (372).

¹⁶⁹ *BVerwG*, Urteil vom 29.5.1981, *BVerwGE* 62, 243 (248); *BVerwG*, Urteil vom 10.2.1978, *BVerwGE* 55, 220 (223); *Driehaus*, in: *Planung und Plankontrolle*, S.407 (409); *Weyreuther*, *DVBI* 1981, S.369 (372).

¹⁷⁰ Dazu unten, 1.Teil:C.III.2, Seite 44.

¹⁷¹ *Driehaus*, in: *Planung und Plankontrolle*, S.407 (410); *Sailer*, in: *Cholewa/ Dyong/ von der Heide/ Sailer*, *BauGB*, § 125, Anm.1.

lässlich an, Ausnahmen vom grundsätzlichen Planerfordernis zuzulassen.¹⁷² In § 125 II BauGB war daher bisher vorgesehen, dass die Herstellung einer Erschließungsanlage im Sinne des § 127 II BauGB ohne Bebauungsplan dann rechtmäßig sei, wenn eine Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde vorlag (§ 125 II S.1 a.F. BauGB) oder eine solche Zustimmung ausnahmsweise entbehrlich war (§ 125 II S.2 a.F. BauGB). Die Zustimmung durfte nur versagt werden, wenn die Herstellung der Anlagen den in § 1 IV-VI BauGB bezeichneten Anforderungen widersprach (§ 125 II S.3 a.F. BauGB). Dieser Absatz ist mit Inkrafttreten des BauROG am 1.1.1998 neu gefasst worden: Gemäß § 125 II BauGB dürfen Erschließungsanlagen im Sinne des § 127 II BauGB ohne Bebauungsplan hergestellt werden, wenn sie den in § 1 IV-VI BauGB bezeichneten Anforderungen entsprechen. Dabei ergibt sich das Problem, welches Recht anzuwenden ist, wenn mit der Herstellung einer Erschließungsanlage vor dem 1.1.1998 begonnen wurde und eine Zustimmung nach § 125 II S.1 a.F. BauGB erforderlich war.

(1) Die Anwendung des § 125 II n.F. BauGB auf Altfälle

Der Gesetzgeber hat für den Fall, dass mit der Herstellung einer Erschließungsanlage vor dem 1.1.1998 begonnen wurde keine besondere Überleitungsregelung – insbesondere nicht in § 242 BauGB – getroffen. § 233 BauGB enthält allgemeine Überleitungsvorschriften für den Fall, dass eine spezielle Überleitungsregelung nicht besteht. Nach § 233 I S.1 HS 1 BauGB sind Verfahren nach dem BauGB, die vor dem Inkrafttreten einer Gesetzesänderung förmlich eingeleitet worden sind, nach den bisher geltenden Rechtsvorschriften abzuschließen. Diese Vorschrift trifft jedoch keine Aussage bezüglich der Herstellung von Erschließungsanlagen bzw. der Erteilung einer Zustimmung nach § 125 II S.1 BauGB: Weder die Herstellung einer Erschließungsanlage noch die Erteilung der Zustimmung sind Verfahren, die förmlich eingeleitet werden.¹⁷³ Soweit das BauGB keine Überleitungsbestimmungen enthält, gelten die allgemeinen Rechtsgrundsätze des intertemporalen Rechts.¹⁷⁴ Diese allgemeinen Grundsätze besagen, dass auf noch nicht abgeschlossene Verfahren das neue Verfahrensrecht anzuwenden ist.¹⁷⁵ Eine Verfahrenshandlung, die nach dem alten Recht wirksam vorgenommen worden war, bleibt dagegen bestehen.¹⁷⁶ Nach diesen

¹⁷² BT-Drucksache 3/336, S.98; BT-Drucksache 3/zu 1794, S.24.

¹⁷³ Reif, BWGZ 1997, S.790 (791); Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 7, Rn.19; a.A. VGH München, Beschluss vom 10.5.2000 Az.6 CS 98.3450, zitiert nach juris.

¹⁷⁴ Löhr, in: B/ K/ L, BauGB, § 233, Rn.1.

¹⁷⁵ BVerwG, Urteil vom 6.12.1982, BVerwGE 66, 312 (314).

genommen worden war, bleibt dagegen bestehen.¹⁷⁶ Nach diesen Grundsätzen ist daher danach zu fragen, zu welchem Zeitpunkt die Verfahrenshandlung wirksam vorgenommen worden ist, das heißt zu welchem Zeitpunkt die Zustimmung erteilt wurde. Das Zustimmungserfordernis entfällt, wenn die Zustimmung nicht bis zum 31.12.1997 vorlag.¹⁷⁷ In diesen Fällen hat die Gemeinde nach der neuen Rechtslage eigenständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 1 IV-VI BauGB erfüllt sind. Liegt eine Zustimmung bis zum 31.12.1997 vor, muss sie beachtet werden, auch wenn die Anlage erst nach dem 1.1.1998 erstmalig hergestellt wird.¹⁷⁸

(2) Die Rechtslage nach § 125 II a.F. BauGB bei einer vor dem 31.12.1997 erteilten Zustimmung

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Regelung des § 125 II a.F. BauGB noch von Bedeutung, soweit eine erforderliche Zustimmung vor dem 1.1.1998 erteilt wurde, die Erschließungsanlage aber erst nach diesem Zeitpunkt erstmalig hergestellt wurde. Auch zum besseren Verständnis der Neuregelung wird im Folgenden ein kurzer Überblick über die alte Rechtslage gegeben.

Wie bereits dargestellt prüfte nach alter Rechtslage nicht die Gemeinde die Voraussetzungen des § 1 IV-VI BauGB, sondern die höhere Verwaltungsbehörde. Daraus ergibt sich ein wesentlicher Unterschied zur neuen Rechtslage: Die als Beitragsschuldner belasteten anliegenden Grundstückseigentümer müssen die Überprüfung der Zustimmung in einem eigenständigen Verfahren geltend machen, das auf Aufhebung der Zustimmung gerichtet ist.¹⁷⁹ Insbesondere im Verfahren der Anfechtung

¹⁷⁶ BVerwG, Urteil vom 10.4.1978, 299 (305); *Stelkens*, in: *Stelkens/ Bonk/ Sachs*, VwVfG, § 96, Rn.1.

¹⁷⁷ Dies gilt auch dann, wenn die Zustimmung bereits beantragt war, *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 7, Rn.19.

¹⁷⁸ *Reif*, BWGZ 1997, S.790 (791); a.A. *Quaas*, in: *Schrödter*, Baugesetzbuch, § 125, Rn.10; *Stadler*, ZfBR 1998, S.12 (16), die davon ausgehen, dass die Erschließung mit dem Beginn der Herstellung förmlich eingeleitet werde, sich die Rechtslage daher nach § 233 I BauGB bestimme: Sei mit der Herstellung vor dem 1.1.1998 begonnen worden, sei die alte Rechtslage maßgeblich, das heißt es besteht ein Zustimmungserfordernis; nur bei Herstellungsbeginn nach dem 1.1.1998 komme § 125 II n.F. BauGB zur Anwendung; ähnlich *Löhr*, in: *B/ K/ L*, BauGB, § 125, Rn.14, der allerdings davon ausgeht, dass die Gemeinde ein Wahlrecht hat, ob sie die Zustimmung noch einholt oder nach der neuen Rechtslage vorgeht, da die Zustimmung ein gesetzlich vorgeschriebener einzelner Schritt des Verfahrens ist (vgl. § 233 I S.2 BauGB).

¹⁷⁹ Wobei die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Aufhebungsverfahrens im Einzelnen umstritten sind, vgl. dazu *Kallerhoff*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Erschließungsbeitragsrecht, S.180; ganz a.A. *Kregel*, Örtliche Straßenplanung,

eines Erschließungsbeitragsbescheids kann die Rechtswidrigkeit der Zustimmung nicht geltend gemacht werden, da sie im Rahmen des § 125 II a.F. BauGB Tatbestandswirkung entfaltet, entscheidend also alleine ihre Rechtswirksamkeit¹⁸⁰ ist. Solange die Zustimmung besteht, ist von der erschließungsrechtlichen Rechtmäßigkeit der Herstellung der Erschließungsanlagen auszugehen.¹⁸¹

Umstritten ist die Frage, wie die Folgen eines Abweichens der tatsächlichen Anlagenherstellung von den Inhalten¹⁸² der Zustimmung zu bewerten ist. Wurde zunächst teilweise angenommen, dass die Erschließung in voller Übereinstimmung mit der Zustimmung erfolgen musste,¹⁸³ war bis zum Inkrafttreten des BauROG am 1.1.1998 ganz herrschende Meinung, dass nicht jede Abweichung von der Zustimmung zur erschließungsrechtlichen Rechtswidrigkeit führe. Unterschiedlicher Auffassung ist man lediglich bezüglich der Begründung dieses Ergebnisses und dem Maß der erlaubten Abweichung.¹⁸⁴

S.134: Nach seiner Auffassung ist schon der von der Gemeinde erstellte Erschließungsplan eine Allgemeinverfügung, gegen den sich die Anfechtung zu richten hat.

¹⁸⁰ Anderes gilt bei Bebauungsplänen, die – da Rechtsnormen – bei Rechtswidrigkeit nichtig sind, im Beitragsverfahren also auf ihre Rechtswidrigkeit zu untersuchen sind, *Uechtritz*, NVwZ 1990, S.734 (735); *OVG Münster*, Urteil vom 30.8.1989, NVwZ 1990, S.794 (795); a.A.: *VGH München*, Urteil vom 7.11.1988, NVwZ 1990, S.793 (794) und vom 28.11.1988, KStZ 1989, S.145 (146); dazu auch *Kallerhoff*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Erschließungsbeitragsrecht, S.174 f.

¹⁸¹ *BVerwG*, Urteil vom 16.8.1985, DVBl 1986, S.345 (346).

¹⁸² Die Darstellungen des von der Gemeinde der höheren Verwaltungsbehörde vorgelegten Erschließungsplans haben Teil am Regelungsinhalt der Zustimmung, *OVG Münster*, Urteil vom 26.7.1991, NWVBl 1992, S.327 (328).

¹⁸³ *OVG Münster*, Urteil vom 2.11.1981, KStZ 1982, S.59.

¹⁸⁴ War nach der älteren Rechtsprechung eine beachtliche Abweichung von der Zustimmung erst dann anzunehmen, wenn eine andere als die genehmigte Anlage hergestellt wurde, *BVerwG*, Urteil vom 10.11.1989, BVerwGE 84, 80 (83), hat die neuere Rechtsprechung die Kriterien des § 125 III BauGB als Maßstab herangezogen, *BVerwG*, Urteil vom 30.5.1997, Buchholz 406.11 § 125 BauGB Nr.36, S.16 (19); so schon *Driehaus*, in: Planung und Plankontrolle, S.407 (411); nach anderer Auffassung folgt dieses Ergebnis aus den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts: Die Zustimmung sei regelmäßig dahingehend auszulegen, dass eine Abweichung nur dann vorliegt, wenn eine Versagung der Zustimmung gemäß § 125 II S.3 a.F. BauGB gerechtfertigt wäre, *OVG Münster*, Urteil vom 27.6.1991, KStZ 1992, S.179; *Kallerhoff*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Erschließungsbeitragsrecht, S.180.

(3) Die Rechtslage nach § 125 II n.F. BauGB

Zweck der Neuregelung des § 125 II BauGB war es, die kommunale Planungshoheit zu stärken. Der Gesetzgeber hat damit die Konsequenz daraus gezogen, dass sogar die Bebauungspläne grundsätzlich von einer Genehmigung freigestellt sind.¹⁸⁵ Es war daher nur folgerichtig, die in § 125 II S.3 a.F. BauGB genannten materiellen Voraussetzungen von der Kommune in eigener Verantwortung überprüfen zu lassen.

Die Herstellung von Erschließungsanlagen ohne Bebauungsplan ist rechtmäßig, wenn sie sich an die Ziele der Raumordnung und Landesplanung anpassen (§ 1 IV BauGB) und wenn ihrer Herstellung eine fehlerfreie Abwägung der öffentlichen und privaten Belange (§ 1 V, VI BauGB) zugrunde liegt.¹⁸⁶ Diese materiellen Voraussetzungen gelten unmittelbar, das heißt sie sind von der Gemeinde in eigener Verantwortung zu beachten. Ob die Voraussetzungen des § 1 IV-VI BauGB im Einzelfall vorliegen, ist jetzt in vollem Umfang im Beitragsverfahren gerichtlich überprüfbar.¹⁸⁷

2. Die Bindung an die Festsetzungen des Bebauungsplans

Der Bebauungsplan wird gemäß § 10 I BauGB als Satzung erlassen; die nachfolgende Bebauung des Plangebiets hat sich aufgrund der Rechtsatzqualität des Bebauungsplans nach dessen Festsetzungen zu richten. § 9 I BauGB legt abschließend den möglichen Inhalt eines Bebauungsplans fest, so dass nur solche Planinhalte an der Rechtssatzqualität des Bebauungsplans teilnehmen, die in § 9 I BauGB genannt sind.¹⁸⁸ Die Gemeinde muss aufgrund dieser planungsrechtlichen Planbindung die Erschließungsanlagen entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplans herstellen. Jeder flächenmäßig oder inhaltlich von den Festsetzungen des Bebauungsplans abweichende Anlagenausbau ist als

¹⁸⁵ BT-Drucksache 13/7589, S.28; nach neuer Rechtslage bedürfen nur alle nicht aus einem Flächennutzungsplan entwickelten Bebauungspläne einer Genehmigung (§ 8 II, III S.2, IV BauGB). Allerdings gestattet § 246 Ia S.1 BauGB den Ländern, für Bebauungspläne, die keiner Genehmigung bedürfen, ein Anzeigeverfahren einzuführen (Ausnahme: Bebauungspläne nach § 13 BauGB, vgl. § 246 Ia S.1 HS 1 BauGB).

¹⁸⁶ Vergleiche zu Einzelheiten *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 7, Rn.24 ff.

¹⁸⁷ *Schlichter*, Berliner Schwerpunkte-Kommentar zum BauGB 1998, § 125, Rn.1; siehe oben, 1.Teil:C.III.1.b(2), Seite 43.

¹⁸⁸ Sonstige Angaben im Bebauungsplan haben nur nachrichtlichen Charakter, *BVerwG*, Urteil vom 10.11.1989, BVerwGE 84, 80 (86); *BVerwG*, Urteil vom 18.1.1991, BVerwGE 1987, 288 (292).

Maßnahme planungsrechtlich rechtswidrig.¹⁸⁹ Von dem Grundsatz der planungsrechtlichen Planbindung macht § 125 III BauGB eine Ausnahme, indem er bestimmt, dass ein planabweichender Ausbau, der sich im Rahmen des § 125 III BauGB bewegt, planungsrechtlich rechtmäßig ist. Erst wenn die Grenze des § 125 III BauGB überschritten ist, ist eine Bebauungsplanänderung erforderlich.¹⁹⁰

§ 125 III BauGB umfasst nicht nur die beitragsfähigen Erschließungsanlagen, sondern bezieht sich auf alle Erschließungsanlagen im Sinne des § 123 BauGB. Hierfür sprechen Wortlaut und Stellung des § 125 III BauGB.¹⁹¹ Nach anderer Ansicht¹⁹² ist § 125 III BauGB einschränkend dahin auszulegen, dass er sich nur auf Anlagen im Sinne des § 127 II BauGB bezieht. Für eine enge Auslegung spreche insbesondere die Entstehungsgeschichte der Norm: Durch die Einfügung des § 125 Ia BBauG (dem jetzigen § 125 III BauGB) sollte erreicht werden, dass die Erhebung von Erschließungsbeiträgen nicht an jedem planabweichenden Ausbau scheitert.¹⁹³ Diese Ansicht ist abzulehnen. Es ist zwar richtig, dass der Gesetzgeber § 125 Ia BBauG seinerzeit mit Blick auf die beitragsrechtliche Rechtsprechung eingeführt hat, die Vorschrift daher nicht nur als planungsrechtliche, sondern in erster Linie als Bestimmung des Erschließungsbeitragsrechts zu verstehen ist. Jedoch zwingt das nicht zu der Annahme, § 125 III BauGB – entgegen dem eindeutigen Wortlaut – auf beitragsfähige Erschließungsanlagen zu begrenzen.¹⁹⁴

Gemäß § 125 III BauGB sind Planabweichungen unschädlich, wenn die Anlage hinter den Festsetzungen zurückbleibt (§ 125 III Nr.1 BauGB) oder die Beitragspflichtigen nicht mehr als bei einer plangemäßen Her-

¹⁸⁹ Hierin unterscheidet sich die Planbindung von dem Planerfordernis nach § 125 I BauGB: Das erschließungsrechtliche Planerfordernis nach § 125 I BauGB bezieht sich nach der Rechtsprechung des *BVerwG* nur auf die in Anspruch genommene Fläche und verlangt auch keine exakte Einhaltung, es bezweckt nur eine Grobabstimmung.

¹⁹⁰ *Vogel*, in: Brügelmann, BauGB, § 125, Rn.28.

¹⁹¹ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 7, Rn.31; *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 125, Rn.13; *Quaas*, in: Schrödter, Baugesetzbuch, § 125, Rn.5; *von Müller*, BauR 1979, S.372 (374).

¹⁹² *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.63; *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 125, Rn.6; *Kregel*, NVwZ 1988, S.1102 (1102 f.).

¹⁹³ Vgl. BT-Drucksache 8/2451, S.14 und 30.

¹⁹⁴ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 7, Rn.31; *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 125, Rn.13; *von Müller*, BauR 1979, S.372 (374); so wohl auch *Kallerhoff*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Erschließungsbeitragsrecht, S.167.

stellung belastet werden¹⁹⁵ und die Abweichung¹⁹⁶ die Nutzung der betroffenen Grundstücke nicht wesentlich beeinträchtigt (§ 125 III Nr.2 BauGB).¹⁹⁷ In jedem Falle ist eine Planabweichung aber nur dann gerechtfertigt, wenn die Abweichung mit den Grundzügen der Planung vereinbar ist. Davon ist auszugehen, wenn die Abweichung im Bereich dessen liegt, was der Planer gewollt hat oder gewollt hätte, wenn er die weitere Entwicklung einschließlich des Grundes für die Abweichung gekannt hätte.¹⁹⁸

3. Die Folgen eines Verstoßes gegen die Voraussetzungen des § 125 BauGB

Der Verstoß gegen die Voraussetzungen des § 125 BauGB ist sowohl in erschließungsrechtlicher als auch erschließungsbeitragsrechtlicher Hinsicht relevant.

a. Die erschließungsrechtlichen Folgen

Entspricht die Herstellung einer Erschließungsanlage nicht den Voraussetzungen des § 125 BauGB, so hat das in erschließungsrechtlicher Hinsicht grundsätzlich nur kommunalaufsichtsrechtliche Konsequenzen. Grundsätzlich hat ein privater Grundstückseigentümer keinen Anspruch darauf, dass Erschließungsanlagen gemäß § 125 BauGB ausgebaut werden oder im Falle eines rechtswidrigen Ausbaus einen Beseitigungsanspruch.¹⁹⁹ Ein Unterlassungsanspruch kann sich ausnahmsweise ergeben, wenn durch den Anlagenbau unmittelbar Veränderungen an seinem Grundstück notwendig werden.²⁰⁰

¹⁹⁵ Eine höhere Belastung entfällt, wenn sich der beitragsfähige Erschließungsaufwand nicht erhöht oder der beitragsfähige Mehraufwand nicht auf die Beitragspflichtigen umgelegt wird, *BVerwG*, Urteil vom 7.3.1986, *NVwZ* 1986, S.647; *BVerwG*, Urteil vom 9.3.1990, *BVerwGE* 85, 66 (74).

¹⁹⁶ § 125 III Nr.2 BauGB umfasst nur Planüberschreitungen und Planwidersprüche. Das ergibt sich daraus, dass die Vorschrift als Alternative zu § 125 III Nr.1 BauGB gefasst ist, der schon die Planunterschreitung regelt, *Drie-haus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 7, Rn.35.

¹⁹⁷ Bei der Straßenherstellung ist umstritten, ob auch die Längenabweichung Planunterschreitung im Sinne des § 125 III BauGB ist, vgl. dazu ausführlich *Drie-haus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 7, Rn.32 f.

¹⁹⁸ *BVerwG*, Urteil vom 9.3.1990, *NVwZ* 1990, S.873 (874 f.); zu weiteren Einzelfällen z.B. *BVerwG*, Urteil vom 18.9.1982, *DVBl* 1982, S.79 (80); *BVerwG*, Urteil vom 26.5.1989, *BVerwGE* 82, 102 (105).

¹⁹⁹ *Ludyga/Steiner*, Erschließungsbeitrag nach dem BauGB, § 125, Rn.137.

²⁰⁰ *OVG Koblenz*, Beschluss vom 28.12.1965, *BBauBl* 1966, S.369.

b. Die erschließungsbeitragsrechtlichen Folgen

Fraglich ist, welche beitragsrechtlichen Folgen es hat, wenn eine Erschließungsanlage nicht den Voraussetzungen des § 125 BauGB entspricht, also entweder ohne erforderlichen Bebauungsplan (§ 125 I BauGB) oder entgegen den Festsetzungen eines Bebauungsplans, ohne dass eine Ausnahme nach § 125 III BauGB vorläge, hergestellt wurde. Ohne weiteres lassen die erschließungsrechtlichen oder erschließungsbeitragsrechtlichen Bestimmungen nicht erkennen, ob das erschließungsrechtliche Planerfordernis und die planungsrechtliche Bindung des Bebauungsplans für das Erschließungsbeitragsrecht von Bedeutung sind.²⁰¹ Ebenfalls gibt es keinen allgemeinen Rechtssatz, der es ausschließt, einen rechtswidrigen Zustand oder ein rechtswidriges Verhalten mit abgabenrechtlichen Folgen zu verbinden.²⁰²

(1) § 125 BauGB als Voraussetzung des Entstehens einer sachlichen Beitragspflicht

Nach heute ganz einhellig vertretener Auffassung²⁰³ ist das Entstehen von Beitragspflichten von der erschließungs- und planungsrechtlich rechtmäßigen Herstellung einer beitragsfähigen Erschließungsanlage abhängig.²⁰⁴ Die Erfüllung der Voraussetzung des § 125 BauGB ist somit nicht nur Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Herstellung der Erschließungsanlagen, sondern gleichzeitig eine Entstehungsvoraussetzung für die Beitragsschuld.²⁰⁵ Ist eine Erschließungsanlage unter Verletzung des erschließungsrechtlichen Planerfordernisses hergestellt worden, entsteht die Erschließungsbeitragspflicht nicht.²⁰⁶ Ist eine Erschließungsanlage unter Verletzung der planungsrechtlichen Planbindung, also in Abweichung von den Festsetzungen des Bebauungsplans hergestellt worden und ist diese Abweichung nicht ausnahmsweise gemäß § 125 III BauGB unschädlich, entsteht die Erschließungsbeitragspflicht ebenfalls nicht.²⁰⁷

²⁰¹ A.A. wohl *Heise*, KStZ 1969, S.53.

²⁰² *BVerwG*, Urteil vom 18.9.1981, KStZ 1982, S.32 (33).

²⁰³ Erstmals vertreten von *BVerwG*, Urteil vom 21.10.1968, DVBl 1969, S.275 (276); vgl. auch *BVerwG*, Urteil vom 21.10.1994, BVerwGE 97, 62 (64); *Löhr*, in: *B/ K/ L*, BauGB, § 125, Rn.4; *Ernst*, in: *E/ Z/ B/ K*, BauGB, § 125, Rn.4; *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.208; *Kregel*, KStZ 1980, S.143 (144).

²⁰⁴ Siehe dazu auch unten, 2.Teil:C.I.2, Seite 77.

²⁰⁵ *Driehaus*, ZMR 1998, S.540; die Geltung des § 125 BauGB im Rahmen des Erschließungsbeitragsrechts begründet die eigentliche Bedeutung der Vorschrift für die Praxis, *Quaas*, Erschließungs- und Erschließungsbeitragsrecht, Rn.56.

²⁰⁶ *BVerwG*, Urteil vom 18.9.1981, BRS 43, S.22 (23).

²⁰⁷ *BVerwG*, Urteil vom 6.7.1986, KStZ 1986, S.132 (133).

Bis zum Urteil vom 21.10.1994 hatte das *BVerwG* diese Auffassung damit begründet, dass die §§ 123-126 BauGB als allgemeine, vor die Klammer gezogene Vorschriften im spezielleren Erschließungsbeitragsrecht gelten, soweit dort nichts Entgegenstehendes geregelt sei.²⁰⁸ Diese Ansicht hat das *BVerwG* verworfen und stellt jetzt insbesondere auf verfassungsrechtliche Aspekte ab: Die Erhebung eines Erschließungsbeitrags ist verfassungsrechtlich nur zu rechtfertigen, wenn dem Beitragspflichtigen ein Sondervorteil vermittelt wird. Einen solchen Vorteil kann eine rechtswidrig hergestellte Anlage nicht verschaffen, da sie mit dem Risiko der Beseitigung belastet ist.²⁰⁹ Aus diesem Grund ist die erschließungs- und planungsrechtliche Rechtmäßigkeit der Anlage im Rahmen des Erschließungsbeitragsrechts relevant.

(2) Die Auswirkung der Kompetenzänderung im Erschließungsbeitragsrecht

Fraglich ist, ob der Landesgesetzgeber aufgrund der geänderten Gesetzgebungszuständigkeit im Erschließungsbeitragsrecht befugt wäre, die abgabenrechtlichen Folgen einer erschließungsrechtlich rechtswidrigen Herstellung der Erschließungsanlage dahingehend neu zu regeln, dass für die erschließungsrechtlich rechtswidrig hergestellte Anlage Erschließungsbeiträge gefordert werden könnten.

Die Abhängigkeit des Erschließungsbeitragsrechts von der Regelung des § 125 BauGB wird nach Ansicht des *BVerwG* nicht durch das Erschließungsbeitragsrecht begründet. Die Erhebung von Erschließungsbeiträgen ist aus verfassungsrechtlichen Überlegungen von einer erschließungs- und planungsrechtlich rechtmäßigen Herstellung beitragsfähiger Erschließungsanlagen abhängig. Diese Abhängigkeit bleibt auch bestehen, wenn die Länder entsprechend der ihnen mit Wirkung vom 15.11.1994 zugewachsenen Gesetzgebungskompetenz über das Erschließungsbeitragsrecht eigene erschließungsbeitragsrechtliche Vorschriften erlassen.²¹⁰

D. Zusammenfassung

Erschließung im Sinne des allgemeinen Erschließungsrechts ist die erstmalige Herstellung von Erschließungsanlagen. Dabei handelt es sich um

²⁰⁸ *BVerwG*, Urteil vom 21.10.1968, DVBl 1969, S.275 (276).

²⁰⁹ *BVerwG*, Urteil vom 24.10.1994, BVerwGE 97, 62 (65).

²¹⁰ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 7, Rn.45; a.A. *Kallerhoff*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Erschließungsbeitragsrecht, S.168, allerdings auf der Grundlage, dass die Geltung des § 125 III BauGB im Rahmen des Erschließungsbeitragsrechts auf dem Verhältnis von allgemeinem zu besonderem Teil beruht.

um solche Anlagen, die die funktionsgerechte Nutzung von Grundstücken ermöglichen oder erleichtern, insbesondere um Anlagen im Sinne des § 127 II BauGB und um leitungsgebundene Versorgungseinrichtungen. Die wichtigsten Erschließungsanlagen sind die Anbaustraßen im Sinne des § 127 II Nr.1 BauGB und die leitungsgebundenen Wasserversorgungs- und Entwässerungseinrichtungen. Für Anbaustraßen besteht die Erschließungsaufgabe für die Gemeinde nur im Rahmen ihrer Straßenbaulast, hinsichtlich der leitungsgebundenen Einrichtung regelmäßig nur für die Wasserversorgungs- und Entwässerungsanlagen. Die Gemeinde ist grundsätzlich nicht verpflichtet, ein gemeindliches Gebiet durch diese Anlagen zu erschließen. Nur in Ausnahmefällen steht einem Dritten ein Anspruch auf Erschließung zu. Entscheidet sich die Gemeinde zur Herstellung von Erschließungsanlagen, hat sie die Vorschrift des § 125 III BauGB zu beachten, bei Anlagen im Sinne des § 127 II BauGB zudem auch § 125 I BauGB. Verstöße gegen diese Vorschriften haben nicht nur erschließungsrechtliche, sondern auch beitragsrechtliche Folgen.

Gegenstand des folgenden Teils ist die Frage, welche Instrumente die Gemeinde einseitig anwenden kann, um die Kosten der Erschließung zu finanzieren.

2. Teil: Kostenersatz durch Erhebung von Kommunalabgaben

Gemäß Art.22 II S.1 GO haben die Gemeinden das Recht, ihr Finanzwesen im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen selbst zu regeln. Sie sind insbesondere befugt, zur Deckung des für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Finanzbedarfs Abgaben nach Maßgabe der Gesetze zu erheben, soweit ihre sonstigen Einnahmen nicht ausreichen, Art.62 I , 22 II S.2 GO. §§ 127 ff. BauGB, Art.5 und Art.8 BayKAG sehen Ermächtigungsgrundlagen vor, auf die die Erhebung von Abgaben für Erschließungskosten, die der Gemeinde im Rahmen der Erfüllung ihrer Erschließungslast entstehen, gestützt werden kann.²¹¹ Die Abgabenerhebung aufgrund der unterschiedlichen Normen findet ihre gemeinsame Grundlage in verfassungs- und abgabenrechtlichen Grundsätzen.

A. Die verfassungs- und abgabenrechtlichen Grundlagen der Abgabenerhebung

Neben der Klärung des Begriffs der Kommunalabgabe und der Gesetzgebung in diesem Bereich haben insbesondere die verfassungsrechtli-

²¹¹ Zu den historischen Hintergründen dieser Aufteilung des Beitragsrechts auf bundes- und landesrechtliche Rechtsgrundlagen: *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 2, Rn.2 ff.

chen Anforderungen an eine Abgabenerhebung bei der Auslegung des Abgabenrechts und bei der Beantwortung der Frage der Zulässigkeit und inhaltlichen Rechtmäßigkeit von Vereinbarungen in diesem Bereich Bedeutung.

I. Der Begriff und die Arten der Kommunalabgabe

Öffentliche Abgaben sind Geldleistungen, die der Staat oder andere Hoheitsträger zur Erzielung von Einnahmen kraft öffentlichen Rechts in Anspruch nehmen.²¹² Die Auferlegung muss nach h.M. einseitig erfolgen; Zahlungspflichten, die sich aus Vereinbarungen über Abgaben ergeben (z.B. Ablösungs- und Vergleichsverträge), haben keinen Abgabencharakter.²¹³

Kommunalabgaben sind solche öffentliche Abgaben, die ausschließlich von einer Kommune erhoben werden und dieser zufließen; die Kommune ist nicht nur Gläubiger der Abgabeforderung, sondern auch Inhaber der Ertragshoheit.²¹⁴ Dabei ist es für die Ertragshoheit ohne Belang, ob die Abgabenerhebung aufgrund bundes- oder landesgesetzlicher Vorschriften erfolgt, so dass auch der Erschließungsbeitrag nach den §§ 127 ff. BauGB eine Kommunalabgabe ist.²¹⁵ Auch bei den Beiträgen und Gebühren nach Art.5 bzw. Art.8 BayKAG handelt es sich um Kommunalabgaben.

Herkömmlicherweise werden Kommunalabgaben in Steuern, Gebühren und Beiträge eingeteilt. Neben diese „klassischen“ Abgabenformen treten die sogenannten Sonderabgaben; hierbei handelt es sich um Geldleistungen, die begrifflich nicht eindeutig als Steuer, Gebühr oder Beitrag einzuordnen sind.²¹⁶ Die verschiedenen Arten der Kommunalabgaben sind nur zum Teil im Grundgesetz ausdrücklich erwähnt oder gar geregelt. Jedoch sind Begriff und Voraussetzung der klassischen Abgaben verfassungsgewohnheitsrechtlich gesichert.²¹⁷

²¹² *BVerfG*, Beschluss vom 30.10.1961, BVerfGE 13, 181 (198); *Schneider*, VBIBW 1988, S.161.

²¹³ *Kirchhof*, Jura 1983, S.505 (506); *Schneider*, VBIBW 1988, S.161; a.A. *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn.976.

²¹⁴ *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn.981.

²¹⁵ *Quaas*, Kommunalabgabenrecht, Rn.1.

²¹⁶ *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn.985; ausführlich dazu *Kirchhof*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR IV, § 88, Rn.221 ff.

²¹⁷ Vergleiche zum Beitrag *BVerfG*, Beschluss vom 10.5.1959, BVerfGE 9, 291 (297 f.); *BVerfG*, Beschluss vom 4.2.1958, BVerfGE 7, 244 (254 f.); zu den Gebühren *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn.983.

Nach § 3 AO sind Steuern Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft. An diesen Begriff knüpft auch das Grundgesetz an.²¹⁸ Er ist auch für kommunale Steuern maßgebend.²¹⁹ Er wurde durch Verweisungsvorschriften in den Kommunalabgabengesetzen in das Landesrecht transformiert (Art.13 I Nr.1b BayKAG).

Der Beitragsbegriff ist weder bundesrechtlich durch das Grundgesetz oder durch Einzelgesetze noch landesrechtlich einheitlich definiert.²²⁰ Der Beitrag bezeichnet eine öffentlich-rechtliche Geldleistung, die nicht den Empfang, sondern das bevorzugende Angebot einer Leistung der öffentlichen Hand entgelt, sich also auf die Möglichkeit der Wahrnehmung einer angebotenen Leistung durch den Abgabepflichtigen bezieht.²²¹ Wesentlich für den Beitragsbegriff ist somit der Gesichtspunkt von Leistung und Gegenleistung. Derjenige, der aus einer öffentlichen Einrichtung besondere wirtschaftliche Vorteile zieht, soll auch zu deren Kosten beitragen.²²²

Der Gebührenbegriff wird durch das Grundgesetz in Art.74 I Nr.22 und Art.80 II GG nicht definiert, sondern vorausgesetzt.²²³ Eine Gebühr ist das öffentlich-rechtliche Entgelt für eine besondere, vom Gebührenschuldner empfangene Leistung der öffentlichen Hand.²²⁴ Gebühren und Beiträgen ist der Entgeltcharakter gemeinsam, das heißt das Austauschverhältnis zwischen kommunaler Leistung einerseits und der Zahlung des Einzelnen andererseits.²²⁵ Im Gegensatz zum Beitrag genügt es aber bei der Gebühr nicht, dass eine Inanspruchnahmemöglichkeit besteht, vielmehr muss die Leistung tatsächlich in Anspruch genommen worden sein. Grundsätzlich werden mit Beiträgen die Investitionsauf-

²¹⁸ *Maunz*, in: *Maunz/ Dürig*, Grundgesetz, Art.105, Rn.2; ausführlich hierzu *Vogel*, in: *Isensee/ Kirchhof*, HStR IV, § 87, Rn.44 m.w.N.

²¹⁹ *Tipke/ Kruse*, Abgabenordnung, § 3 AO, Rn.3a.

²²⁰ *BVerwG*, Urteil vom 14.4.1967, BVerwGE 26, 305 (309).

²²¹ *Kirchhof*, Jura 1983, S.505 (513 f.).

²²² *BVerfG*, Beschluss vom 16.10.1962, BVerfGE 14, 312 (317); *BVerfG*, Urteil vom 26.5.1976, BVerfGE 42, 223 (228).

²²³ *BVerfG*, Urteil vom 7.11.1995, NVwZ 1996, S.469 (471).

²²⁴ *Kirchhof*, Jura 1983, S.505 (511); teilweise wird die Definition erweitert: Eine Gebühr ist danach auch eine Leistung, die zum Ausgleich von Kosten führt, die der Einzelne zu verantworten hat, *Vogel*, in: *Isensee/ Kirchhof*, HStR IV, § 87, Rn.46; *Vogel*, in: *Festschrift für Geiger*, S.518 (532); *Kirchhof*, in: *Isensee/ Kirchhof*, HStR IV, § 88, Rn.185.

²²⁵ *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.5 KAG, Erl.1.2.; *Isensee*, in: *Gedächtnisschrift für Geck*, S.355 (378).

wendungen, mit Benutzungsgebühren die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten gedeckt.

II. Die Gesetzgebungskompetenz und die Gesetzgebung im Bereich des kommunalen Abgabenrechts

Eine ausdrückliche Kompetenzzuweisung für eine kommunale Abgabe findet sich in Art.105 Ila GG. Danach steht den Ländern die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für örtliche Verbrauchs- und Aufwandssteuern zu. Art.105 GG regelt aufgrund seines klaren Wortlauts nur die Gesetzgebungskompetenz für Steuern. Der dem Art.105 GG zugrundeliegende Begriff der Steuer entspricht nach ganz herrschender Meinung dem Begriff der Steuer in § 3 I AO.²²⁶ Steuern im Sinne des Art.105 GG sind daher nur solche Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen. Gebühren und Beiträge zeichnen eben diese Entgeltlichkeit aus. Von Art.105 GG sind sie daher nicht erfasst.

Für kommunale Beiträge und Gebühren enthält das Grundgesetz keine unmittelbare, allgemeine Kompetenzregelung. Aufgrund seines Entgeltcharakters wird das Beitrags- und Gebührenrecht aber überwiegend als Annex derjenigen Sachmaterie angesehen, zu deren Finanzierung der Beitrag bzw. die Gebühr dienen soll.²²⁷ Daher steht den Ländern grundsätzlich die ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis hinsichtlich kommunaler Beiträge und Gebühren zu, da ihnen im Bereich des Kommunalrechts gemäß Art.70 I GG die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz unterliegt. Der Freistaat Bayern hat von dieser Kompetenz durch Erlass des BayKAG, das das Recht der Abgabenerhebung durch die Kommunen regelt, Gebrauch gemacht. Nach Art.5 I S.1 BayKAG können die Gemeinden für die erstmalige Herstellung, die Anschaffung, Verbesserung oder Erneuerung der kommunalen öffentlichen Einrichtungen Beiträge erheben. Außerdem ist durch Art.8 III BayKAG die Möglichkeit eröffnet, den Investitionsaufwand im Rahmen der Gebührenerhebung abzugelten, sofern er nicht bereits durch Beiträge oder Zuwendungen Dritter (Art.8 III S.2 BayKAG) finanziert ist.

Bei den Erschließungsanlagen handelt es sich regelmäßig um kommunale Einrichtungen. Im Anwendungsbereich der §§ 127 ff. BauGB war jedoch die Gesetzgebungskompetenz der Länder bis zur Grundgesetzänderung verdrängt. Nach der Grundgesetzänderung sind die Länder wieder gesetzgebungsbefugt. Soweit sie von dieser Kompetenz keinen Gebrauch machen, gilt das Erschließungsbeitragsrecht als Bundesrecht

²²⁶ Dazu bereits oben, 2.Teil:A.I, Seite 51.

²²⁷ *Wilke*, Gebührenrecht und Grundgesetz, S.161; *Kirchhof*, Die Höhe der Gebühr, S.37 f.

fort.²²⁸ Von seiner neu eröffneten Gesetzgebungskompetenz hat der bayerische Gesetzgeber Gebrauch gemacht und durch das Gesetz zur Änderung des Kommunalabgabengesetzes vom 27.12.1996, in Kraft getreten am 1.1.1997, Art.5a KAG eingeführt. Art.5a KAG regelt, wann eine selbstständige Grünanlage im Sinne des § 127 II Nr.4 BauGB notwendig ist; die Vorschrift führt damit zu einer einengenden Auslegung des § 127 Nr.4 BauGB.²²⁹ Entgegen dem missverständlichen Wortlaut wird durch Art.5a KAG nicht das gesamte bundesrechtliche Beitragsrecht in das bayerische Landesrecht übernommen, sondern es wird – wie sich aus der Begründung zum Gesetzesentwurf ergibt²³⁰ – lediglich eine punktuelle Regelung getroffen.²³¹ Eine solche punktuelle Regelung ist im Hinblick auf Art.125a GG auch verfassungskonform.²³² Die Erwägung des bayerischen Gesetzgebers, das Erschließungsbeitragsrecht in das Straßenausbaubeitragsrecht des KAG einzubeziehen,²³³ wurde bisher nicht umgesetzt.

III. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen und Ableitungen hinsichtlich der Erhebung nichtsteuerlicher Kommunalabgaben

Eine Abgabenerhebung muss im Hinblick auf den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes verfassungsrechtlich legitimiert sein. Soweit es um die Erhebung sogenannter Sonderabgaben geht, bedarf es darüber hinaus nach ganz einhelliger Meinung einer besonderen sachlichen Rechtfertigung. Entsprechendes muss auch für die übrigen nichtsteuerlichen Abgaben (Gebühren und Beiträge) gelten.²³⁴ Des weiteren muss eine Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechen. Das Abgabenrecht hat insbesondere die rechtsstaatlichen Grundsätze weiter konkretisiert und eigene abgabenrechtliche Grundsätze aufgestellt. Diesen abgabenrechtlichen Grundsätzen ist insoweit Verfassungsrang beizumessen, wie sie sich mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen decken. Soweit jedoch einzelne abgabenrechtliche Grundsätze eine eigenständige Aussage treffen, ist ungeklärt, ob auch diese speziellen abgabenrechtlichen Ausformungen Verfassungsrang besitzen.²³⁵ Zum Teil haben die verfassungsrechtlichen und abgabenrechtlichen Grundsätze im Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB bzw. BayKAG eine einfachgesetzliche Konkretisierung erfahren.

²²⁸ Ausführlich dazu bereits oben, 1.Teil:A, Seite 53.

²²⁹ Vergleiche zu Einzelheiten der Regelung *Wiens*, BayVBl 1998, S.481 (482 ff.).

²³⁰ LT-Drucksache 13/4553, S.4.

²³¹ *Wiens*, BayVBl 1998, S.481; *Hesse*, BayVBl 1998, S.486.

²³² Siehe oben, 1.Teil:A, Seite 15.

²³³ LT-Drucksache 13/4553, S.1

²³⁴ Siehe die Nachweise unter 2.Teil:A.III.1, Seite 54, Fußnote 238.

²³⁵ Grundsätzlich verneinend z.B. *Waechter*, Kommunalrecht, Rn.677.

1. Der besondere verfassungsrechtliche Rechtfertigungszwang

Der Finanzverfassung des Grundgesetzes liegt die Vorstellung zugrunde, dass die Finanzierung der staatlichen Aufgaben in Bund und Ländern einschließlich der Gemeinden in erster Linie aus dem Ertrag der in Art.105 ff. GG geregelten Einnahmequellen erfolgt (Prinzip des Steuerstaates). Nichtsteuerliche Abgaben bedürfen insoweit einer besonderen sachlichen Rechtfertigung, da sonst die grundgesetzliche Finanzverfassung ihren Sinn verlöre.²³⁶ Das gilt nicht nur für die sogenannten Sonderabgaben²³⁷, sondern für alle nichtsteuerlichen Abgaben²³⁸.

Die – neben der Steuer– weitere Belastung einer Gruppe bedarf zudem der besonderen Rechtfertigung hinsichtlich des aus Art.3 I GG abgeleiteten Gebots der Belastungsgleichheit.²³⁹ Aus Art.3 I GG ergibt sich, dass ohne sachlichen Grund die besondere Belastung einer bestimmten Personengruppe unzulässig ist. Keinen Bedenken unterliegen insoweit die herkömmlichen nichtsteuerlichen Abgaben, die Gebühren und Beiträge: Die Erhebung dieser Vorzugslasten wird durch ihre Ausgleichsfunktion gerechtfertigt.²⁴⁰ So empfängt, wer eine öffentliche Leistung in Anspruch nimmt, einen besonderen Vorteil, der es rechtfertigt, ihn zur Tragung der Kosten heranzuziehen oder die durch die öffentliche Leistung gewährten Vorteile ganz oder teilweise abzuschöpfen.²⁴¹

2. Die rechtsstaatlichen Grundsätze

Aus dem Rechtsstaatsprinzip²⁴² werden insbesondere die Grundsätze des Vorbehalts der Gesetze, der Bestimmtheit, der Verhältnismäßigkeit und des Verbots der Rückwirkung von Gesetzen abgeleitet. Diese rechtsstaatlichen Grundsätze werden zum Teil im Abgabenrecht konkre-

²³⁶ *BVerfG*, Urteil vom 8.6.1988, BVerfGE 78, 249 (266 f.); *BVerfG*, Urteil vom 31.5.1990, BVerfGE 82, 159 (178); *BVerfG*, Urteil vom 11.10.1994, BVerfGE 91, 186 (202 f.).

²³⁷ Dazu *BVerfG*, Urteil vom 6.11.1984, BVerfGE 67, 256 (278); *BVerfG*, Beschluss vom 31.5.1990, BVerfGE 82, 159 (181); *BVerfG*, Beschluss vom 24.1.1995, BVerfGE 92, 91 (113).

²³⁸ *Vogel*, in: *Isensee/ Kirchhof*, HStR I, § 27, Rn.70.

²³⁹ *BVerfG*, Urteil vom 10.11.1980, BVerfGE 55, 274 (302).

²⁴⁰ Vgl. *BVerfG*, Beschluss vom 20.5.1959, BVerfGE 9, 291 (297); *BVerfG*, Beschluss vom 16.10.1962, BVerfGE 14, 312 (317); *BVerfG*, Urteil vom 21.10.1994, BVerfGE 97, 62 (65).

²⁴¹ *BVerfG*, Urteil vom 7.11.1995, NVwZ 1996, S.469 (470 f.); *Dahlke-Piel*, LKV 2000, S.426 (427).

²⁴² Vgl. zur dogmatischen Ableitung des Rechtsstaatsprinzips z.B. aus Art.20 III GG oder Art.20 III i.V.m. II GG *von Mangoldt/ Klein/ Starck*, GG, Art.20 III, Rn.217, m.w.N.

tisiert durch das Prinzip der Tatbestandsmäßigkeit und der Äquivalenz. Streitig ist der Rang des Prinzips der Kostendeckung.

a. Die Gesetzmäßigkeit der Abgabenerhebung, der Bestimmtheitsgrundsatz und das Prinzip der Tatbestandsmäßigkeit

Belastende Verwaltungsmaßnahmen müssen auf eine gültige Gesetzesgrundlage zurückgehen. Das ergibt sich aus dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, als im Grundsatz unbestrittener Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips des Art.20 III GG.²⁴³ Eine Abgabepflicht darf daher nur durch förmliches Gesetz oder durch eine gemeindliche Satzung, die ihrerseits wieder auf einem förmlichen Gesetz beruht, begründet werden.²⁴⁴ Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt weiterhin, dass Normen, die den Grundrechtsbereich des Bürgers wesentlich betreffen, nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt sein müssen, so dass der Eingriff messbar und in gewissem Umfang für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar ist.²⁴⁵

Im Abgabenrecht konkretisiert der Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit das allgemeine Rechtsstaatsprinzip.²⁴⁶ Der Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit fordert, dass im Bereich des Abgabewesens abgabenbegründende Tatbestände so bestimmt sein müssen, dass der Abgabepflichtige die auf ihn entfallende Abgabenlast vorausberechnen kann.²⁴⁷ Die Abgabenvorschrift muss daher für alle in Betracht kommenden Anwendungsfälle den Abgabentatbestand und die Bemessung der Abgabe klar und berechenbar regeln;²⁴⁸ Bemessungsgrundlage, Höhe, Entstehung und Fälligkeit der Abgabe müssen in der Norm bestimmt sein.²⁴⁹ Der Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit der Abgabenerhebung ist mit dem allgemeinen Grundsatz des Gesetzesvorbehalts insoweit de-

²⁴³ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz, Art.20 (Rechtsstaat), Rn.95; *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn.276; *Katz*, Staatsrecht, Rn.192.

²⁴⁴ Im Erschließungsbeitragsrecht nach BayKAG und BauGB werden die Abgaben aufgrund einer Satzung erhoben, vgl. Art.2 I BayKAG und § 132 BauGB; dazu unten, 2.Teil:C.I.1.c, Seite 71 und 2.Teil:C.II.1.b, Seite 113.

²⁴⁵ *Brockmeyer*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art.20, Rn.34.

²⁴⁶ Zumindest nach Ansicht der Rechtsprechung hat der Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit keine eigene Bedeutung, da sich die Aussagen, die aus diesem Grundsatz abgeleitet werden, schon aus Art.20 III GG ergeben, vgl. *BVerfG*, Beschluss vom 10.10.1961, BVerfGE 13, 153 (160); *BVerfG*, Beschluss vom 7.4.1964, BVerfGE 17, 306 (313).

²⁴⁷ *BVerfG*, Urteil vom 14.12.1965, BVerfGE 19, 253 (267); *BVerfG*, Beschluss vom 12.10.1978, NJW 1978, S.859 (861).

²⁴⁸ *BVerwG*, Urteil vom 9.3.1990, NVwZ 1990, S.867 (868).

²⁴⁹ *BVerfG*, Beschluss vom 12.10.1978, NJW 1978, S.859 (861); *BVerwG*, Urteil vom 9.3.1990, NVwZ 1990, S.867 (868).

ckungsgleich, als er anordnet, dass Abgaben unmittelbar durch ein formelles Gesetz oder eine autonome Satzung²⁵⁰ festgelegt werden müssen und nur erhoben werden dürfen, wenn der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz oder die Satzung die Abgabepflicht knüpft.²⁵¹ Die Prinzipien der Gesetzmäßigkeit und Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung werden in §§ 85, 38 AO einfachgesetzlich normiert.

b. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der Äquivalenz und der Kostendeckung

Das Rechtsstaatsprinzip umfasst als entscheidendes Prinzip auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.²⁵² Dieser Grundsatz gilt allgemein auch im Abgabenrecht²⁵³ und verlangt, dass der Eingriff in ein Grundrecht in angemessenem Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung dieses Grundrechts steht.²⁵⁴ Der mit der Abgabenerhebung verfolgte Zweck darf dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemäß nicht außer Verhältnis zu der dem Bürger auferlegten Abgabe stehen. Eine Steuer, die wirtschaftlich erdrosselnd wirkt und z.B. eine berufliche Betätigung unmöglich macht (sogenannte „Erdrosselungssteuer“) greift unverhältnismäßig in die durch Art.12 I GG geschützte Berufsfreiheit ein.²⁵⁵

Eine spezielle Ausformung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Abgabenrecht ist das Äquivalenzprinzip.²⁵⁶ Es besagt, dass zwischen der Leistung der Verwaltung und der Abgabenhöhe kein Missverhältnis bestehen darf.²⁵⁷ Grundsätzlich haben sich die Leistung des Staates und die Gegenleistung in ihrer Wertigkeit zu entsprechen, so dass das Äquivalenzprinzip eine engere Grenze als das allgemeine Verhältnismäßigkeitsprinzip zieht.²⁵⁸ Die Leistung des Staates besteht dabei nicht in dem erbrachten Aufwand, sondern in dem Vorteil, der dem Abgabenschuldigen entsteht.²⁵⁹ Das Äquivalenzprinzip wird daher zum Teil auch aus der

²⁵⁰ *Tipke/ Kruse*, Abgabenordnung, § 3 AO, Rn.34.

²⁵¹ *Sontheimer*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag im Steuerrecht, S.138; *Tipke/ Kruse*, Abgabenordnung, § 3 AO, Rn.33.

²⁵² *BVerfG*, Beschluss vom 15.12.1965, BVerfGE 19, 342 (348 f.).

²⁵³ *BVerfG*, Beschluss vom 29.6.1995, NVwZ 1996, S.57 (58).

²⁵⁴ *BVerfG*, Beschluss vom 20.6.1984, BVerfGE 67, 157 (173); *Jarass/ Pieroth*, GG, Art.20 GG, Rn.61.

²⁵⁵ *BVerfG*, Beschluss vom 1.4.1971, BayVBI 1972, S.182.

²⁵⁶ *BVerwG*, Beschluss vom 19.9.1983, KStZ, S.11 (12); *BVerfG*, Beschluss vom 6.2.1979, NJW 1979, S.1345.

²⁵⁷ *BVerwG*, Urteil vom 15.7.1988, BVerwGE 80, 36 (39).

²⁵⁸ *Beushausen*, KStZ 1998, S.40 (45).

²⁵⁹ *BVerwG*, Urteil vom 24.3.1961, BVerwGE 12, 162 (169 f.); *BVerwG*, Urteil vom 14.4.1964, BVerwGE 26, 305 (310); *Schindler*, KStZ 1992, S.47.

Notwendigkeit der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung abgeleitet.²⁶⁰ Es gilt sowohl für die Bemessung der Gebühren als auch für die Beitragsbemessung.²⁶¹ Die Bedeutung dieses Grundsatzes ist aufgrund der Rechtsprechung des *BVerwG* als gering einzustufen: Nach Auffassung des *BVerwG* ist ein Missverhältnis erst bei grober Ungleichartigkeit des Entgeltverhältnisses gegeben.²⁶² Es greift daher letztlich nur noch in willkürlichen und „evident pathologischen“ Fällen ein.²⁶³ Im BayKAG hat der verfassungsrechtliche Grundsatz der Äquivalenz eine einfachgesetzliche Konkretisierung erfahren:²⁶⁴ Aus Art.5 I bis III BayKAG ergibt sich, dass Beiträge entsprechend den jeweiligen Vorteilen der Beitragspflichtigen festzusetzen sind. Gemäß Art.8 IV BayKAG sind die Gebühren nach dem Ausmaß zu der Benutzung durch den Gebührenschuldner zu bemessen.²⁶⁵ Etwas anderes gilt im Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB: Hier regelt das Gesetz in § 132 II lediglich Verteilungsmaßstäbe, die von der Gemeinde (eventuell in Kombination) anzuwenden sind, um den jeweiligen Erschließungsaufwand umzulegen. Hier kann ein Rückgriff auf das verfassungsrechtliche Äquivalenzprinzip unter Umständen erforderlich werden.

Es ist umstritten, ob das sogenannte Kostendeckungsprinzip Verfassungsrang genießt.²⁶⁶ Es besagt, dass bei der Abgabekalkulation der Verwaltungsaufwand zu Grunde zulegen ist.²⁶⁷ Das Kostendeckungsprinzip kann somit als Ober- und Untergrenze der Abgabenerhebung wirken.²⁶⁸ In der Literatur wird vereinzelt verlangt, das Kostendeckungsprinzip als Obergrenze der Gebührenerhebung zu ziehen, um so Gewinnzuschläge zu verhindern.²⁶⁹ Das *BVerfG* hat diese Frage bisher ver-

²⁶⁰ *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 127, Rn.2a; *Vogel*, in: FS Geiger, S.518 (529); *Ubber*, Der Beitrag als Institut der Finanzverfassung, S.239; der gebotene Vorteil führt nach dieser Ansicht nicht nur zu einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung dem Grunde nach, sondern hat auch unmittelbaren Einfluss auf die Abgabenhöhe.

²⁶¹ Auch wenn es bei der Bemessung von Beiträgen schwieriger zu gewährleisten ist, *Beushausen*, KStZ 1998, S.40 (45).

²⁶² *BVerwG*, Urteil vom 14.4.1967, BVerwGE 26, 305 (309); kritisch hierzu *Hörstel*, BauR 1997, S.14 (17 ff.).

²⁶³ *Ubber*, Der Beitrag als Institut der Finanzverfassung, S.34.

²⁶⁴ *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.2 KAG, Erl.7.3.

²⁶⁵ *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.8, Erl.8.1.

²⁶⁶ Ablehnend *BVerfG*, Beschluss vom 6.4.1979, NJW 1979, S.1345; bejahend *Bohley/ Fohs*, Handbuch des gemeindlichen Steuerrechts, Band I, 1.Halbband, Teil IV, Frage 3, Erl. 7; vgl. zusammenfassend *Hörstel*, BauR 1997, S.14 (15 f.).

²⁶⁷ *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn.1003.

²⁶⁸ *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.8 KAG, Erl.4.1.

²⁶⁹ *Hörstel*, BauR 1997, S.14 (23).

neint.²⁷⁰ Auch nach Ansicht des *BVerwG* handelt es sich nicht um ein verfassungsrechtlich verbindliches Prinzip und gilt daher nur bei einfachgesetzlicher Anordnung.²⁷¹ Soweit es um die Abgabenerhebung bezüglich der erstmaligen Herstellung von Erschließungsanlagen geht, kann eine Entscheidung dieses Streits dahingestellt bleiben, da das Kostendeckungsprinzip im Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB und im BayKAG (in den hier relevanten Fällen) aufgrund einfachgesetzlicher Anordnung gilt: Im Rahmen des BayKAG geht die h.M. davon aus, dass die Gemeinde im Falle der erstmaligen Herstellung leitungsgebundener Erschließungsanlagen verpflichtet ist, ihren gesamten Investitionsaufwand durch Beitrags- oder Gebührenerhebung auf die Abgabepflichtigen umzulegen (Kostendeckungsprinzip als Untergrenze), da den Abgabepflichtigen besondere grundstücksbezogene Vorteile vermittelt werden.²⁷² Es darf jedoch auch nicht mehr als der angefallene Investitionsaufwand gedeckt werden (Kostendeckungsprinzip als Obergrenze). Das ergibt sich für eine Beitragserhebung schon aus Art.5 I BayKAG. Soll der angefallene Investitionsaufwand durch eine Abrechnung über Gebühren erfolgen (vgl. Art.8 III S.1 BayKAG), regelt Art.8 II S.2 BayKAG ebenfalls ein Kostenüberschreitungsverbot, wenn die Gebührenschuldner zur Benutzung der Anlage verpflichtet sind. Dies wird bei den genannten Anlagen aufgrund ausdrücklicher Anordnung grundsätzlich der Fall sein. Ein Benutzungszwang kann sich auch aus einem Monopolcharakter der kommunalen Einrichtung ergeben. Zumindest eine solche faktische Benutzungspflicht wird bei leitungsgebundenen Ver- und Entsorgungseinrichtungen regelmäßig vorliegen.²⁷³ Auch das Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB verpflichtet die Gemeinden, ihren anderweitig nicht gedeckten Aufwand durch Erschließungsbeiträge zu decken (§ 127 I BauGB).²⁷⁴ Der Aufwand der Gemeinde ist somit Kalkulationsgrundlage der Beitragsbemessung.

c. Das Rückwirkungsverbot

Aus dem Rechtsstaatsgebot des Art.20 III GG folgt ein grundsätzliches Rückwirkungsverbot, da stets das Vertrauen des Bürgers in die Beständigkeit der Rechtsordnung gegenüber nachträglicher Neubewertung betroffen sein kann.²⁷⁵ Die Rechtsprechung des *BVerfG* unterschied dabei

²⁷⁰ *BVerfG*, Beschluss vom 16.6.1976, BVerfGE 50, S.217 (227).

²⁷¹ *BVerwG*, Beschluss vom 19.9.1984, KStZ 1984, S.11 (12).

²⁷² Vgl. zur Abgabenerhebungspflicht im BayKAG ausführlich unten, 2.Teil:C.II.1.a, Seite 110.

²⁷³ *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.8 KAG, Erl.4.2.2.

²⁷⁴ Vgl. zur Beitragserhebungspflicht nach BauGB ausführlich unten, 2.Teil:C.I.1.b, Seite 70.

²⁷⁵ *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn.368.

zunächst zwischen „echter“ und „unechter“ Rückwirkung²⁷⁶, nach neuerer Rechtsprechung zwischen tatbestandlicher Rückwirkung und Rückbewirkung von Rechtsfolgen²⁷⁷..²⁷⁸ Eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen ist nur in Ausnahmefällen zulässig, eine tatbestandliche Rückanknüpfung ist hingegen grundsätzlich zulässig, wenn nicht im Einzelfall ein schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen entgegensteht.²⁷⁹ Diese Grundsätze gelten für alle materiellen Rechtsnormen mit belastender Wirkung, das heißt auch für Satzungen mit belastender Wirkung.²⁸⁰

Im kommunalen Abgaberecht ist das Verbot der Rückwirkung von grundlegender Bedeutung. Grundlage der Abgabenerhebung ist in diesem Bereich die gemeindliche Abgabensatzung (vgl. Art.2 I BayKAG und § 132 BauGB für das Erschließungsbeitragsrecht). Bei der Aufstellung dieser Satzungen sind von der Gemeinde zahlreiche Vorschriften zu beachten. Nicht selten kommt es daher vor, dass der Gemeinde in formeller oder materieller Hinsicht Fehler unterlaufen, die dazu führen, dass die Abgabensatzung teilweise oder insgesamt unwirksam ist. Soweit aufgrund dieser (unwirksamen) Abgabensatzung bereits Abgabenbescheide ergangen sind, stellen sich regelmäßig zwei Fragen: Führt der nachträgliche Erlass einer Abgabensatzung ohne Rückwirkungsanordnung zur Heilung der – mangels Rechtsgrundlage – rechtswidrigen Abgabenbescheide? Ist der Erlass einer Abgabensatzung mit Rückwirkungsanordnung für den Fall, dass eine Heilung des Abgabenbescheids nicht eintritt oder aus anderen Gründen nicht ausreichend ist, unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten zulässig, insbesondere, wenn die neue Satzung zu einer höheren Abgabepflicht führt? Da das Rückwirkungsverbot insbesondere in diesem Bereich seine Bedeutung hat, wird es an entsprechender Stelle näher erörtert.²⁸¹

3. Die Gleichmäßigkeit der Abgabenerhebung

Der Gleichheitssatz des Art.3 I GG hat nicht nur Bedeutung bei der Verteilung des abgabefähigen Aufwands zwischen der – nicht besonders

²⁷⁶ So z.B. *BVerfG*, Beschluss vom 15.10.1996, *BVerfGE* 95, 64 (86 f.); *BVerfG*, Beschluss vom 31.5.1960, *BVerfGE* 11, 139 (145 f.).

²⁷⁷ So z.B. *BVerfG*, Beschluss vom 14.5.1986, *BVerfGE* 72, 200 (241 f.)

²⁷⁸ Zur Frage, ob es sich bei dieser Rechtsprechungsänderung um eine inhaltliche Änderung oder lediglich um eine neue Terminologie handelt, *Brüning*, *NJW* 1998, 1525 ff.

²⁷⁹ *Degenhart*, *Staatsrecht I*, Rn.369; *Herzog*, in: *Maunz/ Dürig, Grundgesetz*, Art.20, Anm.69 f.

²⁸⁰ *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier, Grundgesetz*, Art.20 (Rechtsstaat), Rn.141.

²⁸¹ Vgl. zum Rückwirkungsverbot im Erschließungsbeitragsrecht unten, 2.Teil:C.I.1.c(2), Seite 75 und zum Rückwirkungsverbot im kommunalen Abgaberecht unten, 2.Teil:C.II.1.b(2), Seite 117.

bevorteilten – Allgemeinheit und der Gruppe der Abgabepflichtigen.²⁸² Art.3 I GG wirkt auch unmittelbar im Verhältnis der einzelnen Abgabepflichtigen untereinander.²⁸³ Der Gleichheitssatz gebietet, dass die Abgabenmaßstäbe und Abgabensätze so zu wählen sind, dass die verhältnismäßige Gleichheit unter den einzelnen Abgabenschuldnern gewahrt bleibt.²⁸⁴ Auch die Abgabenbemessung muss also durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein. Anders als das Äquivalenzprinzip, das das Verhältnis der öffentlich-rechtlichen Körperschaft zum einzelnen Abgabepflichtigen betrifft, stellt das Gleichbehandlungsgebot auf die gleichmäßige Behandlung der Abgabepflichtigen untereinander ab. Der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung ist in § 85 AO einfachgesetzlich normiert.

Der Gleichheitsgrundsatz erfährt jedoch eine Einschränkung durch den Grundsatz der Praktikabilität.²⁸⁵ Die Rechtssicherheit fordert unter anderem, dass rechtsbegründende Tatsachen möglichst irrtumsfrei festzustellen und somit praktikabel sind.²⁸⁶ In diesen Grenzen sind die Abgabenmaßstäbe so zu wählen, dass sie den unterschiedlichen Ausmaßen der gebotenen Benutzungsvorteile bzw. den gezogenen Leistungen Rechnung tragen, damit die verhältnismäßige Gleichheit unter den Abgabenschuldnern gewahrt bleibt.²⁸⁷ Es ist dem Gesetzgeber im Hinblick auf Art.3 I GG daher gestattet, bei der Gestaltung abgabenrechtlicher Regelungen in der Weise zu verallgemeinern, dass an Regelfälle eines Sachbereichs angeknüpft wird und dabei die Besonderheiten von Einzelfällen außer Betracht bleiben (sog. „Typengerechtigkeit“).²⁸⁸ Dies gilt auch für den Ortsgesetzgeber im Rahmen der Gesetzesbindung. Er muss lediglich eine sachgerechte Typisierung vornehmen, also die Regelung nicht am atypischen, sondern am tatsächlich typischen Fall orientieren.²⁸⁹

²⁸² Siehe dazu bereits oben, 2.Teil:A.III.1, Seite 54.

²⁸³ *Beushausen*, KStZ 1998, S.40 (45 f.).

²⁸⁴ *BVerfG*, Beschluss vom 6.2.1979, NJW 1979, S.1345 (1346).

²⁸⁵ Dies ist im Ergebnis völlig unstrittig; vgl. zur methodischen Begründung *Klenke*, KStZ 1998, S.129 f.

²⁸⁶ *Bohley/ Foohs*, Handbuch des gemeindlichen Steuerrechts, Band I, 1.Halbband, Teil IV, Frage 3, Erl. 5.1.

²⁸⁷ *BVerfG*, Beschluss vom 6.2.1979, DVBl 1979, S.774 (775).

²⁸⁸ *BVerfG*, Beschluss vom 18.5.1971, BVerfGE 31, 119 (130 f.); *BVerfG*, Urteil vom 20.12.1966, BVerfGE 21, 12 (27); *BVerfG*, Urteil vom 10.5.1962, BVerfGE 14, 76 (101 f.); *BVerfG*, Beschluss vom 3.12.1958, BVerfGE 9, 3 (13); *BVerwG*, Urteil vom 26.7.1979, BVerwGE 58, 230 (243).

²⁸⁹ *BVerwG*, Urteil vom 19.10.1966, BVerwGE 25, 147 (148); *Osterloh*, in: Sachs, GG, Art.3, Rn.172.

4. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, dass bei einer Gebühren- oder Beitragserhebung der vermittelte Vorteil die Abgabenerhebung dem Grunde nach verfassungsrechtlich rechtfertigt. In Verbindung mit dem Äquivalenzprinzip und dem Gleichheitsgrundsatz hat der vermittelte Vorteil weiterhin Bedeutung für die Höhe der zu erhebenden Abgabe: Sie darf nicht in einem groben Missverhältnis zum gebotenen Vorteil stehen und muss die Abgabepflichtigen im Verhältnis untereinander vorteilsgerecht belasten. Im Abgabenrecht nach BayKAG sind diese Grundsätze auch einfachgesetzlich normiert, so dass ein Rückgriff auf die Verfassung regelmäßig nicht erforderlich sein wird.²⁹⁰ Diese Grundsätze der Abgabebemessung werden jedoch eingeschränkt durch den Grundsatz der Typengerechtigkeit, der es erlaubt, die Abgabenmaßstäbe am typischen Fall zu orientieren.

B. Das Verhältnis von bundes- und landesrechtlichen Abgabenregelungen bzgl. Erschließungskosten

Soweit es sich bei den öffentlichen Einrichtungen um Erschließungsanlagen im Sinne des § 123 BauGB handelt, sind landesrechtliche Regelungen im Umfang des Erschließungsbeitragsrechts des BauGB verdrängt. Zwar ist das Erschließungsbeitragsrecht ausdrücklich aus der Kompetenzzuweisung des Art.74 I Nr.18 GG ausgeklammert, jedoch gilt gemäß Art.125a I S.1 GG das Erschließungsbeitragsrecht als Bundesrecht fort. Gemäß Art.31 GG es somit entgegenstehendem Landesrecht vor. Erst soweit der Landesgesetzgeber auf diesem Gebiet gesetzgeberisch tätig wird, schaltet die Freigabeklausel des Art.125a I S.2 GG das Erschließungsbeitragsrecht des Bundes aus²⁹¹. Dies ist in Bayern - von der Regelung des Art.5a KAG abgesehen - bisher nicht geschehen. Der Vorrang der bundesrechtlichen Regelungen bemisst sich im Übrigen nach ihrem Anwendungsbereich.

I. Der Anwendungsbereich der §§ 127 ff. BauGB

Gänzlich ausgeschlossen sind die erschließungsbeitragsrechtlichen Vorschriften durch bundesrechtliche Sonderregelungen für Sanierungsgebiete (§§ 154 I S.2, 156 I BauGB) und für Ordnungsmaßnahmen im Sinne der §§ 146, 147 I BauGB. Auch die landesrechtlichen Abgabenregelungen sind in diesen Bereichen verdrängt.

²⁹⁰ *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.2 KAG, Erl.7.3.

²⁹¹ *Rybak/ Hofman*, NVwZ 1995, S.230 (235); *Jarass/ Pieroth*, GG, Art.125a GG, Rn.2.

Im Übrigen ist der Anwendungsbereich der §§ 127 ff. BauGB sowohl gegenständlich als auch inhaltlich beschränkt.²⁹² Gegenständlich beschränken sich die §§ 127 ff. BauGB auf die in § 127 II BauGB genannten Erschließungsanlagen und erfassen hier nur solche baulichen Maßnahmen, die zur erstmaligen Herstellung dieser Anlagen führen. Inhaltlich bestimmen die §§ 127 ff. BauGB nicht, wie die Ansprüche, die sich aus dem Erschließungsbeitragsrecht ergeben, abgewickelt werden sollen. Das Erschließungsbeitragsrecht der §§ 127 ff. BauGB regelt lediglich den Inhalt der Beitragsforderung, ihren Schuldner, das Entstehen und die Fälligkeit des Beitrags sowie die Billigkeitsregelung des § 135 II-V BauGB. Die §§ 127 ff. BauGB enthalten keine verwaltungsverfahrensrechtlichen Regelungen.

1. Die gegenständliche Beschränkung

Die Regelung der §§ 127 ff. BauGB beschränkt sich auf die in § 127 II BauGB aufgeführten Erschließungsanlagen, also auf die öffentlichen zum Anbau bestimmten Straßen, Wege und Plätze (§ 127 II Nr.1 BauGB), die unbefahrbaren Verkehrsanlagen (§ 127 II Nr.2 BauGB), die Sammelstraßen (§ 127 II Nr.3 BauGB), die Parkflächen und Grünanlage (§ 127 II Nr.4 BauGB) sowie die selbstständigen Immissionsschutzanlagen (§ 127 II Nr.5 BauGB). Zu den Erschließungsanlagen im Sinne des § 127 II BauGB gehören auch die von den Gemeinden hergestellten Ortsdurchfahrten, soweit sie eine Erschließungsfunktion besitzen und zum Anbau bestimmte öffentliche Straßen sind.²⁹³

Nicht zu den beitragsfähigen Erschließungsanlagen im Sinne des § 127 II BauGB – aber unter Umständen zu den Erschließungsanlagen im Sinne des § 123 II BauGB – gehören andere nichtleitungsgebundene Anlagen. Auch die in § 127 IV BauGB aufgezählten leitungsgebundenen Anlagen (die Anlagen zur Ableitung von Abwasser sowie zur Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wärme und Wasser) werden nicht von den bundesrechtlichen Erschließungsbeitragsvorschriften erfasst.

Aber auch bezüglich der beitragsfähigen Erschließungsanlagen trifft das Erschließungsbeitragsrecht – entsprechend dem allgemeinen Erschließungsrecht – eine einschränkende Regelung. Der beitragsfähige Er-

²⁹² *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 2, Rn.7.

²⁹³ 128 III Nr.2 BauGB führt nicht dazu, dass die Qualität als Erschließungsanlage entfällt. Diese Vorschrift führt lediglich dazu, dass der Aufwand für die Fahrbahnen aus dem beitragsfähigen Erschließungsaufwand ausscheidet, *BVerwG*, Urteil vom 20.8.1986, NVwZ 1987, S.56; *BVerwG*, Urteil vom 31.1.1969, Buchholz 406.11 § 127 BBauG Nr.6, S.1 (3); *BVerwG*, Urteil vom 30.1.1970, Buchholz 406.11 § 128 BBauG Nr.7, S.9 (10); zur Vereinbarkeit des § 128 III Nr.2 BauGB mit dem Grundgesetz vgl. *BVerfG*, Beschluss vom 8.11.1972, BVerfGE 34, 139 (140 ff.).

schließungsaufwand erfasst – neben den Kosten für den Erwerb und die Freilegung der erforderlichen Flächen (§ 128 II S.1 Nr.1 BauGB) – nur die Kosten der erstmaligen Herstellung einer solchen Anlage²⁹⁴ (§ 128 II S.2 Nr.2 BauGB)²⁹⁵. Erweiterungs-, Verbesserungs- und Unterhaltungsmaßnahmen, die an einer nach Inkrafttreten des BBauG bzw. des BauGB bereits endgültig hergestellten Erschließungsanlage vorgenommen werden, sind keine erstmalige Herstellung und unterfallen somit nicht dem Regelungsbereich der §§ 127 ff. BauGB. Diesen Anlagen sind gleichgestellt die vorhandenen Erschließungsanlagen im Sinne des § 242 I BauGB²⁹⁶ und die im Sinne des § 242 IX BauGB in den neuen Ländern bis zum 3.10.1990 bereits hergestellten²⁹⁷ Erschließungsanlagen oder Teile von Erschließungsanlagen. Beiträge für die erstmalige Herstellung dieser gleichgestellten Anlagen können nicht erhoben werden.²⁹⁸ Bauliche Maßnahmen, die an diesen Anlagen nach Inkrafttreten des BBauG bzw. des BauGB vorgenommen werden, unterfallen somit nicht dem Regelungsbereich der §§ 127 ff. BauGB, so dass eine Abgabenerhebung nach landesrechtlichen Vorschriften nicht ausgeschlossen ist.

2. Das im Rahmen der §§ 127 ff. BauGB anzuwendende Verfahrensrecht

Die Länder führen das bundesrechtliche Erschließungsbeitragsrecht gemäß Art.83 GG als eigene Angelegenheit aus. Für die Ausführung der

²⁹⁴ Zu beachten ist, dass sich der Anwendungsbereich auf die erstmalige Herstellung einer Erschließungsanlage bezieht, nicht auf die erstmalige Erschließung eines Baugebiets. Die erstmalige Herstellung einer beitragsfähigen Erschließungsanlage unterfällt daher auch dann dem Anwendungsbereich der §§ 127 ff. BauGB, wenn das Baugebiet bereits anderweitig erschlossen war, *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 2, Rn.13; a.A. *VG Schleswig*, Urteil vom 22.9.1982, KStZ 1983, S.148 f.

²⁹⁵ Gleichgestellt werden die Kosten, die bei Übernahme einer Anlage als gemeindliche Erschließungsanlage anfallen, § 128 I S.1 Nr.3 BauGB.

²⁹⁶ Ob eine Erschließungsanlage vorhanden ist, richtet sich nach dem vor dem 30.6.1961 maßgeblichen Landesrecht, *BVerwG*, Urteil vom 16.9.1977, BRS 37, S.353 (354); *BVerwG*, Urteil vom 9.3.1990, BVerwGE 85, 66 (68). Allgemein ist unter einer vorhandenen Erschließungsanlage eine entsprechend den Vorschriften des alten Rechts (insbesondere nach dem PrFluchIG) oder, soweit solche Vorschriften fehlen, mit Willen der Gemeinde bis zum 29.6.1961 tatsächlich hergestellte Erschließungsanlage zu verstehen, *Quaas*, in: Schrödter, Baugesetzbuch, § 242, Rn.5; *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 128, Rn.27

²⁹⁷ Bereits hergestellte Erschließungsanlagen oder Teile von Erschließungsanlagen sind die einem technischen Ausbauprogramm oder entsprechend den örtlichen Ausbauepflogenheiten fertiggestellten Erschließungsanlagen oder Teile von Erschließungsanlagen (§ 242 IX S.2 BauGB).

²⁹⁸ *Löhr*, in: B/ K/ L, § 128, Rn.27.

Bundesgesetze als eigene Angelegenheit der Länder ergibt sich eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes zum Erlass verfahrensrechtlicher Vorschriften nach h.M. als Annex aus den materiellrechtlichen Kompetenzkatalogen der Art.73-75 GG.²⁹⁹ Im Bereich des Erschließungsbeitragsrechts hatte daher der Bundesgesetzgeber bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994 eine sich aus Art.74 I Nr.18 a.F. GG ergebende Befugnis, verfahrensrechtliche Regelungen für das Erschließungsbeitragsrecht zu treffen. Von dieser Befugnis hat der Bundesgesetzgeber keinen Gebrauch gemacht. Die §§ 127 ff. BauGB enthalten keine verfahrensrechtlichen Regeln. Gemäß Art.72 I GG haben daher die Länder in diesem Bereich die Befugnis zur Gesetzgebung.

Im Bereich des Erschließungsbeitragsrechts gilt somit grundsätzlich das Kommunalabgabengesetz des jeweiligen Landes (in Bayern: Art.10 Nr.2 BayKAG),³⁰⁰ das seinerseits hinsichtlich des anzuwendenden Verfahrens auf Vorschriften der bundesrechtlichen Abgabenordnung (AO) verweist (in Bayern: Art.13 BayKAG),³⁰¹ die im Umfang der Verweisung nicht als Bundesrecht, sondern als Landesrecht Anwendung finden.³⁰² Subsidiär ist gemäß Art.1 I, 2 II Nr.1 BayVwVfG das BayVwVfG anwendbar, soweit Art.13 BayKAG i.V.m. mit den anwendbaren Vorschriften der AO nicht inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten.

II. Der Anwendungsbereich des BayKAG

Gemäß Art.5 I S.1 BayKAG können die Gemeinden zur Deckung des Aufwands für die Herstellung, Anschaffung, Verbesserung oder Erneuerung ihrer öffentlichen Einrichtungen (Investitionsaufwand) Beiträge von den Grundstückseigentümern und Erbbauberechtigten erheben, denen die Möglichkeit der Inanspruchnahme dieser Einrichtungen besondere Vorteile bietet. Gemäß Art.8 I S.1 BayKAG können die Gemeinden für die Benutzung ihrer öffentlichen Einrichtungen und ihres Eigentums Be-

²⁹⁹ *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG § 1, Rn.12; *Obermayer*, VwVfG, Einleitung, Rn.34 und 39; allerdings müssen die Voraussetzungen des Art.84 GG erfüllt sein.

³⁰⁰ *BVerwG*, Urteil vom 14.8.1987, NVwZ 1988, S.361 (362); *BVerwG*, Urteil vom 28.10.1981, BRS 43, S.354 (355 f.).

³⁰¹ Zur Vereinbarkeit einer dynamischen Verweisung mit Verfassungsrecht vergleiche *Rodewoldt*, Das Kommunalabgabenverfahren, S.24 ff.; *Hatopp*, KStZ 1980, S.92 f.; *Linke*, KStZ 1980, S.29 f.; zur Verfassungswidrigkeit der dynamischen Verweisung des Kommunalabgabengesetzes von Baden-Württemberg kommt *Lickteig*, Die Anwendbarkeit der AO, S.5 ff.

³⁰² *BVerwG*, Urteil vom 30.1.1974, Buchholz 310 § 137 BBauG Nr.69, S.27 (28); *BVerwG*, Urteil vom 14.8.1987, NVwZ 1988, S.361 (362); so auch *Thiem*, Allgemeines kommunales Abgabenrecht, S.4.

nutzungsgebühren erheben. Die in Art.5 I S.1 und Art.8 BayKAG geregelten abgabenrechtlichen Rechtsgrundlagen finden nur insoweit Anwendung, als die bundesrechtlichen Beitragsvorschriften keine Regelung enthalten und soweit nicht landesrechtliche Vorschriften spezieller sind. Speziellere landesrechtliche Regelungen enthalten lediglich Art.14 IV BayStrWG für die Erstattung von Mehrkosten einer aufwändigeren Herstellung und Art.54 III BayStrWG für öffentliche Feld- und Waldwege.

1. Die Beitragserhebung nach Art.5 I S.1 BayKAG

Der in Art.5 I S.1 BayKAG verwandte Begriff der öffentlichen Einrichtung deckt sich mit dem Begriff der öffentlichen Einrichtung in Art.21 I BayGO. Öffentliche Einrichtungen in diesem Sinne sind alle Einrichtungen, die die Gemeinde der Öffentlichkeit durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Willensakt zur Verfügung stellt und diese im öffentlichen Interesse unterhält.³⁰³ Das schließt nicht aus, dass die Einrichtung privatrechtlich organisiert ist oder die Gemeinde bei der Erfüllung ihrer Aufgabe private Dritte einschaltet, soweit sie in der Lage ist, eine ausreichende Kontrolle auszuüben, um den gegen sie gerichteten Zulassungsanspruch der Gemeindeangehörigen durchsetzen zu können.³⁰⁴ Umfasst sind alle Einrichtungen, die eine Gemeinde oder ein Landkreis im öffentlichen Interesse unterhalten und im Rahmen der bestehenden allgemeinen Vorschriften für eine Benutzung zur Verfügung stellen, z.B. öffentliche Straßen und Wege, Einrichtungen zur Versorgung mit Wasser, Elektrizität oder Fernwärme, Entsorgungseinrichtungen wie Müllbeseitigungsanlagen (= Erschließungsanlagen); Krankenhäuser, Altenheime, Kindergärten, kulturelle Einrichtungen wie Museen, Bibliotheken, Theater, Volkshochschulen; Bestattungseinrichtungen; Schlachthöfe; Nahverkehrseinrichtungen.³⁰⁵ Bei den öffentlichen Einrichtungen werden im allgemeinen die leitungsgebundenen Anlagen (dies sind insbesondere die in § 127 IV BauGB aufgezählten Anlagen) von den nicht-leitungsgebundenen Anlagen (insbesondere Straßen) unterschieden.³⁰⁶ Art.5 I S.3 BayKAG enthält eine Sondervorschrift für die Verbesserung oder Erneuerung von Ortsstraßen und beschränkt-öffentlichen Wegen.

Art.5 BayKAG umfasst das Recht für Maßnahmen Beiträge zu erheben, die keine Erschließungsmaßnahmen im Sinne der §§ 123 ff. BauGB sind: Zum einen sind bauliche Maßnahmen an allen kommunalen Ein-

³⁰³ *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.5 KAG, Erl.2.1.

³⁰⁴ *Hözl/ Hien*, Gemeindeordnung, Art.21 GO, Anm.2b.

³⁰⁵ *Donhauser/ Hürholz/ Schwinghammer/ Peters*, Kommunalabgabenrecht in Bayern Band I, Erl. Art.5 KAG, Erl.I.5.

³⁰⁶ Vgl. z.B. *Grziwotz*, Baulanderschließung, S.294.

richtungen beitragsfähig, auch an solchen Anlagen, die keine Erschließungsanlagen im Sinne des § 123 BauGB sind, soweit sie dem Grundstückseigentümer oder Erbbauberechtigten nur einen besonderen Vorteil bieten. Zum anderen erfasst Art.5 BayKAG nicht nur den Aufwand für die erstmalige Herstellung einer Erschließungsanlage im Sinne des § 127 II BauGB, sondern auch den Aufwand für die Verbesserung und Erweiterung einer solchen Anlage.

Der Anwendungsbereich des Art.5 BayKAG ist hier nur insoweit von Interesse, als es um die erstmalige Herstellung einer Erschließungsanlage i.S.d. § 123 II BauGB geht und die Gemeinde Träger der Erschließungslast ist. Der Anwendungsbereich des Art.5 BayKAG beschränkt sich daher auf eine Beitragserhebung für die erstmalige Herstellung leitungsgebundener Wasserversorgungs- und Entwässerungseinrichtungen; nur insoweit besteht ihre Aufgabenzuständigkeit.³⁰⁷ Die erstmalige Herstellung einer nicht-leitungsgebundenen Anlage wird regelmäßig in den Anwendungsbereich der § 127 ff. BauGB fallen, weil § 127 II Nr.1-Nr.5 BauGB die wichtigsten nicht-leitungsgebundenen Erschließungsanlagen aufzählt.

2. Die Gebührenerhebung nach Art.8 BayKAG

Der Anwendungsbereich des Art.8 BayKAG im Rahmen des Erschließungsrechts stimmt mit dem Anwendungsbereich des Art.5 BayKAG überein. Anders als das Erschließungsbeitragsrecht des BauGB bietet das kommunale Abgabenrecht die zusätzliche Möglichkeit, den Aufwand durch Erhebung einer kommunalen Gebühr abzudecken.³⁰⁸ Gemäß Art.8 III S.1 BayKAG kann die Gemeinde den Investitionsaufwand als Abschreibung von den Anschaffungs- und Herstellungskosten zum Gegenstand der Benutzungsgebühr machen, sofern er nicht bereits durch Beiträge oder ähnliche Entgelte gedeckt ist (Art.8 III S.3 BayKAG). Welches Finanzierungssystem (Investitionsaufwand über Beiträge, Investitionsaufwand teils über Beiträge teils über Gebühren, Investitionsaufwand nur über Gebühren) gewählt wird, steht im Ermessen der Gemeinde.³⁰⁹ Die Entscheidung für ein Finanzierungssystem muss spätestens mit der Beschlussfassung über den Abgabensatz getroffen werden.³¹⁰

Entschließt sich die Gemeinde, den Investitionsaufwand nicht oder nur zu einem Teil durch eine Beitragserhebung auszugleichen, können die

³⁰⁷ Siehe zur Aufgabenzuständigkeit der Gemeinde oben, 1.Teil:C.II.2, Seite 28.

³⁰⁸ Dies gilt allerdings nicht für Straßenausbaubeiträge (vgl. Art.5 I S.3 KAG); auch hier soll – wie im Rahmen des Erschließungsbeitragsrechts – eine Aufwandsdeckung durch Beitragserhebung stattfinden.

³⁰⁹ *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.5 KAG, Erl.1.3.

³¹⁰ *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.90.

Bestimmungen des Gebührensatzes bzw. der Beitrags- und Gebührensätze wegen Verstoßes gegen Art.3 GG unwirksam sein: Legt die Gemeinde ihren Investitionsaufwand nur oder zu einem großen Teil durch eine Gebührenerhebung um, tragen in erster Linie diejenigen Grundstücke die Kosten, die an die Einrichtung angeschlossen sind und sie tatsächlich nutzen. Nicht angeschlossene, aber bebaubare bzw. gewerblich nutzbare Grundstücke haben durch die Möglichkeit der Inanspruchnahme zwar einen Vorteil, sind aber nicht gebührenpflichtig. Die Gebührenmehrbelastung wird von den angeschlossenen Grundstücken getragen. Bei Überschreitung gewisser Grenzwerte hat das *BVerwG* in dieser Konstellation einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz angenommen.³¹¹

III. Zusammenfassung

Im gegenständlichen Anwendungsbereich der §§ 127 ff. BauGB sind die Vorschriften des BayKAG verdrängt. Beiträge und Gebühren nach BayKAG können daher nicht erhoben werden für die erstmalige Herstellung einer Erschließungsanlage im Sinne des § 127 II BauGB,³¹² für die Beschaffung oder Bereitstellung der Flächen oder die Anschaffung dieser Anlage. Soweit es um Erschließungskosten nach § 123 I BauGB geht, ist das BayKAG nur einschlägig, soweit es sich um keine nach § 127 II BauGB beitragsfähige Erschließungsanlage handelt. Für die Gemeinde beschränkt sich der Anwendungsbereich des BayKAG hier daher im Wesentlichen auf eine Abgabenerhebung für die erstmalige Herstellung der Wasserversorgungs- und Entsorgungseinrichtungen.

C. Die Abgabenerhebung nach BauGB und BayKAG

Trotz vieler Gemeinsamkeiten unterscheiden sich die Regelungen zur Abgabenerhebung nach BayKAG von denen der Beitragserhebung nach BauGB. Das zeigt sich schon daran, dass im Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB Beiträge zu erheben sind, im Anwendungsbereich des BayKAG der Investitionsaufwand der Gemeinde aber auch ganz oder zum Teil durch Gebühren umgelegt werden kann. Im Folgenden werden die Regelungen des BauGB bzw. des BayKAG dargestellt, soweit sie für die Deckung von Erschließungskosten Relevanz besitzen.

³¹¹ *BVerwG*, Urteil vom 16.9.1981, DVBl 1982, S.76.

³¹² Hier zeigen sich in der Praxis die größten Abgrenzungsprobleme, da im Einzelfall zweifelhaft sein kann, ob eine Maßnahme als erstmalige Herstellung oder als Maßnahme des Ausbaubeitragsrechts zu werten ist, *Quaas*, Kommunales Abgabenerrecht, Rn.142; zur Problematik der Wahl der falschen Rechtsgrundlage: *Jachmann*, Vereinbarungen über Erschließungsbeiträge im Rahmen von Grundstücksverträgen mit Gemeinden, S.17 f.

I. Die Kostendeckung durch Beitragserhebung nach BauGB

Gemäß § 127 I BauGB erheben die Gemeinden zur Deckung ihres anderweitig nicht gedeckten Aufwands für Erschließungsanlagen einen Erschließungsbeitrag nach Maßgabe der §§ 127 II ff. BauGB. Dabei wird die entstandene sachliche Beitragspflicht (§ 133 II BauGB) durch Beitragsbescheid gegenüber dem persönlich Beitragspflichtigen konkretisiert (§ 134 I BauGB). Bevor auf das Entstehen der Beitragspflicht und die Heranziehung der Beitragspflichtigen eingegangen wird, werden zunächst die allgemeinen Grundsätze dargestellt, die für die §§ 127 ff. BauGB gelten. Das Erschließungsbeitragsrecht beruht auf Grundsätzen, die aus den verfassungs- und abgabenrechtlichen Prinzipien des Abgabenrechts abgeleitet werden oder sich als deren Ausformung darstellen. Diese Grundsätze haben in verschiedenen Regelungszusammenhängen eine Bedeutung und können eine unmittelbare oder mittelbare Auswirkung auf Erschließungskostenvereinbarungen zwischen der Gemeinde und privaten Dritten haben.

1. Die Grundsätze des Erschließungsbeitragsrechts

Das Erschließungsbeitragsrecht beruht auf dem Grundsatz, dass eine Beitragspflicht nur bei Verschaffung eines Erschließungsvorteils besteht und die Gemeinde verpflichtet ist, den gesamten beitragsfähigen Erschließungsaufwand gegenüber den Beitragspflichtigen aufgrund einer Erschließungsbeitragssatzung geltend zu machen.

a. Das Vorteilsprinzip im Erschließungsbeitragsrecht

Verfassungsrechtliche Grundlage der Erhebung kommunaler Beiträge ist, dass der Beitragspflichtige durch die Leistung der Gemeinde einen besonderen Vorteil erlangt hat. Aufgrund des Äquivalenzprinzips ist eine Beitragserhebung nur zulässig, soweit die Erschließung einen besonderen Vorteil vermittelt.³¹³ Es ist unschädlich, dass der Bundesgesetzgeber – anders als der bayerische Gesetzgeber im Bereich des BayKAG³¹⁴ – für das Erschließungsbeitragsrecht die Beitragserhebung nicht ausdrücklich von der Vermittlung eines besonderen Vorteils abhängig gemacht hat, da bereits aus dem Begriff des Beitrags notwendig das Vorhandensein eines Vorteils folgt.³¹⁵

Der durch die Herstellung einer Erschließungsanlage gewährte Vorteil besteht darin, dass den erschlossenen Grundstücken eine besondere

³¹³ Vgl. oben, 2.Teil:A.III.1, Seite 54.

³¹⁴ Vgl. Art.5 I S.1 BayKAG.

³¹⁵ *Driehaus*, ZMR 1996, S.462.

Nutzungsmöglichkeit dieser Anlage geboten wird.³¹⁶ Eine solche besondere Nutzungsmöglichkeit einer Erschließungsanlage besteht auch dann, wenn das Grundstück bereits durch eine andere Anlage hinreichend erschlossen war (Zwei- oder Mehrfacherschließung).³¹⁷ Der durch die Nutzungsmöglichkeit geschaffene Vorteil fällt je nach Erschließungsanlage unterschiedlich aus:³¹⁸ Die in § 127 II Nr.1 BauGB genannten Anbaustraßen ermöglichen erst die bebauungsrechtlich zulässige Ausnutzbarkeit des Grundstücks,³¹⁹ wohingegen die übrigen Erschließungsanlagen (z.B. Grünanlagen, Sammelstraßen, Immissionsschutzanlagen) eine solche Nutzung erleichtern bzw. verbessern. Insoweit kann zwischen einem bebaubarkeitsverschaffenden und einem wohnwertverbessernden Erschließungsvorteil unterschieden werden.³²⁰ Das Gesetz vermutet, dass bei einer Erschließung durch eine Anlage i.S.d. § 127 II BauGB den erschlossenen Grundstücken dieser Vorteil entsteht. Im Hinblick auf den Grundsatz der Typengerechtigkeit³²¹ ist es nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber lediglich an diesen Regelfall anknüpft.³²²

Zentrale Bedeutung hat der Erschließungsvorteil bei der Verteilung des umlagefähigen Aufwands (§ 131 I S.1 BauGB) durch die Verteilungsregelung der gemeindlichen Erschließungsbeitragssatzung (§ 132 Nr.2 BauGB):³²³ Zum einen sind alle Grundstücke in die Verteilung einzubeziehen, die „erschlossen“ werden (§ 131 I S.1 BauGB), das heißt denen von der Erschließungsanlage ein besonderer Erschließungsvorteil geboten wird.³²⁴ Zum anderen ist wegen des Prinzips der Abgabengerechtigkeit bei der satzungsrechtlichen Verteilungsregelung auf eine vorteilsgerechte Beitragsbelastung zu achten. Daneben ist das Vorteilsprinzip auch von Bedeutung bei der Beschränkung des beitragsfähigen Aufwands (§ 129 I S.1 BauGB), bei der Bildung von Erschließungseinheiten

³¹⁶ BVerwG, Urteil vom 8.12.1995, BVerwGE 100, 104 (112); BVerwG, Urteil vom 26.9.1983, BVerwGE 68, 41 (46); BVerwG, Urteil vom 10.6.1981, BVerwGE 62, 300 (302 f.); BVerwG, Beschluss vom 9.12.1987, Buchholz § 131 BauGB Nr.71, S.4 (5); BVerwG, Urteil vom 10.6.1981, NVwZ 1982, S.246 (247); Fischer, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.69.

³¹⁷ Quaas, Kommunales Abgabenrecht, Rn.231.

³¹⁸ Quaas, Kommunales Abgabenrecht, Rn.230; Melullis, MDR 1996, S.223; eine Definition des Begriffs des Erschließungsvorteils ist aus diesem Grunde auch nicht möglich, Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 9, Rn.5.

³¹⁹ BVerwG, Urteil vom 29.4.1977, BVerwGE 52, 364 (368); David, KStZ 1979, S.201 (202).

³²⁰ Quaas, Kommunales Abgabenrecht, Rn.230.

³²¹ Siehe oben, 2.Teil:A.III.3, Seite 60.

³²² BVerwG, Urteil vom 1.8.1986, KStZ 1987, S.11 (13).

³²³ Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 9, Rn.14.

³²⁴ Löhr, in: B/ K/ L, BauGB, § 131, Rn.4.

oder Abschnitten (§ 130 II BauGB) und bei der Erhebung von Vorausleistungen nach § 133 III BauGB.³²⁵

b. Die gemeindliche Beitragserhebungspflicht

Gemäß § 127 I BauGB erheben die Gemeinden zur Deckung ihres anderweitig nicht gedeckten Aufwands Erschließungsbeiträge. Aus dem Wortlaut der Vorschrift („erheben“) ergibt sich, dass das „Ob“ der Beitragserhebung nicht in das Ermessen der Gemeinden gestellt wird, sondern die Gemeinden zur Beitragserhebung verpflichtet sind.³²⁶

Diese Beitragserhebungspflicht umfasst auch, dass der gesetzliche Beitragsanspruch vollständig erfüllt wird, entstandene Beitragsansprüche also voll ausgeschöpft werden und noch nicht geleistete Beiträge nach erhoben werden.³²⁷ Für diese Auslegung spricht zum einen § 135 V BauGB, in dem der Gesetzgeber abschließend die Voraussetzungen festgeschrieben hat, unter denen ein teilweises oder vollständiges Absehen von der Geltendmachung eines Beitragsanspruchs zulässig sein soll. Zum anderen ergibt sich eine umfassende Beitragserhebungspflicht auch aus dem verfassungs- und abgabenrechtlichen Prinzip der Beitragsgerechtigkeit, das zu einer einheitlichen Handhabung des Beitragsrechts verpflichtet, und aus dem Interesse der öffentlichen Haushalte, die nur bei einer vollen Ausschöpfung der entstandenen Beitragsansprüche ausreichend gesichert werden können.³²⁸

Der Annahme einer bundesgesetzlichen Beitragserhebungspflicht und der damit korrespondierenden Nacherhebungspflicht stehen zumindest insoweit keine durchgreifenden Bedenken gegenüber, als es die Gemeinde rechtsfehlerhaft unterlassen hat, den gesamten umlagefähigen Erschließungsaufwand zu verteilen³²⁹: Die Bestandskraft des Erstbescheids steht einer Nacherhebung nicht im Wege, da das Beitrags-

³²⁵ Löhr, in: B/ K/ L, BauGB, § 127, Rn.4.

³²⁶ BVerwG, Urteil vom 23.4.1969, DÖV 1970, S.203 f.; Quaas, Kommunales Abgabenrecht, Rn.232; diese Pflicht entfällt aber, wenn die Gemeinde die Durchführung der Erschließung durch einen Erschließungsvertrag auf einen Dritten überträgt, da der Gemeinde in einem solchen Fall schon gar kein zu deckender Aufwand entsteht, Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 10, Rn.12.

³²⁷ BVerwG, Urteil vom 18.3.1988, BVerwGE 79, 163 (166 ff.); BVerwG, Urteil vom 7.7.1989, BVerwGE 82, 215 (218); BVerwG, Urteil vom 26.1.1996, DVBl 1996, S.1046 (1047).

³²⁸ BVerwG, Urteil vom 18.11.1977, DÖV 1978, S.611; Ernst, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 127, Rn.7; Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 10, Rn.2; Löhr, in: B/ K/ L, BauGB, § 127, Rn.7.

³²⁹ Dies ist der Fall, wenn die Gemeinde versehentlich einen Posten des beitragsfähigen Erschließungsaufwands nicht abgerechnet hat.

schuldverhältnis nicht mit der Bestandskraft erlischt³³⁰ und daher noch Grundlage eines Nachforderungsbescheids sein kann. Zumindest in Bayern stehen auch nicht die verfahrensrechtlichen Vorschriften der §§ 172 ff. AO im Wege, da Art.13 BayKAG nicht auf diese Regelungen verweist.³³¹ Die Möglichkeit zur Nacherhebung wird lediglich durch die Festsetzungsverjährung begrenzt, Art.13 I Nr.4b BayKAG i.V.m. § 169 I S.1 AO. Der Nacherhebung steht nicht der verfassungsrechtliche Grundsatz des Vertrauensschutzes³³² entgegen, da der Beitragspflichtige bis zum Eintritt der Festsetzungsverjährung mit einer Nacherhebung rechnen muss.³³³

Bedenklich ist aber die Annahme einer Nacherhebungspflicht, wenn die Gemeinde den gesamten beitragsfähigen Erschließungsaufwand verteilt hat und lediglich die Verteilung fehlerhaft erfolgte.³³⁴ Hier gebietet die Beitragserhebungspflicht keine nachträgliche Korrektur der rechtswidrigen Beitragsbescheide, da diese lediglich zu einer Umverteilung der Erschließungskosten führen würde.³³⁵ Dem Gebot der Erfüllung der Erhebungspflicht ist in diesen Konstellationen bereits vollständig Rechnung getragen.

c. Die gemeindliche Erschließungsbeitragssatzung³³⁶

Die Vorschriften des BauGB zum Erschließungsbeitragsrecht stellen lediglich „Rahmenbedingungen“ dar.³³⁷ Sie bilden für sich allein noch keine unmittelbare Grundlage zur Erhebung von Erschließungsbeiträgen.³³⁸ § 132 BauGB ist die erforderliche Ermächtigungsgrundlage für die Ge-

³³⁰ BVerwG, Urteil vom 18.3.1988, BVerwGE 79, 163 (165).

³³¹ Ein solcher – in anderen Landesgesetzen vorgesehener – Verweis erweist sich im Hinblick auf die Beitragserhebungspflicht als problematisch, vgl. BVerwG, Urteil vom 18.3.1988, BVerwGE 79, 163 (165); *Erbguth*, NVwZ 1989, S.531 (532 f.).

³³² Vgl. dazu *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz, Art.20 (Rechtsstaat), Rn.135.

³³³ Ausführlich: *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 10, Rn.20 ff.

³³⁴ Dies ist der Fall, wenn der für ein Grundstück angesetzte Verteilungswert zu gering war oder die Verteilungsregelung insgesamt unwirksam war und die erfolgte Neuregelung bei verschiedenen Pflichtigen zu geringeren oder höheren Beitragsbelastungen führt.

³³⁵ *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.234; *Uechtritz*, VBIBW 1989, 81 (84 ff.); a.A. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 10, Rn.23, der eine - mit der Nacherhebungspflicht korrespondierende - Wiederaufgreifungs- und Aufhebungspflicht der Gemeinde bejaht.

³³⁶ Die *Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände* hat das Muster einer gemeindlichen Erschließungsbeitragssatzung erarbeitet; abgedruckt bei *Richarz/Steinmetz*, Erschließung in der kommunalen Praxis, S.284 ff.

³³⁷ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 11, Rn.1.

³³⁸ *Schmidt/ Bogner/ Steenbock*, Handbuch des Erschließungsrechts, Rn.800.

meinde zum Erlass von Erschließungsbeitragssatzungen, um an die jeweiligen Verhältnisse angepasste Erhebungssysteme einzuführen³³⁹ und das lückenhafte bundesrechtliche Erschließungsbeitragsrecht zu vervollständigen. Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Bürger können nicht mit der allgemeinen Satzungsgewalt der Gemeinde (Art.23 S.1 BayGO) gerechtfertigt werden, sondern bedürfen einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung.³⁴⁰ Das geltende Erschließungsbeitragsrecht besteht somit aus bundesrechtlichen Vorschriften und gemeindlichem Ortsrecht.³⁴¹ Die Gemeinde ist zum Erlass von Erschließungsbeitragssatzungen sogar verpflichtet, wenn sie eine Erschließungstätigkeit in Aussicht genommen hat, da sonst die bundesrechtlich angeordnete Erhebungspflicht unterlaufen werden könnte.³⁴² Erlass, Genehmigung und Bekanntmachung der Erschließungsbeitragssatzung richten sich nach bayerischem Landesrecht;³⁴³ für die Verletzung von Verfahrens- und Formfehlern bei Aufstellung der Erschließungsbeitragssatzung gelten zudem die Sondervorschriften der §§ 214 ff. BauGB.

(1) Die rechtliche Funktion und der Inhalt der Erschließungsbeitragssatzung

In rechtlicher Hinsicht hat die Erschließungsbeitragssatzung zwei Funktionen: Zum einen ist sie Rechtmäßigkeitsvoraussetzung des Beitragsbescheids. Die sachliche Beitragspflicht entsteht nicht bereits mit der endgültigen Herstellung einer Erschließungsanlage (§ 133 II BauGB), sondern nach ständiger Rechtsprechung erst, wenn alle Entstehungsvoraussetzungen erfüllt sind.³⁴⁴ Zu diesen Voraussetzungen gehört nach neuerer Rechtsprechung³⁴⁵ und überwiegender Literaturmeinung³⁴⁶ auch

³³⁹ Ausschussbericht zum BBauG, BT-Drucksache zu 3/1794, S.23; diese Ermächtigung der Gemeinden ist auch unter dem Gesichtspunkt der Gesetzgebungszuständigkeit nicht bedenklich, da der Bundesgesetzgeber auch befugt gewesen wäre, eine inhaltlich vollständige Regelung dieses Sachkomplexes zu treffen, *BVerwG*, Urteil vom 2.7.1971, BRS 37, S.233 (234).

³⁴⁰ *Knemeyer*, Bayerisches Kommunalrecht, Rn.93.

³⁴¹ Nach ganz einhelliger Auffassung sind die gemeindlichen Satzungen trotz der bundesrechtlichen Ermächtigung Ortsrecht, da es für die Einordnung nicht auf die Ermächtigungsgrundlage, sondern auf das erlassende Organ ankommt, vgl. Nachweise bei *Ernst*, in: *E/ Z/ B/ K*, BauGB, § 132, Rn.2.

³⁴² *BVerwG*, Urteil vom 23.4.1969, DÖV 1970, S.203 (204).

³⁴³ Zum Erlass kommunaler Satzungen: *Knemeyer*, Bayerisches Kommunalrecht, Rn.110.

³⁴⁴ Siehe unten, 2.Teil:C.I.2, Seite 77.

³⁴⁵ *BVerwG*, Urteil vom 25.11.1981, *BVerwGE* 64, 218 (223).

³⁴⁶ Vgl. z.B.: *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.239; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 11, Rn.5; *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.73; *Columbus*, *BauR* 1974, S.386; kritisch zur neuen Recht-

das Vorhandensein einer formell und materiell rechtmäßigen Erschließungsbeitragssatzung.³⁴⁷ Die Satzung ist zudem erforderliche Rechtsgrundlage für den Erlass des Beitragsbescheids.³⁴⁸ Ist die Satzung unwirksam, führt dies aber nicht ohne weiteres gemäß Art.13 I Nr.3b BayKAG i.V.m. § 125 AO zur Nichtigkeit des Bescheids, sondern lediglich zu seiner Rechtswidrigkeit.

§ 132 BauGB bestimmt die zu regelnden Materien einer gemeindlichen Erschließungsbeitragssatzung. Die Gemeinde ist grundsätzlich weder gezwungen, sämtliche in § 132 BauGB aufgeführten Materien zu regeln, noch gehindert, im Rahmen der zwingenden gesetzlichen Vorschriften weitere Regelungsinhalte in die Satzung aufzunehmen.³⁴⁹ Es ist z.B. zweckmäßig, die gemäß § 133 III S.5. BauGB als Voraussetzung für den Abschluss von Ablösungsverträgen erforderlichen Bestimmungen über die Ablösung aufzunehmen³⁵⁰ oder Regelungen über zu leistende Vorschüsse zu treffen.³⁵¹ Die Erforderlichkeit bzw. Notwendigkeit³⁵², eine bestimmte Materie zu regeln, ergibt sich jedoch dann, wenn das Fehlen einer Satzungsbestimmung zu einer Unvollständigkeit des Erschließungsbeitragsrechts führen würde.³⁵³

Unter diesem Gesichtspunkt sind insbesondere nur bedingt notwendig, Bestimmungen zur Höhe der Einheitssätze und des Gemeindeanteils (§ 132 Nr.2 BauGB), zum Umfang der Erschließungsanlage (§ 132 Nr.1 BauGB) und zur Kostenspaltung (§ 132 Nr.3 BauGB): Fehlt eine Satzungsbestimmung über die Ermittlung des Aufwands nach Einheitssätzen oder sind festgesetzte Einheitssätze unanwendbar, entsteht die Beitragspflicht auf der Grundlage der tatsächlichen Kosten kraft Gesetz.³⁵⁴ Entsprechendes gilt für den Fall, dass die Gemeinde nicht die Höhe des Gemeindeanteils in der Satzung regelt. Dann ist auf den in § 129 I S.3 BauGB festgelegten Mindestanteil von 10% abzustellen. So auch, wenn die Gemeinde nicht den Umfang der Erschließungsanlage festlegt. Dann ist der erforderliche Umfang (§ 129 I S.1 BauGB) maßgebend.³⁵⁵ Die in § 127 III BauGB vorgesehene

sprechung: *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 132, Rn.35; *Sellner*, BauR 1974, S.3 und *Schmittat*, DVBl 1983, S.313 ff.

³⁴⁷ Vgl. dazu ausführlich unten, 2.Teil:C.I.1.c(2), Seite 74.

³⁴⁸ *BVerwG*, Urteil vom 14.3.1975, BRS 37, S.262 (263).

³⁴⁹ *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 132, Rn.11.

³⁵⁰ Diese Bestimmungen können aber auch in anderer Form getroffen werden, *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 132, Rn.25; dazu: *BVerwG*, Urteil vom 27.1.1982, *BVerwGE* 64, 361 (364 f.).

³⁵¹ Vgl. dazu unten, 3.Teil:A.II.5, Seite 164.

³⁵² Zur unterschiedlichen Terminologie: *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.78.

³⁵³ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 11, Rn.18.

³⁵⁴ *BVerwG*, Urteil vom 15.11.1985, *NVwZ* 1986, S.299 (301).

bend.³⁵⁵ Die in § 127 III BauGB vorgesehene Kostenspaltung ist ein Mittel, die Vorfinanzierungslast der Gemeinde zu regeln.³⁵⁶ Enthält die Satzung keine Festlegung über die Kostenspaltung, ist sie ausgeschlossen.³⁵⁷

Unbedingt notwendig sind Satzungsbestimmungen zur Art der Erschließungsanlage (§ 132 Nr.1 BauGB), der Art der Verteilung des Aufwands (§ 132 Nr.2 BauGB) und zum Merkmal der endgültigen Herstellung (§ 132 Nr.4 BauGB).³⁵⁸ Ist eine unbedingt notwendig zur regelnde Materie nicht geregelt oder unwirksam³⁵⁹, ist die Satzung keine ausreichende Rechtsgrundlage für die Beitragserhebung. Die Satzung ist auch dann keine ausreichende Rechtsgrundlage, wenn sie aus formellen Gründen insgesamt unwirksam ist.³⁶⁰

(2) Der Zeitpunkt des Vorliegens einer wirksamen Beitragssatzung

Früher nahm die Rechtsprechung an, dass spätestens im Zeitpunkt der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlage eine wirksame Erschließungsbeitragssatzung vorhanden sein müsse, weil ohne eine normative Festlegung der Herstellungsmerkmale und der Verteilungsregelung der Entstehungszeitpunkt der sachlichen Beitragspflicht nicht feststellbar sei.³⁶¹ Die Praxis der Bundesverwaltungsgerichte billigte aller-

³⁵⁵ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 11, Rn.26 und § 15, Rn.4.

³⁵⁶ Siehe dazu ausführlich unten, 2.Teil:C.I.2.c(2)(c), Seite 105.

³⁵⁷ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 11, Rn.29.

³⁵⁸ Ausführlich und mit weiteren Nachweisen zu den notwendigen und nicht notwendigen Satzungsbestimmungen: *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 11, Rn.20 ff; *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 132, Rn.12 ff; *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 132, Rn.10 ff.

³⁵⁹ Die Unwirksamkeit einer notwendigen Regelung kann sich auch daraus ergeben, dass sie nur in Teilbereichen fehlerhaft ist, diese Fehlerhaftigkeit aber zu einer Gesamtunwirksamkeit der Regelung führt; zu dieser insbesondere bei Merkmals- und Verteilungsregelungen auftretenden Frage: *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.54, 184 ff, 377 ff. und *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 132, Rn.36 jeweils mit weiteren Nachweisen.

³⁶⁰ *BVerwG*, Urteil vom 20.1.1978, BRS 37, S.256 (257); es ist also zu unterscheiden: Ist die Beitragssatzung in einem notwendigen Teil fehlerhaft, scheidet sie als Rechtsgrundlage einer Beitragserhebung aus, auch wenn die Beitragssatzung im Übrigen wirksam ist. Ist die Beitragssatzung aus formellen Gründen insgesamt nichtig, scheidet sie als Rechtsgrundlage in jedem Fall nach allgemeinen Regeln aus. Ist nur eine nicht notwendige Teilregelung der Satzung unwirksam, kann die Beitragssatzung Rechtsgrundlage einer Beitragserhebung sein, wenn nicht ausnahmsweise die Teilunwirksamkeit zur Unwirksamkeit der gesamten Satzung führt.

³⁶¹ *BVerwG*, Urteil vom 21.9.1973, DVBl 1974, S.294.

dings eine rückwirkende Heilung unwirksamer Beitragssatzungen.³⁶² Die Rückwirkungsanordnung brachte die Forderung in dem Zeitpunkt der rückwirkenden Inkraftsetzung der Satzung zur Entstehung.³⁶³ Durch den rückwirkenden Erlass der Beitragssatzung waren die bereits ergangenen und zunächst rechtswidrigen Beitragsbescheide daher jetzt grundsätzlich rechtmäßig. Aufgrund der damals geltenden landesrechtlichen Vorschriften wurde angenommen, die Festsetzungsfrist beginne mit Ablauf des Jahres des rückwirkenden Inkrafttretens der Satzung zu laufen.³⁶⁴

Diese Rechtsprechung hat das *BVerwG* aufgegeben. Seit dem Urteil des *BVerwG* vom 25.11.1981³⁶⁵ gilt: Der rechtmäßige Erlass eines Beitragsbescheids gegenüber dem persönlich Beitragspflichtigen (§ 134 I BauGB) setzt voraus, dass die sachliche Beitragspflicht bereits entstanden ist. Das Fehlen einer wirksamen Erschließungsbeitragssatzung verhindert in gleicher Weise die Entstehung der sachlichen Beitragspflicht und führt somit zur Rechtswidrigkeit des Beitragsbescheids, wie das Fehlen anderer Entstehungsvoraussetzungen.³⁶⁶ Die Beitragsforderung entsteht jedoch mit Inkrafttreten einer wirksamen Satzung, sofern zu diesem Zeitpunkt auch die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.³⁶⁷ Die Heilung des rechtswidrigen Beitragsbescheids erfolgt in diesem Zeitpunkt. Hier kann nichts anderes gelten als bei der Nachholung einer anderen fehlenden bzw. unwirksamen Entstehungsvoraussetzung. Da es nach ständiger Rechtsprechung des *BVerwG*³⁶⁸ im Rahmen des Erschließungsbeitragsrechts für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ankommt, ist im Falle der Anfechtung des Beitragsbescheids diese Heilung auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu berücksichtigen. Es genügt daher, wenn eine wirksame Erschließungsbeitragssatzung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorliegt, die die unbedingt notwendig zu regelnden Materien regelt.³⁶⁹ Die Festsetzungsverjährung beginnt gemäß Art.13 I Nr.4b cc) Spiegelstrich 2 BayKAG erst mit Ablauf des Kalenderjahres zu laufen, in dem die gültige Satzung bekannt gemacht wird.

³⁶² Siehe z.B. *BVerwG*, Urteil vom *BVerwG* 22.6.1968, DVBl 1969, 273 f..

³⁶³ *Silberkuhl*, KStZ 1979, S.41.

³⁶⁴ *Silberkuhl*, KStZ 1979, S.41 (42); vgl. jetzt allerdings Art.13 I Nr.4b cc) Spiegelstrich 2 BayKAG.

³⁶⁵ *BVerwGE* 64, 218 ff.

³⁶⁶ Dazu bereits oben, 2.Teil:C.I.1.c, Seite 72.

³⁶⁷ *BVerwG*, Urteil vom 25.11.1981, *BVerwGE* 64, 218 (220).

³⁶⁸ *BVerwG*, Urteil vom 27.9.1982, *BauR* 1983, S.359 (360); *BVerwG*, Urteil vom 23.5.1975, *BRS* 37, S.51 (54).

³⁶⁹ *BVerwG*, Urteil vom 25.11.1981, *BVerwGE* 64, 218 (221); hierzu mit kritischen Anmerkungen: *Schmittat*, DVBl 1983, 313 ff.

Unter bestimmten Voraussetzungen ist aber dennoch eine rückwirkende Inkraftsetzung der heilenden Beitragssatzung erforderlich: Tritt nach der Bekanntgabe des Erschließungsbescheids ein Wechsel in der Person des Beitragspflichtigen ein, kann der ursprüngliche Eigentümer gegen den Bescheid einwenden, die sachliche Beitragspflicht sei mangels wirksamer Beitragssatzung nicht entstanden. Hieran ändert auch der Erlass einer neuen Beitragssatzung nichts, da er im Zeitpunkt des Satzungserlasses nicht mehr Grundstückseigentümer war und somit nicht persönlich beitragspflichtig ist (§ 134 I S.1 BauGB). Auch der neue Eigentümer ist nicht persönlich beitragspflichtig, da ihm der Beitragsbescheid nicht bekanntgegeben worden ist. Will die Gemeinde gegenüber dem neuen Grundstückseigentümer keinen Beitragsbescheid erlassen³⁷⁰, muss sie die neue Beitragssatzung mit einer Rückwirkungsanordnung versehen. Die Zulässigkeit dieser rückwirkenden Inkraftsetzung hängt davon ab, ob es sich um eine „echte“ oder „unechte“ Rückwirkung handelt.³⁷¹ Da die sachliche Beitragspflicht – mangels wirksamer Beitragssatzung – noch nicht entstanden war, liegt ein Fall der zulässigen unechten Rückwirkung vor, da auf einen noch nicht abgeschlossenen Tatbestand mit Wirkung für die Zukunft eingewirkt wird.³⁷² War die frühere Beitragssatzung hingegen wirksam und war somit bei Vorliegen der übrigen Entstehungsvoraussetzungen eine sachliche Beitragspflicht bereits entstanden, liegt beim Erlass einer ändernden Beitragssatzung mit Rückwirkungsanordnung ein Fall der - im Erschließungsbeitragsrecht unzulässigen³⁷³ - echten Rückwirkung vor, da in einen bereits abgeschlossenen Tatbestand eingegriffen wird. Eine solche Sachlage ist gegeben, wenn eine Gemeinde lediglich (unbegründete) Zweifel an der Gültigkeit einer Satzung hat und aus diesem Grunde eine rückwirkende Satzung mit neuem Verteilungsschlüssel erlässt, der zu einer höheren Belastung führt.³⁷⁴ Im Fall der zulässig angeordneten Rückwirkung ergibt sich der Beginn der Festsetzungsverjährung ebenfalls aus Art.13 I Nr.4b cc) Spiegelstrich 2 BayKAG.

³⁷⁰ Z.B. weil in einem Abrechnungsgebiet in einer Vielzahl von Fällen ein Eigentumswechsel stattgefunden hat und daher eine rückwirkende Heilung der Satzung praktikabler erscheint als eine „einfache“ neue Beitragssatzung zu erlassen und die neuen Grundstückseigentümer in Anspruch zu nehmen.

³⁷¹ Dazu bereits oben, 2.Teil:A.III.2.c, Seite 58.

³⁷² *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 11, Rn.61; führt die zulässige rückwirkende Änderung einer Verteilungsregelung zu einer höheren Beitragspflicht, kann sich der Beitragspflichtige grundsätzlich nicht auf einen Vertrauensschutz berufen, *BVerwG*, Urteil vom 15.4.1983, *BVerwGE* 67, 129 (132), es sei denn, die Gemeinde hat im Zuge der Fehlerbeseitigung gleichzeitig eine rechtlich unbedenkliche Maßstabskomponente geändert, *BVerwG*, Urteil vom 7.4.1989, *DVBI* 1989, S.678 (679).

³⁷³ *BVerwG*, Urteil vom 20.1.1978, *DÖV* 1978, 568.

³⁷⁴ *BVerwG*, Urteil vom 7.4.1989, *DVBI* 1989, S.678 (679).

Umgekehrt ist fraglich, was gilt, wenn bis zum Entstehen der sachlichen Beitragspflicht mehrere wirksame Satzungen zeitlich aufeinander folgen. Grundsätzlich ist die Satzung maßgebend, die im Zeitpunkt gilt, in dem die übrigen Voraussetzungen für das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht erfüllt werden.³⁷⁵ Etwas anderes gilt nach Rechtsprechung und herrschender Literaturansicht,³⁷⁶ wenn der technische Ausbau einer Anlage bereits den wirksamen Herstellungsmerkmalen der früheren Satzung entsprechend abgeschlossen war, die sachliche Beitragspflicht aber erst nach Inkrafttreten einer neuen Satzung entstand und diese neue Satzung umfangreichere Merkmalsregelungen enthält.³⁷⁷ In diesem Fall ist für das Merkmal der endgültigen Herstellung der Anlage die Satzung maßgebend, nach der die Erschließungsanlage ausgebaut wurde. Im Übrigen erfolgt die Abrechnung nach der Satzung, die im Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragsschuld gilt. Eine neue Satzung kann nicht dazu führen, dass die Erschließungsanlage in den „Zustand der Unfertigkeit“³⁷⁸ zurückversetzt wird; die einmal erfolgte endgültige Herstellung entsprechend einem satzungsgemäß festgelegten Ausbauprogramm bleibt vielmehr konserviert.

2. Das Entstehen der Beitragspflicht

Gemäß § 134 I BauGB ist der Eigentümer oder der Erbbauberechtigte persönlich beitragspflichtig. Die persönliche Beitragspflicht setzt voraus, dass für das Grundstück die sachliche Beitragspflicht entstanden ist. Sie entsteht nicht bereits – wie es der Wortlaut des § 133 II S.1 BauGB vermuten lässt – mit der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlage, sondern erst, wenn alle gesetzlichen Entstehungsvoraussetzungen vorliegen.³⁷⁹ Das Gesetz geht i.R.d. § 133 II S.1 BauGB lediglich vom Normalfall aus, dass die endgültige Herstellung der Erschließungsanlage die zeitlich zuletzt erfüllte Entstehungsvoraussetzung der sachlichen Beitragspflicht ist.³⁸⁰ Die Voraussetzung des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht sind: Das Vorliegen einer wirksamen Beitragssatzung,³⁸¹ die endgültige Herstellung der beitragsfähigen Erschließungsanlage³⁸² unter

³⁷⁵ BVerwG, Urteil vom 22.8.1975, BVerwGE 49, 131 (134).

³⁷⁶ BVerwG, Urteil vom 22.8.1975, BVerwGE 49, 131 (134); BVerwG, Urteil vom 29.11.1985, NVwZ 1986, S.303; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 11, Rn.7; *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.252.

³⁷⁷ Das ist z.B. der Fall, wenn eine Anbaustraße entsprechend der Merkmalsregelung der früheren Satzung ausgebaut wurde, die Widmung aber erst nach Erlass der neuen Satzung erfolgte.

³⁷⁸ BVerwG, Urteil vom 22.8.1975, BVerwGE 49, 131 (136).

³⁷⁹ *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.72.

³⁸⁰ BVerwG, Urteil vom 21.9.1973, KStZ 1974, S.112.

³⁸¹ Dazu bereits oben, 2.Teil:C.I.1.c, Seite 71.

³⁸² Dazu unten, 2.Teil:C.I.2.c(1)(a), Seite 97.

Beachtung der Voraussetzungen des § 125 BauGB³⁸³ und im Rahmen der gemeindlichen Erschließungslast³⁸⁴, die Sicherung der öffentlichen Zugänglichkeit der Anlage³⁸⁵ sowie die Erfüllung sämtlicher grundstücksbezogener Voraussetzungen, die sich u.a. aus den Bestimmungen der §§ 131 I, 133 I BauGB ergeben.³⁸⁶ Entsprechendes gilt bei der Übernahme einer Erschließungsanlage durch die Gemeinde (§§ 128 I Nr.3 BauGB, 133 II S.2 BauGB): Auch hier müssen die übrigen Entstehungsvoraussetzungen erfüllt sein.³⁸⁷

Die Heranziehung des persönlich Beitragspflichtigen mittels Beitragsbescheid stellt sich dabei als letzte Stufe von drei aufeinanderfolgenden rechtslogischen Phasen dar, deren Kenntnis für das Verständnis des Erschließungsbeitragsrechts und vertraglicher Regelungen unerlässlich ist³⁸⁸: Der Aufwendungs-, Verteilungs- und Heranziehungsphase.³⁸⁹ An diesem Aufbau orientiert sich im wesentlichen auch die Reihenfolge der erschließungsbeitragsrechtlichen Vorschriften.³⁹⁰ Im Folgenden sollen die einzelnen Phasen entsprechend ihrem rechtslogischen Ablauf genauer betrachtet werden. Hierbei findet insoweit eine Schwerpunktsetzung statt, als in den jeweiligen Phasen Ansatzpunkte für eine vertragliche Gestaltung angelegt sind.

a. Die Aufwendungsphase

In der Aufwendungsphase geht es um die Ermittlung des beitragsfähigen Erschließungsaufwands: Die Kosten für beitragsfähige Maßnahmen (§ 128 BauGB) an beitragsfähigen Erschließungsanlagen (§ 127 II BauGB) sind im Rahmen ihrer Erforderlichkeit (§ 129 I S.1 BauGB) bezogen auf eine einzelne Anlage, einen Abschnitt davon oder mehrere Anlagen (§ 130 II BauGB) zu ermitteln.

³⁸³ Dazu bereits oben, 1.Teil:C.III, Seite 38.

³⁸⁴ Dazu bereits oben, 1.Teil:C.II, Seite 24.

³⁸⁵ Dazu unten, 2.Teil:C.I.2.a(1), Seite 79.

³⁸⁶ *BVerwG*, Urteil vom 13.5.1977, BRS 37, S.114 (116); *BVerwG*, Urteil vom 21.9.1973, KStZ 1974, S.112; *BVerwG*, Urteil vom 29.10.1969, DVBl 1970, S.834.

³⁸⁷ *Löhr*, in: *B/ K/ L*, BauGB, § 133, Rn.25.

³⁸⁸ *Grziwotz*, *Baulanderschließung*, S.274.

³⁸⁹ *Quaas*, *Kommunales Abgabenrecht*, Rn.226; *Driehaus*, *Erschließungs- und Ausbaubeiträge*, § 8, Rn.1; *Weyreuther*, in: *FS Werner Ernst*, S.519 (521 ff.).

³⁹⁰ *Driehaus*, *Erschließungs- und Ausbaubeiträge*, § 8, Rn.1.

(1) Überblick über die beitragsfähigen Erschließungsanlagen i.S.d. § 127 II BauGB

Die beitragsfähigen Erschließungsanlagen sind in § 127 II BauGB enumerativ aufgezählt. Sie sind jedoch nur beitragsfähig, wenn die Gemeinde sie im Rahmen ihrer Erschließungslast errichtet hat.³⁹¹ Es muss sich um öffentliche Anlagen handeln,³⁹² das heißt die Anlage muss dem öffentlichen Gebrauch gewidmet sein.³⁹³ Beitragsfähig sind die Anlagen nach ihrem tatsächlich angelegten Umfang, nicht nach ihren planerischen Festsetzungen.³⁹⁴ Dabei gehören zu der Erschließungsanlage auch ihre wesentlichen Bestandteile, das heißt solche Bestandteile, die der Hauptfunktion der Erschließungsanlage dienen.³⁹⁵ Im Einzelfall kann fraglich sein, ob eine Erschließungsanlage vorliegt oder ob mehrere selbstständige Erschließungsanlagen vorliegen. Das gilt insbesondere für Straßen, die zum Anbau bestimmt sind, da sie sowohl eine selbstständige Erschließungsanlage als auch lediglich ein unselbstständiges „Anhängsel“ einer anderen Anbaustraße sein können. Das gilt aber auch für Parkflächen und Grünanlagen, die unselbstständiger Teil einer Erschließungsanlage nach § 127 II Nr.1-3 BauGB (z.B. als Mittelstreifen einer Verkehrsanlage) oder selbstständige Erschließungsanlagen i.S.d. § 127 II Nr.4 BauGB sein können.³⁹⁶ Zur Beantwortung dieser Frage ist der tatsächliche Gesamteindruck der Anlage zu beurteilen.³⁹⁷

Die Frage, wie die einzelnen Nummern des § 127 II BauGB auszulegen sind und welche Anlagen im konkreten Einzelfall unter § 127 II Nr.1-5 BauGB zu subsumieren sind, soll an dieser Stelle nicht näher erörtert werden.³⁹⁸ Ganz allgemein sei jedoch darauf hingewiesen, dass nach

³⁹¹ Das gilt nicht nur für öffentliche Straßen, sondern insbesondere auch für Immissionsschutzanlagen, wenn sie durch den emittierenden Gewerbebetrieb aufgrund der §§ 5 oder 22 BImSchG oder durch den Träger der Straßenbaulast aufgrund § 17 IV FStrG oder § 41 BImSchG zu errichten sind, *Löhr*, in: B/ K/ L, § 127, Rn.37; *Taegen*, DVBl 1977, S.518 (521).

³⁹² Das ergibt sich für die Erschließungsanlagen nach § 127 II Nr.1-3 BauGB schon aus dem Wortlaut, gilt jedoch – aufgrund des Vorteilsprinzips – auch für die übrigen Erschließungsanlagen des § 127 II BauGB, *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.138.

³⁹³ Bzgl. Anbaustraßen *BVerwG*, Urteil vom 14.6.1968, DVBl 1968, S.808 (809); die Benutzung muss der Allgemeinheit in gesicherter Weise zur Verfügung stehen, *BVerwG*, Urteil vom 10.5.1985, DVBl 1985, S.1175 (1177).

³⁹⁴ *BVerwG*, Urteil vom 25.2.1994, NVwZ 1994, S.913 (915).

³⁹⁵ Z.B. Sitzbänke in einer Grünanlage, weil beide eine Erholungsfunktion haben, *BVerwG*, Urteil vom 21.10.1970, DVBl 1971, S.213.

³⁹⁶ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 12, Rn.75.

³⁹⁷ Vgl. ausführlich zu den Anbaustraßen: *Driehaus*, ZMR 1997, S.445 (446 ff.).

³⁹⁸ Eine knappe Kommentierung findet sich bei *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 127, Rn.10 ff.; ausführlicher: *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 127, Rn.8 ff.

ganz einhelliger Auffassung bei der Beantwortung der Frage, welche Anlagen zu den in § 127 II BauGB genannten gehören, ein weiteres, im Gesetz nicht unmittelbar zum Ausdruck kommendes Merkmal zu beachten ist: Nur solche Anlagen sind beitragsfähig, bei denen der Kreis der beitragspflichtigen Grundstücke hinreichend genau bestimmt und abgegrenzt werden kann.³⁹⁹ Dieses Merkmal ist Ausdruck des verfassungsrechtlichen Vorteilsprinzips und des Gleichheitsgrundsatzes. Eine Erschließungsanlage i.S.d. § 127 II BauGB ist daher nur dann beitragsfähig, wenn sie ihrer Erschließungsfunktion nach einem Gebiet zugeordnet und hinsichtlich des Kreises der beitragspflichtigen Grundstücke genau bestimmt und abgegrenzt werden kann. Ausschließlich in diesen Fällen ist eine Differenzierung möglich zwischen den Grundstücken, die von der Anlage einen besonderen Vorteil haben, und den Grundstücken, für die die Anlage lediglich einen beitragsfreien Gemeinvorteil auslöst.⁴⁰⁰ Eine solche Abgrenzbarkeit besteht regelmäßig nicht für Sammelstraßen (§ 127 II Nr.3 BauGB)⁴⁰¹, selbstständige Parkflächen (§ 127 II Nr.4 BauGB),⁴⁰² wohl auch nicht für Verbindungsfußwege⁴⁰³ und nicht für solche Grünanlagen (§ 127 II Nr.4 BauGB), die wegen ihrer atypischen Größe der Erholung der Allgemeinheit dienen.⁴⁰⁴

Es kann daher festgestellt werden: Anbaustraßen sind so gut wie immer, Sammelstraßen und nicht befahrbare Verkehrsanlagen so gut wie nie, selbstständige Grünanlagen regelmäßig und Immissionsschutzanlagen nur unter erschwerten Voraussetzungen⁴⁰⁵ beitragsfähig.⁴⁰⁶ Die wichtigste Gruppe der beitragsfähigen Erschließungsanlagen sind daher die öf-

³⁹⁹ *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 127, Rn.27.

⁴⁰⁰ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 12, Rn.3.

⁴⁰¹ *BVerwG*, Urteil vom 3.6.1983, NVwZ 1984, S.170 (172); *BVerwG*, Urteil vom 25.11.1981, NVwZ 1982, S.555 (556).

⁴⁰² *BVerwG*, Urteil vom 24.9.1987, NVwZ 1988, S.359 (360 f.).

⁴⁰³ Bejahend: *OVG Saarlouis*, Urteil vom 25.10.1990, NVwZ-RR 1991, S.423 (424); *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 2, Rn.50 und § 12, Rn.3; *Quaas*, Kommunales Abgaberecht, Rn.273.; verneinend dagegen: *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 127, Rn.24; *Uechtritz*, BauR 1988, S.1 (4).

⁴⁰⁴ *BVerwG*, Urteil vom 21.10.1970, BVerwGE 36, 155 (157); auch sehr große Grünanlagen können aber beitragsfähig sein, *BVerwG*, Urteil vom 13.8.1993, NVwZ 1994, S.908 (909); die „Übergröße“ der Anlage ist aber dann bei der Bemessung der Beitragshöhe zu berücksichtigen, *BVerwG*, Urteil vom 11.11.1988, NVwZ-RR 1989, S.212.

⁴⁰⁵ Wenn die Gemeinde aufgrund des Veranlasserprinzips die Herstellungslast trägt (dazu bereits oben, 2.Teil:C.I.2.a(1),Seite 79, Fußnote 391), *Quaas*, Kommunales Abgaberecht, Rn.288; *Ziegler*, KStZ 1981, S.147 (167).

⁴⁰⁶ *Quaas*, Kommunales Abgaberecht, Rn.254.

fentlichen zum Anbau bestimmten Straßen, Wege und Plätze (§ 127 II Nr.1 BauGB).⁴⁰⁷

(2) Der Umfang des Erschließungsaufwands, § 128 BauGB

§ 128 BauGB umschreibt abschließend⁴⁰⁸, welche Kosten für die erstmalige Herstellung einer Erschließungsanlage auf die Beitragspflichtigen umgelegt werden können. Umfasst werden der Grunderwerbenaufwand (§ 128 I S.1 Nr.1, I S.2 und S.3 BauGB)⁴⁰⁹, die Freilegungskosten (§ 128 I S.1 Nr.1 BauGB), die Kosten für die erstmalige Herstellung⁴¹⁰ der Anlage einschließlich der Einrichtung für ihre Entwässerung⁴¹¹ und ihre Beleuchtung (§ 128 I S.1 Nr.2 BauGB). Zu den Kosten in diesem Sinne zählen die von der Gemeinde tatsächlich erbrachten Ausgaben, nicht hingegen fiktive Kosten, Kosten ausschließlich betriebswirtschaftlicher Art⁴¹² oder Aufwendungen, die die Gemeinde außerhalb einer rechtlichen Verpflichtung freiwillig erbringt.⁴¹³ Die Einbeziehung setzt voraus, dass die entsprechenden Kosten nachweisbar entstanden sind.⁴¹⁴ Kein Aufwand entsteht der Gemeinde, wenn der Anlieger der Gemeinde von ihm hergestellte und in seinem Eigentum befindliche Erschließungsanla-

⁴⁰⁷ So auch *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 127, Rn.10.

⁴⁰⁸ *BVerfG*, Beschluss vom 5.7.1972, BVerfGE 33, 265 (297).

⁴⁰⁹ Hierzu zählen zweckgerichtet erworbene oder aus dem Gemeindevermögen bereitgestellte Flächen; zudem kann der Wert einer im Umlegungsverfahren zugeordneten Fläche dem beitragsfähigen Erschließungsaufwand zugerechnet werden.

⁴¹⁰ Der Begriff der erstmaligen Herstellung meint den technischen Ausbau der Anlage und ist daher von der endgültigen Herstellung i.S.d. § 132 Nr.4 BauGB zu unterscheiden, die über die erstmalige Herstellung hinaus weitere Merkmale (z.B. den Grunderwerb) umfassen kann, *BVerwG*, Urteil vom 8.2.1974, ZMR 1974, S.182 (183); *Driehaus*, in: Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 13, Rn.51.

⁴¹¹ Problematisch im Hinblick auf eine Kostenzuordnung erweisen sich in der Praxis Anlagen, die nicht lediglich dazu bestimmt sind, das Straßenniederschlagswasser aufzunehmen, sondern auch das Oberflächenwasser und eventuell auch das Schmutzwasser der anliegenden Grundstücke aufnehmen sollen, vgl. hierzu *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 13, Rn.72 ff.

⁴¹² *BVerwG*, Urteil vom 23.8.1993, BVerwGE 85, 306 (310).

⁴¹³ *BVerwG*, Urteil vom 4.5.1979, DVBl 1979, S.785.

⁴¹⁴ Dies ist z.B. bei Fremdfinanzierungskosten problematisch, da aufgrund des geltenden Prinzips der Gesamtdeckung des Gemeindehaushalts eine unmittelbare Kostenzuordnung nicht erfolgen kann; es ist jedoch zulässig, aufgrund einer möglichst wirklichkeitsgerechten Kostenermittlung die Fremdfinanzierungskosten anteilig in den Erschließungsaufwand einzubeziehen, *BVerwG*, Urteil vom 23.2.2000, NVwZ 2001, S.686 (688); vgl. ausführlich z.B. *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 128, Rn.41; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 13, Rn.12 ff.; *Klausning*, DVBl 2001, 516 ff.; ausführlich zur praktischen Durchführung: *Klinkhardt*, NVwZ 1999, S.47 (48 ff.).

gen oder Teile von Erschließungsanlagen (z.B. Stützmauern oder Gehwegüberfahrten) unentgeltlich überlässt, ohne dass diese Leistung mit einer späteren Beitragsschuld verrechnet werden soll.⁴¹⁵ Ausgeschlossen sind die Kosten für die in § 128 III BauGB genannten Einrichtungen.

(3) Der beitragsfähige Erschließungsaufwand, § 129 BauGB

Der Erschließungsaufwand nach § 128 BauGB ist gemäß § 129 I S.1 BauGB nur insoweit beitragsfähig, als die Erschließungsanlagen erforderlich sind, um die Bauflächen und die gewerblich zu nutzenden Flächen entsprechend den baurechtlichen Vorschriften zu nutzen. Unter Bauflächen in diesem Sinne sind nicht die Bauflächen, die in einem Flächennutzungsplan nach § 5 II Nr.1 BauGB dargestellt werden können zu verstehen, sondern das gesamte zu erschließende Gebiet.⁴¹⁶ Aber auch der erforderliche Aufwand ist nur beitragsfähig, wenn er bis zum Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflichten (§ 133 II BauGB) entstanden ist. Ab diesem Zeitpunkt sind die Beitragspflichten kraft Gesetz voll ausgebildet und es tritt eine Beschränkung des beitragsfähigen Erschließungsaufwands ein.⁴¹⁷

Die Erforderlichkeit ist über ihren Wortlaut hinaus nicht nur anlagen-, sondern auch kostenbezogen festzustellen,⁴¹⁸ das heißt: Die Anlage muss als solche und in ihrer Ausgestaltung erforderlich sein.⁴¹⁹ Daneben muss auch der für die Anlage angefallene Aufwand angemessen sein (§ 129 I S.1 BauGB analog).⁴²⁰ Bei dem Begriff der Erforderlichkeit handelt es sich um einen unbestimmten Gesetzesbegriff,⁴²¹ der grundsätzlich gerichtlich voll überprüfbar ist.⁴²² Die ständige Rechtsprechung gestattet der Gemeinde aber einen gewissen Beurteilungsspielraum zu.⁴²³ Das Gericht prüft nur, ob diese Grenzen nicht überschritten wurden.

⁴¹⁵ BVerwG, Urteil vom 4.5.1979, BRS 37, S.106 (108).

⁴¹⁶ BVerwG, Urteil vom 6.5.1966, NJW 1966, S.1832 (1833); BVerwG, Urteil vom 13.8.1976, BRS 37, S.284 (288); OVG Münster, Urteil vom 15.3.1984, NVwZ 1984, S.656; Löhr, in: B/ K/ L, BauGB, § 129, Rn.2.

⁴¹⁷ BVerwG, Urteil vom 23.8.1990, BVerwGE 85, 306 (310 f.); BVerwG, Urteil vom 29.1.1993, NVwZ 1993, S.1200.

⁴¹⁸ BVerwG, Urteil vom 10.11.1989, NVwZ 1990, S.870 (871 f.).

⁴¹⁹ BVerwG, Urteil vom 14.12.1979, DVBl 1980, S.754 (755); BVerwG, Urteil vom 11.11.1988, NVwZ-RR 1989, S.212 (213).

⁴²⁰ Löhr, in: B/ K/ L, BauGB, § 129, Rn.16.

⁴²¹ Ernst, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 129, Rn.10.

⁴²² Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn.73.

⁴²³ Dabei erfolgt die dogmatische Einordnung durch das BVerwG weder eindeutig noch einheitlich: Teilweise spricht es von einem „Spielraum“, wie z.B. in BVerwG, Urteil vom 13.8.1993, DVBl 1993, S.1367 (1369); BVerwG, Urteil vom

Die erstmalige Erschließung eines Grundstücks durch gemäß § 127 II BauGB beitragsfähige Erschließungsanlagen ist grundsätzlich immer erforderlich.⁴²⁴ Nur bei einer Zweit- oder Mehrfacherschließung kann die Erforderlichkeit fraglich sein.⁴²⁵ Auch hier ist sie im Regelfall zu bejahen, wenn nicht ausnahmsweise überwiegend andere Zwecke als eine Erschließung verfolgt werden.⁴²⁶

Hinsichtlich des Umfangs der Erschließungsanlage kann die Gemeinde zwar schon selbst durch eine satzungsrechtliche Bestimmung eine Begrenzung vornehmen (§ 132 Nr.1 BauGB). Diese macht allerdings nicht die Prüfung entbehrlich, ob eine Anlage im Einzelfall in ihrem Umfang über das Maß des Erforderlichen im Sinne des § 129 I S.1 BauGB hinausgeht.⁴²⁷ Bei der Frage, in welchem Umfang die einzelne Erschließungsanlage auszubauen ist, hat sich die Gemeinde in erster Linie an der zulässigen Art der baulichen Nutzung und dem Maß der zulässigen Nutzung zu orientieren.⁴²⁸

Bei der kostenbezogenen Erforderlichkeit wird der Gemeinde ebenfalls lediglich eine äußere Grenze gezogen, die sie nicht überschreiten darf.⁴²⁹ Solange sich die Gemeinde im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung hält, ist daher die kostenbezogene Erforderlichkeit zu bejahen, selbst wenn die Gemeinde nicht die preisgünstigste Gestaltung gewählt hat.⁴³⁰

13.12.1985, NVwZ 1986, S.925 (927); *BVerwG*, Urteil vom 14.12.1979, DVBl 1980, S.754 (755); *BVerwG*, Urteil vom 23.5.1972, BRS 37, S.274 (276); teilweise aber auch von „Ermessen“, wie z.B. in *BVerwG*, Urteil vom 10.11.1989, NVwZ 1990, S.870 (871 f.); *BVerwG*, Urteil vom 24.11.1978, BRS 37, S.392 (395); *BVerwG*, Urteil vom 8.8.1975, DÖV 1976, S.347 (348).

⁴²⁴ *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 129, Rn.9; insbesondere deswegen, weil die Anlagen des § 127 II BauGB aufgrund verfassungskonformer Auslegung auf solche Anlagen begrenzt sind, die dazu geeignet sind, bestimmten Grundstücken einen Sondervorteil zu vermitteln; dazu bereits oben, 2.Teil:C.I.2.a(1), Seite 80.

⁴²⁵ *BVerwG*, Urteil vom 10.2.1978, BRS 37, S.65 (67).

⁴²⁶ *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 129, Rn.9; das ist z.B. der Fall, wenn eine auch zum Anbau geeignete Straße in erster Linie den Zugang zu Erholungs- oder Sportstätten dienen soll, *BVerwG*, Urteil vom 3.3.1995, ZfBR 1995, S.267 (268).

⁴²⁷ *BVerwG*, Urteil vom 13.8.1976, BRS 37, 284 (287 f.).

⁴²⁸ *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 129, Rn.4; vgl. zu den unterschiedlichen Erschließungsanlagen *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 129, Rn.10 ff., m.w.N.

⁴²⁹ *BVerwG*, Urteil vom 14.12.1979, DVBl 1980, S.754 (755).

⁴³⁰ *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 129, Rn.17.

(4) Die Ermittlung des beitragsfähigen Erschließungsaufwands, § 130 BauGB

Gemäß § 130 I S.1 BauGB kann die Gemeinde den beitragsfähigen Erschließungsaufwand nach den tatsächlich entstandenen Kosten oder nach Einheitssätzen ermitteln. Sie kann die verschiedenen Ermittlungsmethoden für ein und dieselbe Erschließungsanlage hinsichtlich unterschiedlicher Kosten auch kombinieren.⁴³¹ Die Aufwandsermittlung kann sich gemäß § 130 II BauGB auf eine einzelne Erschließungsanlage, den Abschnitt einer Erschließungsanlage oder eine Erschließungseinheit (das heißt mehrere Erschließungsanlagen) beziehen.

Das Wahlrecht der Gemeinde hinsichtlich Ermittlungsmethode und Ermittlungsraum ist zeitlich begrenzt durch das Entstehen der sachlichen Beitragspflichten.⁴³² Ist bis zu diesem Zeitpunkt keine Entscheidung getroffen, erfolgt die Aufwandsermittlung nach dem gesetzlichen Leitbild, der Ermittlung der tatsächlichen Kosten bezogen auf eine Erschließungsanlage. Die Entscheidung der Gemeinde hinsichtlich Ermittlungsart und Ermittlungsmethode liegt grundsätzlich in ihrem pflichtgemäßen Ermessen. Die Wahl der Ermittlungsmethode hat durch eine satzungsrechtliche Regelung zu erfolgen (§ 132 Nr.2 BauGB), bezüglich der Festsetzung des Ermittlungsraums ist es hingegen ausreichend, wenn die Gemeinde ihren Willen deutlich kundtut,⁴³³ einer Festlegung in der Erschließungsbeitragssatzung bedarf es nicht.⁴³⁴

(a) Die Ermittlungsmethode

Bei der Ermittlung des Aufwands nach den tatsächlich entstandenen Kosten, sind diese grundsätzlich „pfennig-genau“ zu ermitteln, soweit nicht ausnahmsweise eine solche Kostenermittlung praktisch unmöglich ist.⁴³⁵ Sie hat den Vorteil der größten Genauigkeit, dafür aber den Nachteil, dass sie längere Zeit in Anspruch nimmt, da die abschließende Ermittlung erst vorgenommen werden kann, wenn alle Kosten berechnet werden können.⁴³⁶ Das hat zur Folge, dass das Entstehen der sachli-

⁴³¹ BVerwG, Urteil vom 31.1.1968, BVerwGE 29, 90 (92); die Gemeinde kann z.B. bei einer öffentlichen Anbaustraße die Kosten für Fahrbahnen, Gehwege sowie Entwässerungs- und Beleuchtungsanlage nach Einheitssätzen ermitteln und die Kosten für Grunderwerb und Freilegung nach den tatsächlichen Kosten, *Löhr*, in: B/ K/ L, § 130, Rn.15.

⁴³² BVerwG, Urteil vom 9.12.1983, DVBl 1984, S.194 (196).

⁴³³ BVerwG, Urteil vom 27.9.1982, DVBl 1983, S.135 (136).

⁴³⁴ BVerwG, Urteil vom 12.6.1970, BRS 37, S.182 (184).

⁴³⁵ In solchen Ausnahmefällen hat die Gemeinde eine Schätzungsbefugnis, BVerwG, Urteil vom 16.8.1985, DVBl 1986, 345 (347).

⁴³⁶ *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, Rn.2 f.

chen Beitragspflicht hinausgeschoben wird, obwohl die Anlage bereits endgültig hergestellt ist.⁴³⁷

Die Kostenermittlung nach Einheitssätzen lässt hingegen eine Pauschalierung zu. § 130 I S.2 BauGB bestimmt jedoch, dass die Einheitssätze nach den in der Gemeinde üblicherweise durchschnittlich aufzuwendenden Kosten vergleichbarer Erschließungsanlagen festzusetzen sind. An die Stelle der tatsächlichen Kosten treten die üblichen Durchschnittskosten, die für entsprechende Erschließungsanlagen bzw. Teileinrichtungen zu zahlen sind.⁴³⁸ Aus § 130 I S.2 BauGB wird abgeleitet, dass auch bei Abrechnung nach Einheitssätzen das Kostendeckungsprinzip gilt. Durch die Bildung von Einheitssätzen darf sich deswegen nicht weiter von den tatsächlichen Kosten entfernt werden, als dies durch die Anwendung des Grundsatzes der Verwaltungspraktikabilität gerechtfertigt ist.⁴³⁹

(b) Der Ermittlungsraum

Die Entscheidung der Gemeinde, den Aufwand für einen bestimmten Abschnitt oder für eine Erschließungseinheit zu ermitteln, ist nur wirksam, wenn überhaupt ein Abschnitt bzw. eine Erschließungseinheit i.S.d. § 130 II BauGB vorliegt.

(aa) Der Abschnitt

Abschnitte sind räumliche Teilstücke von Erschließungsanlagen, die Teileinrichtungen aufweisen, die eine selbstständige Anlage vergleichbarer Art üblicherweise hat (bei einer Straße z.B. Fahrbahnen, Gehwege, Beleuchtungsanlagen usw.).⁴⁴⁰ § 130 II S.2 BauGB nennt die zwei Anknüpfungspunkte für eine Abschnittsbildung: Sie kann entweder nach örtlichen Merkmalen oder nach rechtlichen Gesichtspunkten erfolgen. Sie führt dazu, dass die sachliche Beitragspflicht mit der endgültigen Herstellung des Abschnitts für die durch den Abschnitt erschlossenen Grundstücke entsteht, also bereits vor endgültiger Herstellung der Gesamtanlage. Sie ist somit ein Instrument der vorzeitigen Beitragserhebung, da sie zu einer endgültigen Vorwegabrechnung führt.⁴⁴¹ Dabei ist bei der Abschnittsbildung darauf zu achten, dass sie nicht zu einer willkürlichen Beitragserhebung führt.⁴⁴² Die Gemeinde muss daher einen Abschnitt so wählen, dass bei im wesentlichen gleicher Vorteilssituation

⁴³⁷ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 14, Rn.5.

⁴³⁸ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 14, Rn.6.

⁴³⁹ *BVerwG*, Urteil vom 25.1.1985, NVwZ 1985, S.657.

⁴⁴⁰ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 14, Rn.19.

⁴⁴¹ *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.343.

⁴⁴² *BVerwG*, Urteil vom 11.12.1970, KStZ 1972, S.12 (13); *BVerwG*, Urteil vom 29.5.1968, KStZ 1969, S.57.

die berücksichtigungsfähigen Kosten nicht wesentlich höher liegen als die entsprechenden Kosten für die erstmalige Herstellung eines anderen Abschnitts der gleichen Anlage.⁴⁴³

(bb) Die Erschließungseinheit

Gemäß § 130 II S.3 BauGB kann für mehrere Anlagen, die für die Erschließung der Grundstücke eine Einheit bilden, der Erschließungsaufwand insgesamt ermittelt werden. Hat die Gemeinde wirksam beschlossen, eine Erschließungseinheit zu bilden, entsteht die sachliche Beitragspflicht frühestens, wenn alle zusammengefassten Anlagen endgültig hergestellt sind.⁴⁴⁴ Innerhalb einer Erschließungseinheit ist eine Abschnittsbildung nicht zulässig.⁴⁴⁵

Fraglich ist, was unter einer solchen Einheit zu verstehen ist. Nach Ansicht des *BVerwG* setzt eine Erschließungseinheit i.S.d. § 130 II S.3 BauGB die funktionelle Abhängigkeit selbstständiger Erschließungsanlagen voneinander voraus.⁴⁴⁶ Sie hat zur Folge, dass die Bildung von Erschließungseinheiten nur in wenigen Ausnahmefällen zulässig ist.⁴⁴⁷ Die einengende Auslegung des *BVerwG* lässt sich im wesentlichen mit der Entstehungsgeschichte des § 130 II S.3 BauGB⁴⁴⁸, dem gesetzgeberischen Ziel der Vorschrift und dem verfassungsrechtlichen Vorteilsprinzip begründen: Der gesetzgeberische Sinn des § 130 II S.3 BauGB besteht darin, durch die Zusammenfassung der Erschließungsanlagen Beitragsunterschiede, die bei jeweils getrennter Aufwandsermittlung entstehen würden, auszugleichen. Die höhere Belastung eines Grundstücks durch die Einbeziehung einer weiteren Erschließungsanlage ist aber unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung nur dann gerechtfertigt, wenn die einbezogene Erschließungsanlage dem Grundstück einen besonderen Vorteil vermittelt. Dies ist nur dann der Fall, wenn eine Anlage

⁴⁴³ *BVerwG*, Urteil vom 7.6.1996, *BVerwGE* 101, 225 (234 f.); sind in einem Abschnitt weniger Grundstücke vorhanden und führt deswegen die spätere Verteilung der in den verschiedenen Abschnitten entstanden vergleichbaren Kosten zu einem wesentlichen Ungleichgewicht in der Beitragsbelastung, ist dies hingegen unerheblich, *BVerwG*, Urteil vom 30.5.1997, *DVBI* 1998, S.48 (49).

⁴⁴⁴ *BVerwG*, Urteil vom 26.9.1983, *BVerwGE* 68, 48 (53); möglich ist allerdings eine Kostenspaltung nach § 127 III BauGB, wenn eine oder mehrere Teileinrichtungen für alle von der Erschließungseinheit erfassten Anlagen fertiggestellt sind, *Löhr*, in: *B/ K/ L*, BauGB, § 130, Rn.36.

⁴⁴⁵ *BVerwG*, Urteil vom 15.9.1978, *BRS* 37, S.178 (179 f.).

⁴⁴⁶ *BVerwG*, Urteil vom 3.11.1972, *Buchholz*, 406.11 § 130 BBauG Nr.13, S.24 (25); *BVerwG*, Urteil vom 11.10.1985, *BVerwGE* 72, 143 (150 f.); *BVerwG*, Urteil vom 22.5.1992, *NVwZ* 1993, S.1202 (1203).

⁴⁴⁷ *Quaas*, *Kommunales Abgabenrecht*, Rn.349.

⁴⁴⁸ *BT-Drucksache* 3/zu 1794, S.25.

ihre Funktion lediglich im Zusammenwirken mit einer anderen Anlage in vollem Umfang erfüllen kann.⁴⁴⁹ Die Zusammenfassung verschiedener Erschließungsanlagen zu einer Erschließungseinheit steht zwar grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen der Gemeinde. Eine Pflicht zur Bildung einer Erschließungseinheit ergibt sich jedoch dann, wenn ohne eine Zusammenfassung die Grundstücke der „Hauptanlage“ ungebührlich stark belastet würden.⁴⁵⁰

(5) Zusammenfassung

Der Aufwand, der der Gemeinde bei der Erschließung eines Baugebiets entsteht, ist nicht in vollem Umfang beitragsfähig. Bestimmte Anlagen scheiden aufgrund verfassungskonformer Auslegung aus dem Katalog des § 127 II BauGB aus. Des Weiteren ist nur der erforderliche Aufwand beitragsfähig. Da eine Abrechnung des beitragsfähigen Aufwands nach den tatsächlichen Kosten zeitlich aufwändig ist, wird die Gemeinde häufig mit Einheitssätzen abrechnen. Da sie sich bei der Festlegung der Einheitssätze an Durchschnittswerten im Gemeindegebiet zu orientieren hat, kann es auch hier zu Kostenunterdeckungen kommen.

b. Die Verteilungsphase

In der Verteilungsphase sind die zuvor ermittelten Kosten auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen: Zunächst ist der umlagefähige Aufwand festzustellen, das heißt es sind vom beitragsfähigen Aufwand der Eigenanteil der Gemeinde und Zuwendungen Dritter abzuziehen, § 129 I BauGB. Der umlagefähige Aufwand ist auf die erschlossenen Grundstücke (§ 131 I S.1 BauGB) mit Hilfe des in der Beitragssatzung gewählten Verteilungsschlüssels (§§ 132 Nr.4, 131 II, III BauGB) zu verteilen.

(1) Die Ermittlung des umlagefähigen Erschließungsaufwands

Der beitragsfähige Erschließungsaufwand ist zunächst um den Anteil, den die Gemeinde zu tragen hat und um die anderweitig gedeckten Aufwendungen zu bereinigen (§ 129 I S.3 und S.1 BauGB).⁴⁵¹ Nur dieser

⁴⁴⁹ BVerwG, Urteil vom 11.10.1985, BVerwGE 72, 143 (150 f.); BVerwG, Urteil vom 22.5.1992, NVwZ 1993, S.1202 (1203); in einem solchen funktionellen Verhältnis zueinander stehen z.B. regelmäßig eine Hauptstraße und eine von ihr abzweigende erschließungsbeitragsrechtlich selbstständige, zum Anbau bestimmte Sackgasse, die ihre Funktion nur in Verbindung mit der Hauptstraße erfüllen kann, *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 14, Rn.39.

⁴⁵⁰ BVerwG, Urteil vom 5.9.1969, BVerwGE 34, 15 (17 f.).

⁴⁵¹ Die Regelung des § 129 I S.2 BauGB spielt nach ganz einhelliger Auffassung bei der Ermittlung des umlagefähigen Aufwands keine Rolle, da die in ihm getroffenen Regelungen bereits an anderer Stelle zum Ausdruck kommen bzw. ei-

umlagefähige Erschließungsaufwand kann auf die erschlossenen Grundstücke umgelegt werden.

(a) Der Gemeindeanteil

Gemäß § 129 I S.3 BauGB hat die Gemeinde mindestens 10% des beitragsfähigen Erschließungsaufwands – je nach Abrechnungsweise für die einzelne Erschließungsanlage, für den Abschnitt einer Erschließungsanlage, für eine Erschließungseinheit (§ 130 II BauGB) oder für abgespaltene Teileinrichtungen (§ 127 II BauGB) – zu tragen. Die Regelung bezweckt zum einen, die Gemeinde dazu anzuhalten, die beitragsfähigen Erschließungsanlagen nicht zu aufwändig herzustellen.⁴⁵² Zum anderen ist sie Ausdruck des verfassungsrechtlichen Vorteilsprinzips, da sie dem Umstand Rechnung trägt, dass die Anlagen auch der Allgemeinheit zur Verfügung stehen.⁴⁵³

(b) Der anderweitig nicht gedeckte Erschließungsaufwand

Gemäß § 129 I S.1 BauGB dürfen Erschließungsbeiträge nur insoweit erhoben werden, als der beitragsfähige Erschließungsaufwand nicht bereits anderweitig gedeckt ist.

Soweit⁴⁵⁴ die Gemeinde im Rahmen eines Erschließungsvertrags die Durchführung und die Kosten der Erschließung auf einen Erschließungsunternehmer übertragen hat, entsteht ihr schon kein eigener (beitragsfähiger) Aufwand, soweit der Vertrag vollständig durchgeführt wird.⁴⁵⁵ Ein eigener Aufwand kann der Gemeinde ausnahmsweise trotz des Abschlusses eines Erschließungsvertrags entstehen, z.B. wenn sie eigene Grundflächen bereitstellt oder dem Erschließungsunternehmer die Kosten ersetzt, die ihm bei der Erschließung fremder Grundstücke entstehen.⁴⁵⁶ Hat sich die Gemeinde bereits bei Abschluss des Erschließungsvertrags zur (teilweisen) Kostentragung verpflichtet, entsteht ihr

nem möglichen Regelungszweck anderenorts ausdrücklich widersprochen wird, *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 129, Rn.24; *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 129, Rn.15 f.; *Driehaus*, in: Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, § 129, Rn.23.

⁴⁵² *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.357.

⁴⁵³ *BVerwG*, Urteil vom 23.4.1969, BVerwGE 32, 37 (39).

⁴⁵⁴ Wurde die Erschließung nur zu einem sachlichen Teil übertragen, kann die Gemeinde aber für den verbleibenden Teil Erschließungsbeiträge erheben, wenn ihr Aufwendungen entstanden sind, *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 124, Rn.10.

⁴⁵⁵ Führt die Gemeinde die Erschließungsarbeiten aufgrund einer Insolvenz des Erschließungsunternehmers auf eigene Rechnung weiter, entsteht ihr jedoch ein eigener Aufwand; haben die Grundstückseigentümer bereits an den Erschließungsunternehmer geleistet, kommt es zu einer doppelten Belastung; vgl. zu dieser Fallgestaltung unten, 3.Teil:B.III.3, Seite 188.

⁴⁵⁶ Vgl. dazu ausführlich unten, 3.Teil:B.III.4.a, Seite 190

insoweit ein eigener beitragsfähiger Aufwand, der nicht anderweitig gedeckt ist und den sie grundsätzlich auf die erschlossenen Grundstücke umlegen kann.⁴⁵⁷ Etwas anderes gilt, wenn sie dem Erschließungsunternehmer (teilweise) seine Kosten ersetzt, obwohl er sich im Erschließungsvertrag zu vollständigen Kostentragung verpflichtet hat. In diesem Fall entsteht der Gemeinde zwar auch ein eigener Aufwand. Dieser beitragsfähige Aufwand ist jedoch anderweitig gedeckt i.S.d. § 129 I S.1 BauGB, da die Gemeinde einen Anspruch gegen den Erschließungsunternehmer auf Kostenerstattung aus dem Erschließungsvertrag hat. Nur soweit der Anspruch aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht durchsetzbar ist, kann sie auf eine Inanspruchnahme des Erschließungsunternehmers verzichten. Dabei sind an etwaige rechtliche Hindernisse hohe Anforderungen zu stellen, denn die Gemeinde ist grundsätzlich verpflichtet, einen den Erschließungsaufwand ganz oder teilweise deckenden Anspruch zu realisieren.⁴⁵⁸ Entlässt die Gemeinde einen Dritten dennoch aus seiner vertraglichen Kostenerstattungspflicht, hat sie die sich daraus ergebenden Belastungen selbst zu tragen.⁴⁵⁹

Eine anderweitige Deckung kann dann vorliegen, wenn die Gemeinde Zuwendung für die Herstellung von Erschließungsanlagen erhält.⁴⁶⁰ Dabei muss es sich um Leistungen von dritter Seite handeln, also nicht um Leistungen der Gemeinde oder der Beitragspflichtigen selbst.⁴⁶¹ Die Gemeinde ist verpflichtet, den ihr entstehenden Erschließungsaufwand durch Beitragserhebung zu decken.⁴⁶² Diese Verpflichtung zur Beitragserhebung würde umgangen, wenn durch freiwillige oder unfreiwillige Leistungen eines Beitragspflichtigen ein Erschließungsaufwand vermieden würde und die Aufwandsdeckung somit außerhalb des Systems der §§ 127 ff. BauGB vollzogen würde.⁴⁶³ Leistungen der Beitragspflichtigen decken daher nicht einen der Gemeinde bereits entstandenen Auf-

⁴⁵⁷ Zur vertraglichen Gestaltung einer Kostenbeteiligung der Gemeinde und deren beitragsrechtlichen Konsequenzen, unten, 3.Teil:B.III.4.a, Seite 192.

⁴⁵⁸ *BVerwG*, Urteil vom 18.09.1981, DVBl 1982, S.79 (80).

⁴⁵⁹ *BVerwG*, Urteil vom 9.11.1984, *BVerwGE* 70, 247 (258 f.).

⁴⁶⁰ *BVerwG*, Urteil vom 12.12.1969, *NJW* 1970, S.876 (877).

⁴⁶¹ *BVerwG*, Urteil vom 12.12.1969, *NJW* 1970, S.876 (877); *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 16, Rn.8; *Schmidt/ Bogner/ Steenbock*, Handbuch des Erschließungsrechts, Rn.1703; a.A. *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.318 und im vergleichbaren Fall einer Gebührenerhebung nach BayKAG: *VGH München*, Urteil vom 25.11.1981, *BayVBl* 1982, S.177, (179).

⁴⁶² Etwas anderes gilt, wenn der Gemeinde von vorneherein kein Aufwand entsteht, weil ein künftig Beitragspflichtiger eine unentgeltliche Sachleistung erbringt, vgl. dazu oben, 2.Teil:C.I.2.a(2), Seite 81.

⁴⁶³ *Jachmann*, Vereinbarungen über Erschließungsbeiträge im Rahmen von Grundstücksverträgen mit Gemeinden, S.273.

wand.⁴⁶⁴ Ist der beitragsfähige Erschließungsaufwand vollständig umgelegt worden, dabei aber ein Beitragspflichtiger nicht in Anspruch genommen worden, kann sich dieser Beitragspflichtige bei der Nacherhebung daher auch nicht auf die überhöhten Zahlungen der übrigen Beitragspflichtigen berufen.⁴⁶⁵ Entsprechend führt es nicht zu einer zu Gunsten anderer Beitragspflichtiger zu berücksichtigenden anderweitigen Deckung, wenn ein einzelner Beitragspflichtiger zu einem zu hohen Beitrag veranlagt wird. Liegt hingegen eine Zuwendung von dritter Seite vor, ist zusätzlich stets zu prüfen, welcher Zweck mit der Zuwendung verfolgt wird. Nur wenn die Zuwendung gerade die Beitragspflichtigen entlasten soll, ist eine anderweitige Deckung gegeben und eine Beitragserhebung ist insoweit ausgeschlossen.⁴⁶⁶ Soll die Zuwendung jedoch der Minderung der gemeindlichen Kostenlast dienen, liegt keine anderweitige Deckung i.S.d. § 129 I S.1 BauGB vor.⁴⁶⁷ Bei Zuschüssen privater Dritter spricht eine Vermutung dafür, dass die Beitragspflichtigen entlastet werden sollen. Öffentlich-rechtliche Zuschüsse dienen hingegen regelmäßig der Entlastung der Gemeinde.⁴⁶⁸

(2) Die Verteilung des umlagefähigen Erschließungsaufwands

Der umlagefähige Aufwand⁴⁶⁹ ist gemäß § 131 I S.1 BauGB auf die durch die Anlage erschlossenen Grundstücke zu verteilen. Dabei ist auf erster Stufe der Kreis der erschlossenen Grundstücke zu bestimmen („Berücksichtigungsfrage“), auf zweiter Stufe die Anteilshöhe des jeweils erschlossenen Grundstücks zu ermitteln („Belastungsfrage“).⁴⁷⁰ Diese Phase ist – da es lediglich um die Verteilung des umlagefähigen Aufwands auf die jeweiligen Grundstücke geht – uninteressant als Anknüpfungspunkt für vertragliche Vereinbarungen zwischen der Gemeinde und Dritten zur vertraglichen Kostenüberwälzung. An dieser Stelle erfolgt daher nicht mehr als ein knapper Überblick über die gesetzliche Regelung, um die Vorgehensweise der Gemeinde bei der Verteilung des umlagefähigen Aufwands auf die erschlossenen Grundstücke zu verdeutlichen.

⁴⁶⁴ Vgl. zur Berücksichtigung einer solchen Leistung bei einer späteren Beitragserhebung unten, 3.Teil:A.II.4.a, Seite 161.

⁴⁶⁵ *BVerwG*, Beschluss vom 16.7.1982, NVwZ 1983, S.152 (153).

⁴⁶⁶ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 16, Rn.9.

⁴⁶⁷ *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 129, Rn.19.

⁴⁶⁸ *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.319; so z.B. für Finanzausgleichsgesetzen der Länder, *BVerwG*, Urteil vom 30.5.1997, BWGZ 1997, S.788 (789 f.).

⁴⁶⁹ § 131 I S.1 BauGB spricht vom beitragsfähigen Erschließungsaufwand; gemeint ist jedoch der umlagefähige Erschließungsaufwand, *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.323.

⁴⁷⁰ *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.419; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 18, Rn.1.

§ 131 I S.1 BauGB spricht für den Ermittlungsraum nur den gesetzlichen Regelfall – die einzelne Erschließungsanlage – an. Je nachdem, wie sich die Gemeinde bei der Aufwandsermittlung entschieden hat, bestimmt sich aber, ob für § 131 I S.1 BauGB auf eine einzelne Anlage, einen Abschnitt oder auf eine Erschließungseinheit abzustellen ist.⁴⁷¹

Mit Grundstück ist im Erschließungsbeitragsrecht grundsätzlich das Grundstück im Sinne des bürgerlichen Rechts gemeint.⁴⁷² Danach ist unter Grundstück ein solcher Teil der Erdoberfläche zu verstehen, der auf einem besonderen Grundbuchblatt oder auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt unter einer besonderen Nummer im Verzeichnis der Grundstücke eingetragen ist.⁴⁷³ Nur in Ausnahmefällen kann es im Hinblick auf einen gerechten Vorteilsausgleich geboten sein, den Begriff der wirtschaftlichen Grundstückseinheit anzuwenden, der darauf abstellt, ob zusammenhängende Flächen – unabhängig von ihrer katastermäßigen Einheit – ein einheitliches wirtschaftliches Ganzes bilden und demselben Eigentümer gehören.⁴⁷⁴

Erschlossen sind die Grundstücke, denen von der Erschließungsanlage ein Sondervorteil vermittelt wird.⁴⁷⁵ Aus dem Kreis der erschlossenen Grundstücke sind von vorneherein diejenigen Grundstücke auszuschließen, die die Voraussetzungen des § 133 I BauGB niemals werden erfüllen können. Bereits im Rahmen des § 131 I S.1 BauGB ist also zu prüfen, ob das Grundstück baulich oder gewerblich oder in einer sonst vergleichbaren Weise⁴⁷⁶ genutzt werden kann und diese Nutzung nicht ganz unbedeutend oder unterwertig ist.⁴⁷⁷ Nicht nutzbar in diesem Sinne sind z.B. Abhänge und oberirdische Gewässer⁴⁷⁸, Grundstücke, die im Au-

⁴⁷¹ BVerwG, Urteil vom 9.12.1983, BVerwGE 68, 249 (261).

⁴⁷² *Dahlke-Piel*, LKV 2000, S.426 (427).

⁴⁷³ *David*, BauR 1983, S.120.

⁴⁷⁴ BVerwG, Urteil vom 2.7.1982, NVwZ 1983, S.153; BVerwG, Urteil vom 20.6.1973, BRS 37, 342 (344 f.); so z.B. BVerwG, Urteil vom 12.12.1986, NVwZ 1987, S.420 (421) für sogenannte „Handtuchgrundstücke“, die mangels hinreichender Größe nicht bebaubar, aber zusammen mit anderen Grundstücken des gleichen Eigentümers baulich genutzt werden dürfen.

⁴⁷⁵ BVerwG, Urteil vom 25.11.1981, NVwZ 1982, S.555 (556); BVerwG, Urteil vom 24.9.1987, BVerwGE 78, 125 (128 f.).

⁴⁷⁶ § 133 I BauGB ist in dieser Hinsicht ergänzend auszulegen, da auch diesen Grundstücken ein spezifischer Erschließungsvorteil vermittelt wird, der es rechtfertigt, sie mit Erschließungsbeiträgen zu belasten, *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 133, Rn.11; gleichartig nutzbar sind z.B. Grundstücke, die als Sportplatz, Schwimmbad, BVerwG, Urteil vom 3.6.1971, BVerwGE 38 S.148 (150 f.), Friedhof, BVerwG, Urteil vom 9.5.1978, DVBl 1979, S.784 oder Dauerkleingartenanlage, BVerwG, Urteil vom 1.2.1980, DVBl 1980, S.755 (756) genutzt werden.

⁴⁷⁷ BVerwG, Urteil vom 25.10.1996, DVBl 1997, 497 (498).

⁴⁷⁸ BVerwG, Beschluss vom 15.9.1981, KStZ 1982, S.11 (12).

ßenbereich liegen⁴⁷⁹, Grundstücke im Landschaftsschutzgebiet⁴⁸⁰ oder Flächen, die sich aus sonstigen Gründen als nicht bebaubar erweisen⁴⁸¹. Eine solche Auslegung ist schon deswegen geboten, weil die Erschließungsanlage diesen Grundstücken keinen Vorteil vermitteln kann.⁴⁸² Zum anderen leitet die ständige Rechtsprechung des *BVerwG* dieses Ergebnis aus dem Verhältnis des § 131 I S.1 BauGB zu § 133 I BauGB ab: 133 I BauGB schließt eine Beitragserhebung für Grundstücke, die niemals baulich nutzbar werden können, aus. Bei der Aufnahme eines solchen Grundstücks in den Kreis der erschlossenen Grundstücke würde letztlich die Gemeinde den auf dieses Grundstück entfallenden Kostenanteil tragen. Dieses unbillige Ergebnis lässt sich nur vermeiden, wenn bereits im Rahmen des § 131 I S.1 BauGB die Grundstücke ausgeschieden werden, die niemals einer Beitragspflicht i.S.d. § 133 I BauGB unterliegen.⁴⁸³

Wie bereits an anderer Stelle dargestellt wurde,⁴⁸⁴ fällt der Vorteil, den eine Erschließungsanlage den Grundstücken vermitteln kann, je nach Erschließungsanlage unterschiedlich aus. Welchen Grundstücken eine Erschließungsanlage einen Vorteil vermittelt, bestimmt sich daher im wesentlichen nach der Funktion der jeweiligen Anlage.⁴⁸⁵ Da die Einbeziehung eines Grundstücks in den Kreis der erschlossenen Grundstücke Einfluss auf die Beitragshöhe der übrigen Grundstücke hat, ist nach ständiger Rechtsprechung des *BVerwG* ausschlaggebend darauf abzustellen, ob die Eigentümer der übrigen Grundstücke nach den bestehenden tatsächlichen Verhältnissen schutzwürdig erwarten können, dass weitere Grundstücke in den Kreis der erschlossenen Grundstücke ein-

⁴⁷⁹ Das *BVerwG* nimmt in ständiger Rechtsprechung an, dass es im Außenbereich aufgrund der Regelung des § 35 BauGB grundsätzlich kein Bauland gibt, so dass eine sachliche Beitragspflicht gemäß § 133 I BauGB nie entstehen kann, *BVerwG*, Urteil vom 14.2.1986, NVwZ 1986, S.568 (569); *BVerwG*, Urteil vom 17.6.1994, DVBI 1995, S.55 (57).

⁴⁸⁰ *BVerwG*, Urteil vom 25.6.1969, BVerwGE 32, S.226 (227).

⁴⁸¹ Vgl. hierzu die Aufzählung bei *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.330.

⁴⁸² *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 131, Rn.10.

⁴⁸³ *BVerwG*, Urteil vom 14.2.1986, NVwZ 1986, S.568; zu einer anderen Beurteilung ist aber *BVerwG*, Urteil vom 17.6.1994, DVBI 1995, S.55 (57) gekommen, da der Gemeinde in diesem Fall ein eigenes Fehlverhalten vorzuwerfen war, das letztlich dazu führte, dass sie ausnahmsweise selbst mit dem entsprechenden Ausfall zu belasten war.

⁴⁸⁴ Siehe oben, 2.Teil:C.I.1.a, Seite 69.

⁴⁸⁵ *BVerwG*, Urteil vom 24.9.1987, BVerwGE 78, 125 (128 f.).

bezogen werden müssen und sich so die Beitragsbelastung dieser übrigen Grundstücke vermindert.⁴⁸⁶

Anbaustraßen i.S.d. § 127 II Nr.1 BauGB erschließen entsprechend ihrer Funktion diejenigen Grundstücke, denen sie die Bebaubarkeit oder eine ihr erschließungsbeitragsrechtlich gleichstehende Nutzung vermitteln.⁴⁸⁷ Grundstücke, die an einer solchen Anbaustraße liegen (sogenannte Anliegergrundstücke), sind erschlossen, wenn die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit besteht, auf der Fahrbahn der betreffenden Anbaustraße bis zur Höhe der Grundstücke mit Kraftfahrzeugen zu fahren und sie von da aus zu betreten.⁴⁸⁸ Hier ergeben sich insbesondere dann Probleme, wenn es sich um eine Zweit- oder Mehrfacherschließung handelt.⁴⁸⁹ Bei Grundstücken, die von einer Anbaustraße durch ein Anliegergrundstück getrennt werden (sogenannte Hinterliegergrundstücke), erschwert sich die Beantwortung der Frage, ob es erschlossen ist.⁴⁹⁰ Diesen Grundstücken wird regelmäßig kein besonderer Vorteil verschafft, so dass sie nicht in den Kreis der erschlossenen Grundstücke einzubeziehen sind. Eine Ausnahme besteht aber z.B. für den Fall, dass eine rechtlich gesicherte und bauordnungsrechtlichen Anforderungen entsprechende Zufahrt über das Anliegergrundstück zur Anbaustraße besteht.⁴⁹¹ Auch in anderen Fällen hat das *BVerwG* angenommen, dass die Eigentümer der übrigen durch die Anbaustraße erschlossenen Grundstücke schutzwürdig erwarten konnten, Hinterliegergrundstücke einzubeziehen.⁴⁹²

⁴⁸⁶ *BVerwG*, Urteil vom 1.12.1989, KStZ 1990, S.150 (151); *BVerwG*, Urteil vom 23.3.1984, DVBl 1984, S.683 (684).

⁴⁸⁷ *BVerwG*, Urteil vom 4.6.1993, NVwZ 1994 S.299 (300), *Theil/ Beumuk*, Gemhlt 1990, S.226 (227).

⁴⁸⁸ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 17, Rn.66.

⁴⁸⁹ In diesen Fällen beurteilt sich das Erschlossensein des Grundstücks danach, ob allein durch diese Straße das Grundstück bebaubar bzw. nutzbar ist – andere Anbaustraßen sind also wegzudenken („Wegdenkungstheorie“), *BVerwG*, Urteil vom 26.9.1983, DVBl 1984 S.184 (185); eine Ermäßigung ist bei Mehrfacherschließung grundsätzlich nicht angebracht, hingegen ist bei gemeinsamer Aufwandsermittlung in einer Erschließungseinheit bei mehrfach erschlossenen Grundstücken nur eine einmalige Veranlagung zulässig (§ 131 I S.2 BauGB); zu den verfassungsrechtlichen Problemen dieser Norm insbesondere im Hinblick auf die Beitragsgerechtigkeit: *Czepanski*, KStZ 1988, S.197 (203); *Sellner*, NJW 1986, S.1073 (1079).

⁴⁹⁰ *Quaas*, in: Schrödter, BauGB, § 131, Rn.19.

⁴⁹¹ *BVerwG*, Urteil vom 14.1.1983, NVwZ 1983, S.669 (671).

⁴⁹² So z.B. für den Fall, dass Hinterlieger- und Anliegergrundstück demselben Eigentümer gehören und einheitlich genutzt werden, *BVerwG*, Urteil vom 15.1.1988, BVerwGE 79, 1 (6 f.).

Für beitragsfähige Anlagen nach § 127 II Nr.2-5 BauGB kann nicht darauf abgestellt werden, welchen Grundstücken sie eine Bebaubarkeit bzw. erschließungsbeitragsrechtlich gleichwertige Nutzung vermitteln, da diese Anlagen keine bebaubarkeitsverschaffende, sondern lediglich eine wohnwertverbessernde Funktion haben.⁴⁹³ Es ist daher allgemein darauf abzustellen, welchen Grundstücken durch diese Anlage eine qualifizierte Inanspruchnahmemöglichkeit gegeben wird. Bei Immissionsschutzanlagen (§ 127 II Nr.5 BauGB) sind z.B. diejenigen Grundstücke erschlossen, denen die Immissionsschutzanlage einen besonderen Schutz bietet.⁴⁹⁴

Knüpft der in der Satzung festgelegte Verteilungsmaßstab auch an die Grundstücksfläche an, sind die durch eine Erschließungsanlage erschlossenen Grundstücke dies grundsätzlich im Hinblick auf ihre gesamte Fläche.⁴⁹⁵ Eine Ausnahme muss gelten, wenn die Erschließungsanlage dem Grundstück nur teilweise einen Erschließungsvorteil vermittelt. Dies ist der Fall, wenn nur ein Teil des Grundstücks ausnutzbar ist oder aus sonstigen Gründen sich die Erschließungswirkung der jeweiligen Erschließungsanlage nicht auf das gesamte Buchgrundstück erstreckt. In solchen Fällen ist nicht die Fläche des gesamten Grundstücks in den Kreis der erschlossenen Grundstücke einzubeziehen, sondern lediglich die erschlossene Teilfläche.⁴⁹⁶ Im beplanten Gebiet ergibt sich die Ausnutzbarkeit des Grundstücks aus den Festsetzungen des Bebauungsplans. Unter dem Blickwinkel der Ausnutzbarkeit des Grundstücks ergeben sich Einschränkungen nur dann, wenn ein einheitliches Grundstück lediglich zum Teil als bebaubar festgesetzt ist.⁴⁹⁷ In unbeplanten Gebieten ist hingegen mangels bauplanungsrechtlicher Festsetzung in jedem Einzelfall über die Ausnutzbarkeit des Grundstücks zu entscheiden.⁴⁹⁸ Ein begrenzter Erschließungsvorteil ergibt sich hier insbesondere bei besonders tiefen Grundstücken. Im Hinblick auf die Verwaltungspraktikabilität und die Rechtssicherheit sind in diesem Bereich satzungsrechtliche Regelungen zulässig, die die Grenze der Ausnutzbarkeit von Grundstücken im unbeplanten Innenbereich durch sogenannte Tiefen-

⁴⁹³ Siehe oben, 2.Teil:C.I.1.a, Seite 69.

⁴⁹⁴ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 17, Rn.94; bei Lärmschutzanlagen ist z.B. auf die Schallpegelminderung abzustellen; bei einer Lärmminde- rung von unter 3 dB (A) liegt kein qualifizierter Schutz mehr vor, *BVerwG*, Urteil vom 23.6.1995, NVwZ 1996, S.402 (403); *BVerwG*, Urteil vom 19.8.1988, *BVerwGE* 80, 99 (101); ausführlich hierzu *Kuschnerus*, NVwZ 1989, S.528 ff.

⁴⁹⁵ So für Grundstücke im beplanten Innenbereich: *BVerwG*, Urteil vom 3.2.1989, NVwZ 1989, S.1076.

⁴⁹⁶ *Quaas*, in: Schrödter, BauGB, § 131, Rn.23.

⁴⁹⁷ *BVerwG*, Urteil vom 25.2.1972, BRS 37, S.302 (304).

⁴⁹⁸ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 17, Rn.36.

begrenzungen⁴⁹⁹ regeln.⁵⁰⁰ Öffentlich-rechtlichen Baubeschränkungen – wie z.B. Abstands- und Anbauverbotsvorschriften gemäß § 9 I, II FStrG – wirken sich hingegen nach der neueren Rechtsprechung des *BVerwG* nicht auf das Erschlossensein der gesamten Grundstücksfläche i.S.d. § 131 I S.1 BauGB aus, weil diese Regelungen nur auf den Standort der baulichen Anlage Einfluss nehmen sollen und somit nicht das Maß der baulichen Nutzung des Grundstücks beschränken.⁵⁰¹ Eine beschränkte Erschließungswirkung kann zudem bei speziellen Fällen der Mehrfacherschließung eines Grundstücks⁵⁰² und bei der Erschließung übergroßer Eckgrundstücke⁵⁰³ vorliegen.

Der umlagefähige Aufwand ist entsprechend dem gemeindlichen Verteilungsmaßstab (§ 132 Nr.2 BauGB) auf die beitragspflichtigen Grundstücke zu verteilen („Belastungsfrage“). Je nach gewähltem Verteilungsschlüssel kann die Beitragshöhe unterschiedlich hoch ausfallen. § 131 II, III BauGB regelt, in welcher Weise der Verteilungsmaßstab auszugestaltet ist. Die Auswahl und inhaltliche Ausgestaltung des Verteilungsmaßstabs liegt im Ermessen der Gemeinde. Sie muss jedoch darauf achten, die in § 131 II, III BauGB genannten und die verfassungs- und abgabenrechtlichen Schranken nicht zu überschreiten.⁵⁰⁴ Das Gesetz stellt in § 131 II BauGB drei verschiedene Grundmaßstäbe zur Verfügung, die modifiziert und miteinander verbunden werden können. Verteilungsmaßstäbe sind die Art und das Maß der baulichen oder sonstigen Nutzung (Nr.1), die Grundstücksflächen (Nr.2) und die Grundstücksbreite an der

⁴⁹⁹ Die Tiefenbegrenzung verkürzt die Tiefe des Grundstücks um übermäßiges Hinterland, *Traub*, KStZ 1991, S.47.

⁵⁰⁰ *BVerwG*, Urteil vom 19.2.1981, DVBl 1982, S.552 (553); *BVerwG*, Urteil vom 10.6.1981, NVwZ 1982, S.246 (248 f.); eine übergreifende tatsächliche Ausnutzung des Grundstücks geht der in der Satzung festgelegten Tiefenbegrenzung allerdings vor, *BVerwG*, Urteil vom 10.6.1981, BVerwGE 62, 308 (315).

⁵⁰¹ *BVerwG*, Urteil vom 25.1.1985, NVwZ 1985, S.753 (754); *BVerwG*, Urteil vom 9.12.1983, BVerwGE 68, 249 (262 ff.); eine Korrektur findet hier aber unter Umständen auf der zweiten Ebene der Aufwandsverteilung statt, wenn das Nutzungsmaß eine Komponente der gemeindlichen Verteilungsregelung ist. In diesem Fall ist auf das tatsächlich realisierbare Nutzungsmaß des jeweiligen Grundstücks abzustellen, öffentlich-rechtliche Baubeschränkungen sind also zu berücksichtigen, *BVerwG*, Urteil vom 10.10.1996, BWGZ 1996, S.266 (267); *BVerwG*, Urteil vom 3.2.1989, BVerwGE 81, 251 (252 ff.); *BVerwG*, Urteil vom 10.10.1995, NVwZ 1996, S.800 (802).

⁵⁰² Vgl. zu mehrfach erschlossenen Grundstücken im beplanten Innenbereich: *BVerwG*, Beschluss vom 22.1.1998, DVBl 1998, S.713 (714); *BVerwG*, Urteil vom 27.6.1985, BVerwGE 71, 363 (366); *VGH München*, Urteil vom 28.11.1988, KStZ 1989, S.145; zu mehrfach erschlossenen Grundstücken im unbeplanten Innenbereich: *BVerwG*, Urteil vom 22.4.1994, NVwZ-RR 1994, S.539 (541).

⁵⁰³ *BVerwG*, Urteil vom 8.10.1976, BRS 37, S.239 (242 f.).

⁵⁰⁴ *David*, KStZ 1979, S.201 (202).

Erschließungsanlage (Nr.3). Hat die Gemeinde den Grundstücksflächenmaßstab gemäß § 131 II S.1 Nr.2 BauGB gewählt, ist die beitragspflichtige Grundstücksfläche des erschlossenen Grundstücks in ein Verhältnis zur beitragspflichtigen Gesamtgrundstücksfläche aller erschlossenen Grundstücke zu setzen. Diesem Bruchteil entsprechend ist das erschlossene Grundstück am umlagefähigen Aufwand zu beteiligen. In der Praxis wird von den Gemeinden regelmäßig der Vollgeschossmaßstab⁵⁰⁵ oder der Geschossflächenmaßstab⁵⁰⁶ gewählt.⁵⁰⁷ Dabei handelt es sich um eine Kombination der Nummern 1 und 2 des § 131 II BauGB. Auch in diesen Fällen sind die Maßstabseinheiten der erschlossenen Grundstücke zu addieren und in ein Verhältnis zu den Maßstabseinheiten eines erschlossenen Grundstücks zu setzen.⁵⁰⁸

c. Die Heranziehungsphase

In der Heranziehungsphase erfolgt die Liquidation des umlagefähigen Aufwands für den jeweiligen Erschließungsraum (für die gesamte Anlage, einen Abschnitt oder eine Erschließungseinheit) gegenüber dem Beitragspflichtigen. Nach dem gesetzlichen Regelfall erfolgt sie durch Beitragserhebung hinsichtlich des umlagefähigen Aufwands einer Erschließungsanlage. Eine vorherige Heranziehung ist unter Umständen im Wege der Kostenspaltung (§§ 133 II, 127 III i.V.m. § 132 Nr.3 BauGB) oder durch Erhebung von Vorausleistungen (§ 133 III S.1 BauGB) möglich bzw. soweit Vorauszahlungs- oder Ablösungsverträge (§ 133 III S.5 BauGB) abgeschlossen worden sind. Zu einer frühzeitigen Heranziehung führt auch die zulässige Bildung von Abschnitten: In diesem Fall ist eine Beitragserhebung bereits vor endgültiger Herstellung der gesamten Erschließungsanlage zulässig. Im Folgenden soll zunächst auf den gesetzlichen Regelfall – die Heranziehung durch Beitragsbescheid hinsichtlich der gesamten Erschließungsanlage – eingegangen werden. Im Anschluss werden einseitige Gestaltungsmöglichkeiten erörtert.

⁵⁰⁵ Der Vollgeschossmaßstab ergibt sich aus der Multiplikation der Grundstücksfläche mit einem Nutzungsfaktor oder einem Prozentsatz, der mit der Anzahl der Vollgeschosse steigt, *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.430, mit Rechenbeispiel.

⁵⁰⁶ Der Geschossflächenmaßstab ergibt sich aus der Multiplikation der Grundstücksfläche mit der zulässigen Geschossfläche, *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 131, Rn.61.

⁵⁰⁷ *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.429; vgl. hierzu das Satzungsmuster II, bei *Fischer*, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.376.

⁵⁰⁸ Ausführlich und mit Rechenbeispielen z.B. *David*, KStZ 1979, S.201 (204 ff.).

(1) Der gesetzliche Regelfall der Heranziehung

Die Heranziehung erfolgt durch Beitragsbescheid, § 134 I S.1 BauGB. Er setzt das Entstehen der sachlichen (bzw. abstrakten⁵⁰⁹) Beitragspflicht für die einzelne Anlage bzw. den Abschnitt einer Anlage voraus (§ 133 II S.1 BauGB).

(a) Die sachliche Beitragspflicht und die ihr unterworfenen Grundstücke

Soweit die übrigen gesetzlichen Entstehungsvoraussetzungen vorliegen,⁵¹⁰ entsteht die sachliche Beitragspflicht mit der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlage. Sie entsteht in dem Zeitpunkt kraft Gesetz, das heißt unabhängig von der Geltendmachung der Beitragsforderung mittels Beitragsbescheid.⁵¹¹ Endgültig hergestellt i.S.d. § 133 II S.1 BauGB ist eine Erschließungsanlage in dem Zeitpunkt, in dem sie den Ausbauzustand erreicht hat, der den festgelegten Merkmalen der Erschließungsbeitragssatzung (§ 132 Nr.4 BauGB) entspricht und der hierfür entstandene Aufwand feststellbar ist, also regelmäßig bei Eingang der letzten Unternehmerrechnung.⁵¹² Die endgültige Herstellung ist allein nach diesen objektiven Kriterien, nicht nach dem Willen der Gemeinde zu bestimmen.⁵¹³ Entsprechend ist eine Erschließungsanlage erst dann übernommen i.S.d. § 133 II S.2 BauGB, wenn der gemeindliche Aufwand feststellbar ist.⁵¹⁴ Die endgültige Herstellung entsprechend dem gemeindlichen Ausbauprogramm hat zur Folge, dass nach diesem Zeitpunkt entstehende Kosten in den umlagefähigen Aufwand nicht mehr einzubeziehen sind.⁵¹⁵ Bei der Verteilung des umlagefähigen Aufwands ist daher auf die Sach- und Rechtslage in diesem Zeitpunkt abzustellen.⁵¹⁶ Maßnahmen nach der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlage sind Verbesserungs- oder Erweiterungsmaßnahmen, deren Beitragspflicht sich nach Landesrecht bemisst, § 128 II S.1 BauGB.⁵¹⁷

⁵⁰⁹ *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.71.

⁵¹⁰ Siehe oben, 2.Teil:C.I.2, Seite 77.

⁵¹¹ *BVerwG*, Urteil vom 26.9.1983, *BVerwGE* 68, 48 (53).

⁵¹² *BVerwG*, Urteil vom 22.8.1975, *BRS* 37, S.305 (306).

⁵¹³ *Honsdorf/ Dettner*, *KStZ* 1984, S.47.

⁵¹⁴ *Ernst*, in: *E/ Z/ B/ K*, *BauGB*, § 133, Rn.37.

⁵¹⁵ *BVerwG*, Urteil vom 22.8.1975, *BVerwGE* 49, 131 (135 f.).

⁵¹⁶ Das gilt auch dann, wenn diese Erschließungsbeitragssatzung nach diesem Zeitpunkt durch eine neue Erschließungsbeitragssatzung abgelöst wurde, 2.Teil:C.I.1.c(2), Seite 77.

⁵¹⁷ *BVerwG*, Urteil vom 22.8.1975, *BVerwGE* 49, 131 (136).

An das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht knüpfen sich verschiedenen Rechtsfolgen: Die Rechtmäßigkeit des späteren Erschließungsbeitragsbescheids beurteilt sich grundsätzlich nach den im Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflichten gegebenen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen.⁵¹⁸ Die einmal entstandene sachliche Beitragspflicht steht für das jeweilige Grundstück fest und kann nicht mehr geändert werden (Grundsatz der Einmaligkeit des Entstehens der Beitragspflicht).⁵¹⁹ Sie ruht ab ihrem Entstehen als öffentliche Last auf dem Grundstück, § 134 II BauGB. Der Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht ist weiterhin maßgeblich für den Beginn der vierjährigen Festsetzungsfrist (Art.13 I Nr.4b BayKAG i.V.m. § 169 AO).⁵²⁰

Der sachlichen Beitragspflicht unterliegen diejenigen Grundstücke, die erschlossen sind und für die eine bauliche oder gewerbliche Nutzung festgesetzt ist oder die in gleicher Weise erschließungsbeitragsrechtlich nutzbar⁵²¹ sind (§ 133 I S.1 BauGB) oder – bei fehlender Festsetzung - nach der Verkehrsauffassung Bauland sind und zur Bebauung anstehen (§ 133 I S.2 BauGB). § 133 I BauGB schließt somit zeitlich an die Regelung des § 131 I BauGB an: Sind bei der Ermittlung des Kreises der erschlossenen Grundstücke (§ 131 I BauGB) auch die Grundstücke einzubeziehen, bei denen lediglich die Möglichkeit besteht, dass sie in erschließungsbeitragsrechtlicher Weise genutzt werden können, ist im Rahmen des § 133 I BauGB zu prüfen, ob sich dieser „latente Erschließungsvorteil“⁵²² durch den Eintritt der konkreten Nutzbarkeit aktualisiert hat. Eine sachliche Beitragspflicht entsteht jedoch in keinem Fall für Grundstücke, die im Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht im Eigentum der Gemeinde stehen, selbst wenn sie zum Kreis der erschlossenen Grundstücke i.S.d. § 131 I BauGB zählen.⁵²³ In diesem Fall kann für dieses Grundstück kein sachliches Beitragsschuldverhältnis und somit keine sachliche Beitragspflicht entstehen, da ein solches Verhältnis Personenverschiedenheit voraussetzt.⁵²⁴

⁵¹⁸ *Driehaus*, ZMR 1999, S.517.

⁵¹⁹ *BVerwG*, Urteil vom 26.9.1983, BVerwGE 68, 48 (53).

⁵²⁰ *BVerwG*, Urteil vom 5.9.1975, DÖV 1976, S.96 (97).

⁵²¹ Vgl. zu dieser Auslegung bereits oben, 2.Teil:C.I.2.b(2), Seite 91, Fußnote 476.

⁵²² *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 17, Rn.24.

⁵²³ *BVerwG*, Urteil vom 21.10.1983, DVBl 1984, S.188 (190); ausführlich: *Jachmann*, Vereinbarungen über Erschließungsbeiträge im Rahmen von Grundstücksverträgen mit Gemeinden, S.51 ff.

⁵²⁴ *BVerwG*, Urteil vom 21.10.1983, DVBl 1984, S.188 (190) mit Verweis auf *BGH*, Urteil vom 1.6.1967, BGHZ 48, 214 (218); das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht wird erst möglich, wenn die Gemeinde das Grundstück übereignet bzw. ein Erbbaurecht bestellt, *BVerwG*, Urteil vom 21.10.1983, KStZ 1984, S.34 (35).

(b) Der Beitragsbescheid

Dieses auf das erschlossene Grundstück bezogene abstrakte Beitragsschuldverhältnis bedarf der Konkretisierung gegenüber dem persönlich Beitragspflichtigen (§ 134 I BauGB). Sie erfolgt durch Bekanntgabe mittels Beitragsbescheid bzw. mehrere Teilbescheide⁵²⁵ gegenüber dem persönlich Beitragspflichtigen. Die persönliche Beitragspflicht entsteht gemäß § 134 I BauGB im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Beitragsbescheids. Sachliche und persönliche Beitragspflicht entstehen somit zu unterschiedlichen Zeitpunkten. Die persönliche Beitragspflicht entsteht nicht ohne Bekanntgabe des Beitragsbescheids. Der Beitragsbescheid hat somit eine konstitutive Wirkung.

Persönlich beitragspflichtig ist gemäß § 134 I S.1 BauGB grundsätzlich der Eigentümer. Soweit das Grundstück mit einem Erbbaurecht oder einem dinglichen Nutzungsrecht nach Art.233 § 4 EGBGB belastet ist an dessen Stelle der Erbbauberechtigte (§ 134 I S.2 BauGB) bzw. der Inhaber des dinglichen Nutzungsrechts (§ 134 I S.3 BauGB). Die Änderung des Bebauungsplans kann die bauliche oder gewerbliche Nutzbarkeit des beitragspflichtigen Grundstücks – und damit auch die sachliche Beitragspflicht – entfallen lassen. In der Literatur ist umstritten, ob die sachliche Beitragspflicht bei Bekanntgabe noch vorliegen muss oder ob etwaige Änderungen, die die einmal entstandene sachliche Beitragspflicht entfallen lassen, unberücksichtigt zu bleiben haben. Eine Entscheidung dieses Streits kann jedoch dahingestellt bleiben, da beide Ansichten zumindest in wirtschaftlicher Hinsicht regelmäßig zu denselben Ergebnissen führen. Soweit man das Entfallen der sachlichen Beitragspflicht nicht im Rahmen des § 134 I BauGB berücksichtigt,⁵²⁶ stehen dem Beitragspflichtigen zumindest Gegenansprüche aus §§ 39 ff. BauGB zu.⁵²⁷ Geht man hingegen davon aus, dass sich Änderungen der sachlichen Beitragspflicht im Rahmen der persönlichen Beitragspflicht auswirken,⁵²⁸ ist ein trotz entfallener sachlicher Beitragspflicht ergangener Beitragsbescheid rechtswidrig.

⁵²⁵ Da der Beitragsanspruch als Geldanspruch der Höhe nach teilbar ist, *VGH München*, Urteil vom 28.7.1975, BayVBI 1976, S.16.

⁵²⁶ So *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 24, Rn.17.

⁵²⁷ Sollten solche Entschädigungsansprüche ausnahmsweise nicht bestehen, kann ausnahmsweise eine Pflicht der Gemeinde auf Verzicht des Beitragsanspruchs gemäß § 35 V BauGB bestehen; vgl. *Löhr*, in: B/ K/ L, § 133, Rn.7 zu einer vergleichbaren Fallkonstellation.

⁵²⁸ *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 134, Rn.15; *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 134, Rn.8 und § 133, Rn.24a, die sich nicht alleine auf die Regelung des § 134 I BauGB stützen, sondern jeweils auf den rechtslogischen Zusammenhang von sachlicher und persönlicher Beitragspflicht hinweisen.

Bei dem Beitragsbescheid handelt es sich um einen Abgabenbescheid i.S.d. Art.13 I Nr.4b BayKAG i.V.m. § 155 I S.1 AO, der in schriftlicher und hinreichend bestimmter Form gegenüber dem persönlich Beitragspflichtigen gemäß Art.13 I Nr.4b BayKAG i.V.m. §§ 118, 157 I AO bekanntgegeben werden muss. Er ergeht schriftlich und setzt die Abgabe nach Art und Betrag fest und bezeichnet den Abgabenschuldner. Darüber hinaus enthält er die Aufforderung an den Beitragsschuldner, einen bestimmten Betrag zum Fälligkeitszeitpunkt zu entrichten.⁵²⁹ Die Durchführung der Bekanntmachung richtet sich nach Art.13 I Nr.3b BayKAG i.V.m. § 122 AO. Erght er gegenüber einer Person, die nicht persönlich beitragspflichtig ist (z.B. einem Nichteigentümer), entfaltet dieser Bescheid gegenüber dem persönlich Beitragspflichtigen keine Wirkung.⁵³⁰ Ist die wirksame Bekanntmachung eines Beitragsbescheids erfolgt, ändert ein späterer Eigentumswechsel nichts an der bereits entstandenen persönlichen Beitragspflicht.⁵³¹ Ist der Beitragsbescheid rechtswidrig, weil die sachliche Beitragspflicht noch nicht entstanden ist, kann der Bescheid durch Nachholung der fehlenden Entstehungsvoraussetzung(en) mit Wirkung ex-nunc geheilt werden. Eine solche Heilungsmöglichkeit scheidet jedoch aus, wenn zwischen Bekanntgabe des Bescheids und dem heilenden Ereignis ein Eigentümerwechsel stattgefunden hat.⁵³² Der Beitrag wird gemäß § 135 I BauGB einen Monat nach Bekanntgabe (Art.13 I Nr.3a BayKAG i.V.m. §§ 108 I AO, 187 I, 188 II, III BGB) des Beitragsbescheids fällig. Bei einem Beitragsbescheid, der mangels des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht rechtswidrig ist, wird der Beitrag einen Monat nach dem Eintritt der Heilung fällig.⁵³³ Widerspruch und Anfechtungsklage haben gemäß § 80 II Nr.1 VwGO keine aufschiebende Wirkung. Mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Beitrag erstmals fällig geworden ist, beginnt gemäß Art.13 I Nr.5a BayKAG die Zahlungsverjährungsfrist von 5 Jahren (Art.13 I Nr.5 BayKAG i.V.m. §§ 228, 229 I S.1 AO). Auch im Falle eines materiell rechtswidrigen Beitragsbescheids ist diesbezüglich an den formalen Akt der Bekanntgabe und nicht an das spätere Entstehen der Beitragspflicht anzuknüpfen.⁵³⁴

⁵²⁹ OVG Saarlouis, Beschluss vom 9.2.1998, NVwZ-RR 1999, S.796; Ernst, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 134, Rn.12.

⁵³⁰ VGH München, Urteil vom 6.3.1980, BayVBl 1980, S.758; Fischer, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.437.

⁵³¹ Löhr, in: B/ K/ L, BauGB, § 134, Rn.17; da der Erschließungsbeitrag gemäß § 134 II BauGB auf dem Grundstück ruht, kann sie die Gemeinde auch trotz des Eigentümerwechsels aus dem Grundstück befriedigen, BVerwG, Urteil vom 20.9.1974, BRS 37, S.365 (368).

⁵³² Siehe dazu oben, 2.Teil:C.I.1.c(2), Seite 81.

⁵³³ BVerwG, Urteil vom 27.9.1982, KStZ 1983, S.95 (97).

⁵³⁴ BVerwG, Urteil vom 14.2.2001, Buchholz 406.11 § 134 Nr.8, S.1 (4).

(2) Die einseitigen Gestaltungsmöglichkeiten der Gemeinde

Der wesentliche Nachteil des unter (1) dargestellten Regelfalls der Heranziehung besteht darin, dass die Gemeinde die Erschließungsarbeiten zunächst vorfinanzieren muss. Die §§ 127 ff. BauGB stellen der Gemeinde aber Instrumente zur Verfügung, die sie einseitig einsetzen kann, um ihre Vorfinanzierungslast zu mindern. Hierzu zählen insbesondere der Erlass von Vorausleistungsbescheiden, die Abschnittsbildung und die Kostenspaltung. Im Rahmen des § 135 II bis V BauGB ist es der Gemeinde außerdem gestattet in Einzelfällen Billigkeitsregelungen hinsichtlich der Zahlungsweise oder der Höhe des Beitrags zu treffen. Nicht zu den einseitigen Gestaltungsmöglichkeiten gehört die Ablösung des Erschließungsbeitrags gemäß § 133 III S.5 BauGB. Zwar bestimmt § 133 III S.5 BauGB, dass die Gemeinde Bestimmungen über die Ablösung des Erschließungsbeitrags im Ganzen vor Entstehung der Beitragspflicht treffen kann. Die Ablösung kann jedoch nur als Vereinbarung zwischen der Gemeinde und dem Beitragspflichtigen zustandekommen. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Besteuerung schützt den Abgabepflichtigen davor, eine andere als die gesetzlich geschuldete Abgabe zahlen zu müssen. Der zu zahlende Ablösebetrag stimmt aber regelmäßig nicht mit der sonst geschuldeten Abgabe überein, so dass die Ablösung nur im Einverständnis mit dem künftig Beitragspflichtigen möglich ist.⁵³⁵

(a) Die Vorausleistung aufgrund Vorausleistungsbescheid

Gemäß § 133 III S.1 BauGB können Vorausleistungen auf den Erschließungsbeitrag bis zur Höhe des voraussichtlichen endgültigen Erschließungsbeitrags⁵³⁶ verlangt werden, wenn ein Bauvorhaben auf dem Grundstück genehmigt wird oder wenn mit der Herstellung begonnen worden ist und die endgültige Herstellung der Erschließungsanlage innerhalb von vier Jahren zu erwarten ist. Die Vorschrift bietet eine unmittelbare Rechtsgrundlage für ein Vorausleistungsverlangen der Gemeinde; eine besondere satzungsrechtliche Bestimmung ist nicht erforderlich.⁵³⁷ Die Vorausleistungspflicht entsteht erst durch Erlass eines Vorausleistungsbescheids.⁵³⁸ Die festgesetzte Vorausleistung ist zur Anrechnung auf die später entstehende Erschließungsbeitragspflicht bestimmt, § 133 III S.2 BauGB. Schuldner der Vorausleistung kann daher

⁵³⁵ Rodewoldt, Das Kommunalabgabenverfahren, S.242; Manstein, MittRhNotK 1995, S.1 (12); so im Ergebnis auch Ernst, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 133, Rn.76; Schmittat, DNotZ, 1991, 288 (296).

⁵³⁶ A.A. Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 21, Rn.14 ff. und Thedieck, KStZ 1991, S.61 (65).

⁵³⁷ BVerwG, Urteil vom 16.9.1977, ZMR 1978, S.349 (350).

⁵³⁸ Thedieck, KStZ 1991, S.61.

nur der spätere Schuldner des endgültigen Beitrags sein.⁵³⁹ Die Erschließungsbeitragsforderung wird durch die Vorausleistung in entsprechender Höhe getilgt.⁵⁴⁰ Die Tilgung erfolgt ohne weiteren Verwaltungsakt im Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht für das entsprechende Grundstück.⁵⁴¹ Allerdings muss ein Beitragsbescheid nachfolgen, der festsetzt, in welcher Höhe die Beitragsforderung entstanden ist und in welcher Höhe diese Beitragsforderung getilgt wurde bzw. eine Überbezahlung vorliegt.⁵⁴² Die Vorausleistung nach § 133 III S.1 BauGB teilt den Rechtscharakter des Erschließungsbeitrags, ist also selbst eine besondere Form des Erschließungsbeitrags.⁵⁴³ Als Vorausleistung kann daher nur eine Geldzahlung verlangt werden⁵⁴⁴ und die festgesetzte Vorausleistungsforderung ruht gemäß § 134 II BauGB als öffentliche Last auf dem Grundstück.⁵⁴⁵ Hinsichtlich des persönlichen Schuldners und der Fälligkeit der Pflicht zur Vorausleistung gilt das Gleiche wie für die persönliche Beitragspflicht.⁵⁴⁶

Voraussetzung für das Verlangen einer Vorausleistung ist, dass die endgültige Beitragspflicht für die betreffende Erschließungsanlage noch nicht entstanden ist und die allgemeinen Voraussetzungen für die Erhebung eines Erschließungsbeitrags vorliegen, soweit sie nicht aufgrund des Charakters der Vorausleistung entbehrlich sind. Es muss daher eine gültige Beitragssatzung vorliegen und das vorausleistungspflichtige Grundstück dem Kreis der beitragspflichtigen Grundstücke i.S.d. § 133 I BauGB angehören. Nach ganz h.M. ist es hingegen nicht erforderlich, dass die Erschließungsanlage bereits der Öffentlichkeit gewidmet ist⁵⁴⁷ und dass die Anforderungen des § 125 I, II BauGB beachtet wurden.⁵⁴⁸ Daneben müssen die besonderen Voraussetzungen des § 133 III S.1 BauGB vorliegen, das heißt es muss eine der Varianten des § 133 III S.1 BauGB vorliegen und die endgültige Herstellung der Erschließungsanlage muss innerhalb von vier Jahren zu erwarten sein. Gemäß § 133 III S.1 Alt.1 BauGB kann eine Vorausleistung verlangt werden, wenn ein Bauvorhaben auf dem Grundstück genehmigt wurde

⁵³⁹ *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 133, Rn.65.

⁵⁴⁰ *BVerwG*, Urteil vom 26.1.1996, BWGZ 1996, S.574 (575).

⁵⁴¹ *BVerwG*, Urteil vom 5.9.1975, DÖV 1976, S.96 (97).

⁵⁴² *Thedieck*, KStZ 1991, S.61.

⁵⁴³ *Thedieck*, KStZ 1991, S.61.

⁵⁴⁴ A.A. *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 133, Rn.58.

⁵⁴⁵ *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 133, Rn.27.

⁵⁴⁶ Siehe oben, 2.Teil:C.I.2.c(1)(b), Seite 99.

⁵⁴⁷ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 21, Rn.31.

⁵⁴⁸ *BVerwG*, Urteil vom 21.10.1994, BVerwGE 97, 62 (67 f.); in beiden Fällen handelt es sich um ausräumbare Mängel, die einer (vorläufigen) Vorauszahlungserhebung nicht entgegenstehen, *Thedieck*, KStZ 1991, S.61 (62).

(„Genehmigungsalternative“). Unter Genehmigung ist dabei jede Maßnahme zu verstehen, die eine Bebauung bauaufsichtlich zur Ausführung freigibt.⁵⁴⁹ Gemäß § 133 III S.1 Alt.2 BauGB kann eine Vorausleistung verlangt werden, wenn mit der Herstellung der Erschließungsanlagen begonnen worden ist („Herstellungsalternative“). Auch das Verlangen einer Vorausleistung setzt einen besonderen Vorteil voraus, da es sich bei der Erhebung einer Vorausleistung mittels Vorausleistungsbescheid um eine Form der Beitragserhebung handelt. § 133 III S.1 BauGB geht davon aus, dass in den beiden genannten Alternativen ein besonderer Vorteil vorliegt, der die Heranziehung zu einer Vorausleistung rechtfertigt.⁵⁵⁰ § 133 III BauGB ist aufgrund des Vorteilsprinzips aber weiter verfassungskonform einzuschränken:⁵⁵¹ Im Fall der ersten Alternative muss ein zeitlicher Zusammenhang von Baugenehmigung und Vorausleistung bestehen; diese Grenze wird durch die Rechtsprechung jedoch sehr weit gezogen und ist erst im Falle einer Verwirkung überschritten.⁵⁵² Außerdem müssen das genehmigte Vorhaben und die geplante Erschließungsanlage zueinander in Beziehung stehen.⁵⁵³ Im Falle der zweiten Alternative ist unter Herstellung erst der Beginn von tatsächlichen, unmittelbar den Ausbau einer Erschließungsanlage betreffende Arbeiten zu verstehen.⁵⁵⁴ In beiden Varianten muss zudem die endgültige Herstellung der Erschließungsanlagen innerhalb von vier Jahren zu erwarten sein. Entscheidend ist nicht das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht innerhalb dieses Zeitraums, sondern der Abschluss der Kosten verursachenden Erschließungsmaßnahmen.⁵⁵⁵ Verschiebt sich die endgültige Herstellung nachträglich auf einen nicht mehr absehbaren Zeitpunkt, führt dies nicht zu einer rückwirkenden Rechtswidrigkeit des Vorausleistungsbescheids; allerdings besteht ein Vollzugshindernis, soweit eine Zahlung noch nicht erfolgt ist.⁵⁵⁶

Rückzahlungsansprüche ergeben sich, wenn der Tilgungszweck nicht mehr erreichbar ist, weil die sachliche Beitragsschuld nicht mehr entste-

⁵⁴⁹ *David*, NVwZ 1992, S.431 (435).

⁵⁵⁰ In der Literatur wird die Vermittlung eines besonderen Vorteils hinsichtlich der Herstellungsalternative zum Teil bezweifelt, vgl. insbesondere *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 21, Rn.14 ff.; auch hier entsteht dem Vorausleistungspflichtigen jedoch ein besonderer Vorteil, da die Gemeinde nach dem typischen Ablauf der Dinge nach Inangriffnahme der Herstellungsarbeiten die Erschließung insgesamt vollständig durchführen wird, *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 133, Rn.42a.

⁵⁵¹ *Thedieck*, KStZ 1991, S.61 (62).

⁵⁵² *BVerwG*, Urteil vom 31.1.1968, BVerwGE 29, 90 (92).

⁵⁵³ *BVerwG*, Urteil vom 31.1.1968, BVerwGE 29, 90 (93 f.).

⁵⁵⁴ *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 133, Rn.50.

⁵⁵⁵ *BVerwG*, Urteil vom 17.11.1995, NVwZ 1996, S.798 (799).

⁵⁵⁶ *BVerwG*, Urteil vom 4.4.1975, BVerwGE 48, 117 (121).

hen kann⁵⁵⁷ oder die geleistete Vorauszahlung die endgültige Beitragsforderung übersteigt⁵⁵⁸. Ein weiterer Rückzahlungsanspruch entsteht gemäß § 133 III S.3 BauGB, wenn die Beitragspflicht sechs Jahre nach Erlass des Vorausleistungsbescheids nicht entstanden ist. Dieser Anspruch ist gemäß § 133 III S.4 BauGB zu verzinsen.⁵⁵⁹ Gläubiger eines Rückzahlungsanspruchs ist in allen Fällen der Vorausleistende, auch wenn zwischenzeitlich ein Eigentümerwechsel stattgefunden hat.⁵⁶⁰ Ein Rückzahlungsanspruch ergibt sich nicht allein daraus, dass nach der Zahlung der Vorausleistung ein Eigentümerwechsel stattfindet. Die Vorausleistung wird nicht an den ursprünglichen Eigentümer zurückgezahlt, sondern mit der Beitragspflicht des neuen Eigentümers verrechnet, § 133 III S.2 BauGB.⁵⁶¹ Sind Vorausleistungen erbracht worden, müssen daher im Falle eines Eigentumswechsel die Parteien des zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts eine Regelung für die vorgenannte Konstellation treffen.

(b) Der Vorschuss aufgrund Vorschussbescheid

Gemäß Art.5 V S.5 BayKAG können Vorschüsse erhoben werden, wenn die Beitragspflicht bereits entstanden ist, die endgültige Beitragsschuld aber noch nicht berechnet werden kann. Eine solche Rechtsgrundlage enthält das BauGB nicht. Das Recht, eine Vorausleistung auf den Erschließungsbeitrag zu erheben, besteht gemäß § 133 III S.1 BauGB nur bis zum Entstehen der sachlichen Beitragspflicht. Das schließt aber nicht das Recht der Gemeinde aus, durch eine satzungsrechtliche Regelung eine Rechtsgrundlage zu schaffen, um nach Entstehen der sachlichen Beitragspflicht eine vorläufige Zahlung unter Anrechnung auf die Beitragsschuld (Vorschuss) zu fordern. Hiervon ist auch der *VGH München* vor Einführung des Art.5 V S.5 BayKAG im Anwendungsbereich

⁵⁵⁷ *BVerwG*, Urteil vom 13.8.1993, DVBI 1993, S.1367 (1369).

⁵⁵⁸ *BVerwG*, Urteil vom 16.8.1985, NJW 1986, S.1122 (1125).

⁵⁵⁹ Auf die anderen Rückzahlungsansprüche ist die Regelung des § 133 III S.4 BauGB zumindest mangels vergleichbarer Interessenlage nicht entsprechend anzuwenden, *Löhr*, in: *B/ K/ L*, BauGB, § 133, Rn.48; nach Ansicht des *OLG Karlsruhe* können sich aber Schadensersatzansprüche wegen Amtspflichtverletzung ergeben, wenn die Gemeinde erkennt, dass eine erhobene Vorausleistung die endgültige Beitragsschuld übersteigen wird und eine Rückzahlung verzögert, *OLG Karlsruhe*, Urteil vom 21.2.1996, DVBI 1996, S.1066 – diese Rechtsprechung dürfte entsprechend auf den Fall zu übertragen sein, dass die Gemeinde erkennt, dass eine sachliche Beitragspflicht überhaupt nicht mehr entstehen kann.

⁵⁶⁰ *BVerwG*, Urteil vom 24.1.1997, Buchholz 406.11 § 133 BauGB Nr.126, S.21 (24).

⁵⁶¹ Die Verrechnungsregel ist verfassungsrechtlich – insbesondere im Hinblick auf Art.14 I GG – unbedenklich, vgl. *Rinke*, KStZ 1992, S.100 (104).

des Art.5 BayKAG ausgegangen.⁵⁶² Diese Rechtsprechung lässt sich auf das BauGB übertragen. Eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage zum Erlass einer entsprechenden satzungsrechtlichen Bestimmung ist nach Ansicht des *BVerfG* nicht erforderlich, da im Rahmen der §§ 127 ff. BauGB von einer grundsätzlichen Regelungsbefugnis der Gemeinde auszugehen ist, soweit zwingende Vorschriften nicht entgegenstehen.⁵⁶³ Solche entgegenstehenden Vorschriften sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil: Die Gemeinde ist sogar berechtigt, bereits vor Entstehen der sachlichen Beitragspflicht Vorauszahlungen zu erheben und nach Entstehen der sachlichen Beitragspflicht Teilbeiträge durch Teilbeitragsbescheid zu erheben.⁵⁶⁴ Dies lässt den Gegenschluss zu, dass die Erhebung eines Vorschusses durch Vorschussbescheid aufgrund einer satzungsrechtlichen Bestimmung als geringerer Eingriff zulässig ist.⁵⁶⁵

(c) Die Abschnittsbildung (§ 130 II BauGB) und die Kostenspaltung (§ 127 III BauGB)

Gemäß § 130 II S.1 BauGB kann der beitragsfähige Erschließungsaufwand nicht nur für die gesamte Erschließungsanlage, sondern auch für bestimmte Abschnitte einer Erschließungsanlage ermittelt werden. Unter welchen Voraussetzungen eine Abschnittsbildung zulässig ist, wurde bereits erörtert.⁵⁶⁶ Hat die Gemeinde in zulässiger Weise einen Abschnitt gebildet, kann sie bereits vor der endgültigen Herstellung der gesamten Erschließungsanlage diesen Abschnitt getrennt abrechnen, soweit die Entstehungsvoraussetzungen der sachlichen Beitragspflicht gegeben sind. Der Unterschied zum gesetzlichen Regelfall (Abrechnung der gesamten Erschließungsanlage) besteht lediglich in einer anderen Aufwandsermittlung.

Gemäß § 127 III BauGB kann der Erschließungsbeitrag für den Grunderwerb, die Freilegung und für Teile der Erschließungsanlage selbstständig erhoben werden (Kostenspaltung). § 127 III BauGB eröffnet der Gemeinde die Möglichkeit, bereits für bestimmte Kosten Teilbeiträge zu erheben, wenn die Anlage insgesamt noch nicht endgültig hergestellt ist. Bei der Kostenspaltung gemäß § 127 III BauGB wird der Aufwand für eine oder mehrere Teileinrichtungen abgetrennt und auf alle von dieser Anlage erschlossenen Grundstücke verteilt. § 127 III BauGB erfasst somit nach gefestigter Rechtsprechung nur die Fälle einer sogenannten

⁵⁶² *VGH München*, Urteil vom 3.6.1983, NVwZ 1984, S.184 (185).

⁵⁶³ *BVerfG*, Beschluss vom 5.7.1972, BVerfGE 33, 265 (289 f.).

⁵⁶⁴ Siehe oben, 2.Teil:C.I.2.c(1)(b), Seite 99.

⁵⁶⁵ Vgl. *Jachmann*, Vereinbarungen über Erschließungsbeiträge im Rahmen von Grundstücksverträgen mit Gemeinden, S.78.

⁵⁶⁶ Siehe oben, 2.Teil:C.I.2.c(2)(c), Seite 85.

„Längsspaltung“.⁵⁶⁷ Es muss sich daher um solche Teileinrichtungen handeln, die für die gesamte Länge der Erschließungsanlage errichtet wurden, wie z.B. Fahrbahnen, Gehwege, Beleuchtungsanlagen, Straßenentwässerung.⁵⁶⁸ Die Kostenspaltung ist möglich, solange die Anlage insgesamt noch nicht endgültig hergestellt ist⁵⁶⁹ und auch noch Jahre nach Fertigstellung der Teileinrichtung⁵⁷⁰. Gemäß § 132 Nr.3 BauGB ist die Kostenspaltung in der Erschließungsbeitragssatzung zu regeln. Die Teilbeitragspflicht entsteht frühestens mit dem Ausspruch der Kostenspaltung⁵⁷¹ bzw. – soweit zeitlich nachfolgend – mit der endgültigen Herstellung der Teileinrichtung (§ 133 II S.1 HS 2 BauGB).⁵⁷² Es ist zulässig – und im Hinblick auf die Festsetzungsverjährung auch zweckmäßig – die Kostenspaltung in der Erschließungsbeitragssatzung nicht auszusprechen, sondern einen solchen Ausspruch lediglich als Möglichkeit vorzubehalten.⁵⁷³ Da bei der Kostenspaltung die Teilbeitragspflicht endgültig entsteht, müssen neben diesen besonderen Voraussetzungen der Kostenspaltung (Regelung in der Erschließungsbeitragssatzung, Ausspruch der Kostenspaltung, endgültige Herstellung der Teileinrichtung) auch die Entstehungsvoraussetzungen gegeben sein, die bei der Entstehung der Vollbeitragspflicht vorliegen müssen.⁵⁷⁴ Die Teilbeitrags-

⁵⁶⁷ *BVerwG*, Urteil vom 15.9.1978, BRS 37, S.74 (75 ff.).

⁵⁶⁸ *BVerwG*, Urteil vom 15.9.1978, *BVerwGE* 56, 238 (240); *Löhr*, in: *B/ K/ L*, BauGB, § 127, Rn.41; zu diesen Teileinrichtungen gehören z.B. nicht Stützmauern, *BVerwG*, Urteil vom 7.7.1989, *BVerwGE* 82, 215 (219 f.).

⁵⁶⁹ *BVerwG*, Urteil vom 14.6.1968, *DVBI* 1968, S.808 (809).

⁵⁷⁰ *BVerwG*, Urteil vom 21.9.1973, BRS 37, S.317 (320); *BVerwG*, Urteil vom 24.10.1972, BRS 37, S.290 (292); sie kann bis zum Abschluss der letzten mündlichen Verhandlung der letzten Tatsacheninstanz wirksam ausgesprochen werden, *Löhr*, in: *B/ K/ L*, BauGB, § 127, Rn.49.

⁵⁷¹ Der Ausspruch der Kostenspaltung muss eindeutig erfolgen, bedarf aber keiner erneuten Satzung, *BVerwG*, Urteil vom 10.2.1967, *BVerwGE* 26, 180 (181).

⁵⁷² *BVerwG*, Urteil vom 26.2.1993, *NVwZ* 1993, S.1205 (1206); *BVerwG*, Urteil vom 26.9.1983, *KStZ* 1984, S.89 (92).

⁵⁷³ In diesem Fall entsteht die Beitragspflicht erst mit dem Ausspruch der Kostenspaltung, *BVerwG*, Urteil vom 29.10.1969, *DVBI* 1970, S.834; *BVerwG*, Urteil vom 21.9.1973, BRS 37, S.317 (320) und auch die Festsetzungsverjährungsfrist beginnt erst in diesem Zeitpunkt zu laufen.

⁵⁷⁴ Demnach müssen die grundstücksbezogenen Voraussetzungen vorliegen, die Teileinrichtung muss den Erfordernissen des § 125 BauGB entsprechen und eine wirksame Erschließungsbeitragssatzung muss vorliegen; nach ganz einhelliger Auffassung in Literatur und Rechtsprechung muss die Anlage jedoch noch nicht als öffentliche Einrichtung gewidmet sein, da dies eine Kostenspaltung nach § 127 III BauGB unmöglich machen würde, *Fischer*, in: *Handbuch des öffentlichen Baurechts*, Kap. F, Rn.224; *Driehaus*, *Erschließungs- und Ausbaubeiträge*, § 20, Rn.17; *Löhr*, in: *B/ K/ L*, BauGB, § 127, Rn.44; a.A. nur *OVG Hamburg*, Beschluss vom 17.7.1992, *NVwZ-RR* 93, S.162.

pflicht entsteht nur einmal und in unveränderbarer Höhe.⁵⁷⁵ Solange eine Teilbeitragspflicht noch nicht entstanden ist, kann die Gemeinde den Kostenspaltungsbeschluss aufheben und den Aufwand im anschließenden Beitragsverfahren umlegen.⁵⁷⁶ Ist die Teilbeitragspflicht bereits entstanden, muss die Gemeinde bei Erlass des Teilbeitragsbescheids hinreichend deutlich zum Ausdruck bringen, dass eine Teileinrichtung i.S.d. § 127 III BauGB abgerechnet werden soll. Hat die Gemeinde im Wege der Kostenspaltung bereits Teileinrichtungen abgerechnet, kann ein ergänzender Erschließungsbeitragsbescheid nicht mehr ergehen.⁵⁷⁷

Bei der Abschnittsbildung wird der Erschließungsaufwand für alle Teileinrichtungen einschließlich der Grunderwerbs- und Freilegungskosten nur auf die von diesem Abschnitt der Anlage erschlossenen Grundstücke umgelegt. Es handelt sich der Sache nach um eine sogenannte „Querspaltung“ der Erschließungsanlage. Abschnittsbildung und Kostenspaltung führen zu einer vorzeitigen Beitragserhebung: Bei der Abschnittsbildung für den gebildeten Abschnitt, bei der Kostenspaltung hinsichtlich der abgespaltenen Kosten. Beide Instrumente können kombiniert werden, so dass innerhalb eines gebildeten Abschnitts eine Kostenspaltung vorgenommen wird, und die abgespaltenen Kosten auf die Abschnittsanlieger umgelegt werden.⁵⁷⁸ Beide Instrumente sind neben der Erhebung von Vorausleistungen die wichtigsten Mittel zur Milderung der Vorfinanzierungslast der Gemeinde.⁵⁷⁹ Vorausleistungen können auch erhoben werden, wenn eine Abschnittsbildung vorgenommen wurde oder wenn im Wege einer Kostenspaltung Teilbeträge abgerechnet wurden. Die Abschnittsbildung hat im Falle der Vorausleistungserhebung lediglich Einfluss auf die Höhe des voraussichtlich endgültigen Erschließungsbeitrags und somit auf die Höhe der Vorausleistung. Die Höhe ist hinsichtlich des Abschnitts, nicht hinsichtlich der gesamten Anlage zu ermitteln. Werden Teilbeiträge im Wege der Kostenspaltung geltend gemacht, können für die Herstellung der gesamten Anlage Vorausleistungen verlangt werden, soweit sie durch die Teilbeträge noch nicht abgedeckt worden sind.⁵⁸⁰

Abschnittsbildung, Kostenspaltung und Vorausleistungserhebung bezwecken zwar, die Gemeinde von ihrer Vorfinanzierungslast zu befreien. Die rechtliche Konstruktion, mit der dieses Ziel erreicht wird, ist jedoch

⁵⁷⁵ *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.497.

⁵⁷⁶ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 20, Rn.2.

⁵⁷⁷ *BVerwG*, Urteil vom 22.3.1974, BRS 37, S.70 (72); *BVerwG*, Urteil vom 22.6.1979, BRS 37, S.80 (81 f.); *VGH Mannheim*, Urteil vom 25.11.1986, VBIBW 1987, S.190.

⁵⁷⁸ *BVerwG*, Urteil vom 11.12.1970, KStZ 1972, S.12.

⁵⁷⁹ *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, §127, Rn.40.

⁵⁸⁰ *BVerwG*, Urteil vom 19.3.1983, DÖV 1982, S.992.

verschieden: Die Abschnittsbildung führt zu einer endgültigen Vorwegabrechnung der durch den Abschnitt erschlossenen Grundstücke. Die endgültige Herstellung der gesamten Erschließungsanlage berührt die sachliche Beitragspflicht nicht mehr. Entsprechendes gilt für die Kostenspaltung. Die für die abgespaltenen Kosten entstandene Teilbeitragspflicht wird durch die endgültige Herstellung der gesamten Anlagen nicht mehr berührt.⁵⁸¹ Etwas anderes gilt aber bei der Vorausleistung. Hier kommt es nicht zu einer endgültigen Vorwegabrechnung, sondern die Leistung erfolgt im Hinblick auf die künftige endgültige Beitragsschuld und ist mit dieser zu verrechnen.

(d) Die Billigkeitsregelungen, § 135 II bis VI BauGB

§ 135 II bis V BauGB gestatten es der Gemeinde ausnahmsweise, einzelnen Beitragspflichtigen in der Zahlungsweise oder der Höhe „entgegenzukommen“. § 135 II bis IV BauGB und § 135 VI BauGB i.V.m. Art.13 III BayKAG i.V.m. § 222 AO betreffen dabei nur die Zahlungsweise. Soweit die tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben sind, ist die Anordnung einer Ratenzahlung, einer Stundung oder einer Verrentung möglich. § 135 V S.1 BauGB enthält hingegen abschließend die Gründe, die das (gänzliche oder teilweise) Absehen von einer Beitragserhebung rechtfertigen.⁵⁸² Der Erlass aus Billigkeitsgründen kann nach (§ 135 V S.1 BauGB) oder vor (§ 135 V S.2 BauGB) Entstehen der Beitragspflicht erfolgen. Die Anwendung des § 135 V S.1 BauGB führt gerade nicht zur Finanzierung von Erschließungskosten, sondern zum Erlöschen der Beitragsforderung (Art.13 I Nr.2b BayKAG i.V.m. § 47 AO)⁵⁸³ und geht zu Lasten der Gemeinde; sie kann die erlassene Beitragsforderung nicht als Erschließungsaufwand auf die übrigen Beitragspflichtigen abwälzen.⁵⁸⁴

Gemäß § 135 V S.1 BauGB kann die Gemeinde von der Erhebung des Erschließungsbeitrags ganz oder zum Teil absehen, wenn dies im öffentlichen Interesse oder zur Vermeidung unbilliger Härten geboten ist. Die Freistellung kann auch für den Fall vorgesehen werden, dass die Beitragspflicht noch nicht entstanden ist, § 135 V S.2 BauGB. Fraglich ist, nach welchen Regeln die Entscheidung der Gemeinde gerichtlich zu prüfen ist. Bei § 135 V BauGB handelt es sich um eine sogenannte Koppelungsvorschrift, das heißt die Norm enthält auf der Tatbestandsseite unbestimmte Rechtsbegriffe (unbillige Härte, öffentliches Interesse) und auf der Rechtsfolgenseite eine Ermessensermächtigung.⁵⁸⁵ Grund-

⁵⁸¹ Siehe oben, 2.Teil:C.I.2.c(2)(c), Seite 107.

⁵⁸² *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 26, Rn.1.

⁵⁸³ *Gern*, KStZ 1985, S.81.

⁵⁸⁴ *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 135, Rn.18.

⁵⁸⁵ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7, Rn.48.

sätzlich ist jede Seite nach ihren Regeln zu behandeln⁵⁸⁶, das heißt die unbestimmten Rechtsbegriffe unterliegen grundsätzlich der vollen richterlichen Kontrolle, die Ermessensentscheidung wird hingegen lediglich auf Ermessensfehler geprüft (§ 115 VwGO). Dies nimmt die wohl h.M. auch für § 135 V BauGB an.⁵⁸⁷ Darüber hinaus geht das *BVerwG* davon aus, dass bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen der Billigkeitserlass grundsätzlich zu gewähren und nur ausnahmsweise bei gewichtigen Gründen zu versagen ist (intendiertes Ermessen).⁵⁸⁸

Was unter öffentlichem Interesse i.S.d. § 135 V S.1 BauGB zu verstehen ist, definiert das BauGB nicht. Es herrscht aber Einigkeit darüber, dass es sich um ein eigenes Interesse der Gemeinde handeln muss, das sich spezifisch auf die Nichterhebung des Erschließungsbeitrags bezieht.⁵⁸⁹ Ein solches Interesse kann z.B. angenommen werden, wenn die Ansiedlung eines Industrieunternehmens ermöglicht werden soll.⁵⁹⁰ Eine unbillige Härte kann sich aus sachlichen oder persönlichen Gründen ergeben. Eine persönliche Unbilligkeit der Beitragspflicht liegt vor, wenn der Beitragspflichtige die Beitragszahlung nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen nur bei Gefährdung seiner Existenz oder unter nicht zumutbaren Opfern erbringen kann.⁵⁹¹ Diese persönlichen Gründe werden in der Regel schon durch Zahlungsmodifikationen nach § 135 II bis IV BauGB ausgeräumt werden können.⁵⁹² Eine sachlich unbillige Härte liegt vor, wenn eine Beitragserhebung zu Ergebnissen führt, die der Gesetzgeber so nicht gewollt hat und im Wege von Billigkeitsmaßnahmen geregelt hätte.⁵⁹³ Dies wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn dem Beitragspflichtigen erheblich geringere Vorteile vermittelt werden, als den übrigen Beitragspflichtigen.⁵⁹⁴

⁵⁸⁶ *BVerwG*, Beschluss vom 14.11.1973, *BVerwGE* 46, 175 (176 f.).

⁵⁸⁷ *BVerwG*, Urteil vom 1.8.1986, *KStZ* 1987, S.31 (33); *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.602; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 26, Rn.37; *Löhr*, in: *B/ K/ L*, BauGB, § 135, Rn.24; a.A. *Ernst*, in: *E/ Z/ B/ K*, BauGB, § 135, Rn.8 mit Hinweis auf die Rechtsprechung zu § 131 I AO.

⁵⁸⁸ *BVerwG*, Urteil vom 1.8.1986, *KStZ* 1987, S.31 (33).

⁵⁸⁹ *Ernst*, in: *E/ Z/ B/ K*, BauGB, § 135, Rn.12; *Löhr*, in: *B/ K/ L*, BauGB, § 135, Rn.20; *Fischer*, in: *Handbuch des öffentlichen Baurechts*, Kap. F, Rn.473.

⁵⁹⁰ *BVerwG*, Urteil vom 31.3.1969, *ZMR* 1969, S.248; vgl. zu weiteren Fällen *Fischer*, in: *Handbuch des öffentlichen Baurechts*, Kap. F, Rn.473.

⁵⁹¹ *Ernst*, in: *E/ Z/ B/ K*, BauGB, § 135, Rn.10.

⁵⁹² *Löhr*, in: *B/ K/ L*, BauGB, § 135, Rn.6.

⁵⁹³ *Ernst*, in: *E/ Z/ B/ K*, BauGB, § 135, Rn.11.

⁵⁹⁴ Vgl. hierzu *Löhr*, in: *B/ K/ L*, BauGB, § 135, Rn.19 m.w.N.

II. Die Kostendeckung durch Abgabenerhebung nach BayKAG

Soweit das Erschließungsbeitragsrecht des BauGB keine abschließende Regelung enthält, bieten Art.5 I und Art.8 I BayKAG Ermächtigungsgrundlagen für den Erlass einer Abgabensatzung, um den Aufwand für die erstmalige Herstellung einer Erschließungsanlage im Sinne des § 123 II BauGB durch eine Abgabenerhebung zu decken. Die folgende Erörterung beschränkt sich auf die Darstellung der Abgabenerhebung für die erstmalige Herstellung der leitungsgebundenen gemeindlichen Wasserversorgungs- und Entwässerungsanlagen, da die Gemeinde regelmäßig nur insoweit zuständig ist.⁵⁹⁵

Anders als das Erschließungsbeitragsrecht des BauGB eröffnet das BayKAG den Gemeinden grundsätzlich die Möglichkeit, den anfallenden Investitionsaufwand durch Beitrags- oder Gebührenerhebung zu decken. Soweit die Gemeinde auf eine Beitragserhebung verzichtet und Gebühren erhebt, fallen die Anschaffungs- und Herstellungskosten in die für das Gebührenaufkommen ansatzfähigen Kosten, Art.8 III S.1 BayKAG. Geht es um die erstmalige Herstellung von Wasserversorgungs- und Entwässerungseinrichtungen, gelten für beide Abgabensarten allgemeine Grundsätze, die sich im wesentlichen mit den erschließungsbeitragsrechtlichen Grundsätzen decken. Die Grundzüge der Abgabenerhebung nach BayKAG und die Unterschiede zum Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB sollen im Folgenden näher dargestellt werden.

1. Die Grundzüge der Abgabenerhebung nach BayKAG

Ebenso wie im Rahmen des Erschließungsbeitragsrechts werden die Abgaben aufgrund einer gemeindlichen Satzung⁵⁹⁶ erhoben, um besondere Vorteile auszugleichen. Fraglich ist allerdings, ob ebenso wie im Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB eine Pflicht zur Abgabenerhebung besteht.

a. Die Abgabenerhebungspflicht und das Verhältnis von Beitrag, Gebühr und privatrechtlichem Entgelt

Anders als im Rahmen des bundesgesetzlichen Erschließungsbeitragsrechts steht es im Rahmen des BayKAG grundsätzlich im Ermessen der

⁵⁹⁵ Siehe oben, 1.Teil:C.II.2, Seite 28.

⁵⁹⁶ Das *Bayerische Staatsministerium des Inneren* hat Mustersatzungen für eine Beitrags- und Gebührensatzung zur Wasserabgabensatzung und zur Entwässerungs- und Fäkalschlammabfuhrsatzung veröffentlicht, MABI 1974, S.925, berichtigt in MABI 1975 S.64, zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 7.2.1997, AllMBl 1997, S.187; verwendet die Gemeinde die Mustersatzung, ohne von ihr abzuweichen, bedarf die gemeindliche Satzung gemäß Art.2 III BayKAG keiner rechtsaufsichtlichen Genehmigung.

Gemeinde, ob sie ihren Investitionsaufwand durch eine Abgabenerhebung (als Beitrag oder Gebühr) deckt (vgl. Art.5 I S.1 und Art.8 I S.1 BayKAG).⁵⁹⁷ Eine grundsätzliche Beitragserhebungspflicht besteht lediglich im Fall des Art.5 I S.3 BayKAG (Straßenausbau).⁵⁹⁸ Im Straßenausbaubeitragsrecht wird daher nur von einer Beitragserhebung abgesehen sein, wenn sich durch tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse eine Ausnahmesituation ergibt, die ein Abweichen von dem sich durch die Sollbestimmung⁵⁹⁹ ergebenden Regelfall der Beitragserhebung zulässt.

Daneben ergibt sich eine Abgabenerhebungspflicht für grundstückserschließende Maßnahmen aus Art.8 I S.2 BayKAG: Danach sollen Benutzungsgebühren erhoben werden, wenn und soweit eine Einrichtung überwiegend dem Vorteil einzelner Personen oder Personengruppen dient, sofern nicht ein privatrechtliches Entgelt gefordert wird. Ob die Gemeinde Benutzungsgebühren oder privatrechtliche Entgelte erhebt, hängt davon ab, ob sie das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet hat. Ist es öffentlich-rechtlich geregelt, kann ein privatrechtliches Entgelt nicht gefordert werden.⁶⁰⁰ In den häufigsten Fällen wird die Gemeinde gemäß Art.24 I Nr.2 BayGO in der Stammsatzung einen Anschluss- und Benutzungszwang der Einrichtung vorschreiben. Auch die Stammsatzungen der Wasserversorgungs- und Entwässerungseinrichtungen sehen die Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwanges vor.⁶⁰¹ Bei Abwasserbeseitigungsanlagen ergibt sich aus der Verpflichtung der Gemeinde zur zentralen Abwasserbeseitigung (§ 18a WHG, Art.41 b BayWG) sogar die Notwendigkeit eine solche Anordnung zu treffen.⁶⁰² Es ist umstritten, inwieweit in diesen Fällen noch die Möglichkeit besteht, das Benutzungsverhältnis privatrechtlich zu gestalten. Unstreitig dürfte sein, dass das Benutzungsverhältnis nur einheitlich privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgestaltet werden kann, eine Mischform aus systematischer Sicht nicht vertretbar

⁵⁹⁷ VGH München, Urteil vom 27.01.2000, BayVBI 2000, S.405.

⁵⁹⁸ Die Beitragserhebungspflicht ist hier deswegen gesetzlich angeordnet, weil für die Benutzung dieser Einrichtungen praktisch keine Gebühren erhoben werden können und daher auch keine weitere Möglichkeit besteht, den Investitionsaufwand durch Gebühren umzulegen, *Bauer/ Hub*, Kommunale Abgaben in Bayern, S.313, Fn.44.

⁵⁹⁹ „Soll“ bedeutet ein grundsätzliches „Muss“, *BVerwG*, Urteil vom 2.12.1959, DVBl 1960, S.252 (253).

⁶⁰⁰ *Schiedler/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.8 KAG, Erl.2.2.

⁶⁰¹ Vgl. § 5 WAS, § 5 EWS der Mustersatzung des *Bayerischen Staatsministeriums des Inneren*; die Anordnung ist gemäß Art.24 I Nr.2 BayGO grundsätzlich zulässig.

⁶⁰² *Masson/ Samper*, Bayerische Kommunalgesetze, Art.24 GO, Rn.26.

ist.⁶⁰³ Fraglich ist daher letztlich nur, ob der Anschluss- und Benutzungszwang und das übrige Nutzungsverhältnis aufteilbar sind. Nach einer Ansicht kann zwischen einem Zwangsverhältnis (die Anordnung des Anschluss- und Benutzungszwangs) und dem Nutzungsverhältnis als solchem unterschieden werden. Die Anordnung des Anschluss- und Benutzungszwanges ist danach gerade nicht Teil des Nutzungsverhältnisses, so dass auch bei dessen Anordnung das Nutzungsverhältnis privatrechtlich ausgestaltet werden könne.⁶⁰⁴ Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen: Der Anschluss- und Benutzungszwang ist Teil des zwischen der Gemeinde und dem Bürger bestehenden Nutzungsverhältnisses; der Zwang zur Nutzung enthält denknötwendig auch eine Nutzungsregelung. Dann ist für eine privatrechtliche Ausgestaltung der Nutzungsordnung kein Raum, da aufgrund des Anschluss- und Benutzungszwangs kein Gleichordnungsverhältnis besteht.⁶⁰⁵ Eine Aufspaltung in einen Begründungsakt und ein (privatrechtliches) Nutzungsverhältnis ist daher nicht möglich. Es kann somit festgehalten werden, dass die Gemeinde das Nutzungsverhältnis aufgrund des Anschluss- und Benutzungszwangs grundsätzlich nicht privatrechtlich regeln und somit auch keine privaten Entgelte erheben kann. Im Folgenden wird vom Regelfall – das heißt von der Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs und somit von einer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses – ausgegangen. Bei Wasserversorgungs- oder Entwässerungseinrichtungen handelt es sich um Anlagen i.S.d. Art.8 I S.2 BayKAG, da sie in erster Linie den angeschlossenen Personen Vorteile vermitteln. Die Gemeinden sind daher verpflichtet, für diese Anlagen Nutzungsgebühren zu erheben.

In den Gebührenaufwand ist gemäß Art.8 III BayKAG der Investitionsaufwand einzustellen, soweit eine Deckung durch eine Beitragserhebung nicht erfolgt ist. Dies bedeutet, dass die Gemeinde nur insoweit einen Ermessensspielraum hat, als es um die Frage geht, nach welcher Abgabenart (Gebühr oder Beitrag) sie ihren Investitionsaufwand deckt.⁶⁰⁶ Sie kann ihren Investitionsaufwand ausschließlich entweder durch Beiträge oder Nutzungsgebühren decken oder beide Abgabenarten kombinie-

⁶⁰³ *VGH München*, Urteil vom 27.5.1958, BayVBl 1958, S.281 (283); *VGH München*, Beschluss vom 15.1.1959, BayVBl 1959, S.30; *Masson/ Samper*, Bayerische Kommunalgesetze, Art.21 GO, Rn.24; *Schiedler/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.8 KAG, Erl.2.2.

⁶⁰⁴ *BGH*, Urteil vom 28.2.1991, NVwZ 1991, S.606 (607); *BGH*, Urteil vom 10.10.1991, NJW 1992, S.171 (172); ebenso *OVG Lüneburg*, Urteil vom 25.6.1997, KStZ 1998, S.154 (155).

⁶⁰⁵ *Hölzl/ Hien*, Gemeindeordnung, Art.21 GO, Anm.3a.

⁶⁰⁶ *Bauer/ Hub*, Kommunale Abgaben in Bayern, S.23.

ren.⁶⁰⁷ Dieses Ergebnis ergibt sich auch aus Art.62 II BayGO, der im Interesse der öffentlichen Haushaltswirtschaft die Vorrangigkeit der speziellen Entgelte gegenüber den allgemeinen Deckungsmitteln vorschreibt.⁶⁰⁸

b. Die Abgabensatzung

Gemäß Art.2 I S.1 BayKAG werden die Abgaben aufgrund einer besonderen Abgabensatzung erhoben. Die Vorschriften des BayKAG bilden für sich allein noch keine unmittelbare Rechtsgrundlage zur Erhebung von Beiträgen und Gebühren. Ermächtigungsgrundlagen zum Erlass von Abgabensatzungen finden sich in Art.3 bis 9 BayKAG. Erlass, Genehmigung und Bekanntmachung solcher Satzungen richten sich nach bayerischem Landesrecht.⁶⁰⁹

(1) Die rechtliche Funktion und der Inhalt

Gemäß Art.2 I S.2 BayKAG muss die Abgabensatzung die Schuldner, den Abgabentatbestand, den Maßstab, den Satz der Abgabe sowie die Entstehung und die Fälligkeit der Abgabenschuld bestimmen. Anders als im Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB ist die Abgabensatzung nicht nur Rechtsgrundlage der Abgabenerhebung und Entstehungsvoraussetzung der Abgabepflicht.⁶¹⁰ Die Abgabensatzung legt zudem auch den jeweiligen Abgabentatbestand im Sinne des § 38 AO fest. Das Erschließungsbeitragsrecht des BauGB regelt den Abgabentatbestand hingegen bereits gesetzlich in § 133 BauGB.⁶¹¹ Die Gemeinde ist bei der Festlegung des Tatbestands jedoch an die durch das Gesetz vorgegebenen Voraussetzungen gebunden.⁶¹² Fehlt nur eines der nach Art.2 I KAG zu regelnden Merkmale, ist die Satzung – anders als bei der Erschließungsbeitragssatzung⁶¹³ – insgesamt unwirksam⁶¹⁴ und der auf sie gestützte Abgabenbescheid wegen fehlender Rechtsgrundlage

⁶⁰⁷ *Bohley/ Foohs*, Handbuch des gemeindlichen Steuerrechts, Band I, 1.Halbband, Art.5 KAG, Erl.2.

⁶⁰⁸ *Grziwotz*, Baulanderschließung, S.294 f.

⁶⁰⁹ Zum Erlass kommunaler Satzungen vgl. wiederum: *Knemeyer*, Bayerisches Kommunalrecht, Rn.110.

⁶¹⁰ *Dietzel*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. G, Rn.13.

⁶¹¹ A.A. *Beushausen*, KStZ 1998, S.40 (44).

⁶¹² *Bauer/ Hub*, Kommunale Abgaben in Bayern, S.47.

⁶¹³ Siehe oben, 2.Teil:C.I.1.c(1), Seite 73.

⁶¹⁴ *VGH München*, Urteil vom 12.3.1982, BayVBI 1982, S.628 (629).

rechtswidrig. Eine Nichtigkeit des Bescheids gemäß Art.13 I Nr.3b BayKAG i.V.m. § 125 I AO liegt hingegen nicht vor.⁶¹⁵

In der Abgabensatzung müssen als Abgabenschuldner diejenigen Personen bestimmt werden, die die entstandenen Abgaben zu entrichten haben.⁶¹⁶ Im Falle einer Beitragserhebung nach Art.5 BayKAG sind dies gemäß Art.5 VI BayKAG zwingend die Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigten.⁶¹⁷ Bei einer Gebührensatzung ist Abgabenschuldner der Gebührenpflichtige. Dies ist, wer die öffentliche Einrichtung tatsächlich benutzt (Art.8 I, IV BayKAG).⁶¹⁸ Bei den grundstücksbezogenen Nutzungsgebühren steht es im Ermessen der Kommune, die Grundstückseigentümer oder die Verfügungs- bzw. Nutzungsberechtigten zu Benutzern und damit zu Gebührenschuldnern zu bestimmen.⁶¹⁹ Bei Versorgungseinrichtungen werden herkömmlich für die Wasserversorgung die Grundstückseigentümer als Benutzer in der Abgabensatzung bestimmt. Bei der Grundstücksentwässerung und der Abwasserbeseitigung werden satzungsgemäß zumeist Grundstückseigentümer oder Erbbauberechtigte als Benutzer bestimmt.⁶²⁰

Der Abgabenmaßstab ist derjenige Faktor, an Hand dessen das Ausmaß der Abgabenschuld bestimmt und zusammen mit dem Abgabensatz der geschuldete Betrag in konkreten Zahlen ermittelt werden kann.⁶²¹ Der Maßstab kann je nach Abgabe sehr unterschiedlich sein. Bei der Auswahl eines Maßstabs gelten die Grundsätze der Typengerechtigkeit.⁶²² Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Gemeinde nicht einen Wirklichkeits- sondern einen Wahrscheinlichkeitsmaßstab anlegt.⁶²³ Ein Wirklichkeitsmaßstab kommt von vorneherein nur dann in

⁶¹⁵ *Donhauser/ Hürholz/ Schwinghammer/ Peters*, Kommunalabgabenrecht in Bayern Band I, Art.2 KAG, Erl.2.

⁶¹⁶ *Oehler*, KAG, Art.2, Anm.3.1.

⁶¹⁷ Die Beschränkung auf diesen Personenkreis ist mit dem Gleichheitssatz vereinbar und verstößt auch nicht – soweit es um die Beitragspflicht nur der Eigentümer geht – gegen die Eigentumsgarantie, *BVerwG*, Beschluss vom 18.10.1977, *KStZ* 1978, S.52 (53); *BayVerfGH*, Entscheidung vom 25.3.1977, *BayVBI* 1977, S.400 (401); *BayVerfGH*, Entscheidung vom 4.11.1975, *BayVBI* 1977, S.241 (242).

⁶¹⁸ *Bauer/ Hub*, Kommunale Abgaben in Bayern, S.305.

⁶¹⁹ *Jessen*, Die Privatisierung der Abwasserbeseitigung aus gebührenrechtlicher Sicht, S.111.

⁶²⁰ *Bauer/ Hub*, Kommunale Abgaben in Bayern, S.306.

⁶²¹ *Donhauser/ Hürholz/ Schwinghammer/ Peters*, Kommunalabgabenrecht in Bayern Band I, Art.2 KAG, Erl.5.

⁶²² *BVerwG*, Urteil vom 14.4.1964, *BVerwGE* 26, 305 (312 f.); zum Grundsatz der Typengerechtigkeit oben, 2.Teil:A.III.3, Seite 60.

⁶²³ *BVerwG*, Urteil vom 26.1.1979, *NJW* 1980, S.72 (73).

Betracht, wenn die öffentliche Leistung gemessen werden kann; dies ist im Beitragsrecht nicht möglich, da kaum festgestellt werden kann, welche Vorteile für den Abgabenschuldner im Einzelfall jeweils bestehen.⁶²⁴ Im Falle einer Beitragserhebung nach Art.5 BayKAG hat sich der Maßstab an dem vermittelten grundstücksbezogenen Vorteil zu orientieren (Art.5 II S.1 BayKAG). Als Beitragsmaßstab können insbesondere die Art und das Maß der baulichen oder sonstigen Nutzung, die Grundstücksflächen oder eine Kombination aus beiden gewählt werden (Art.5 II S.2 BayKAG).⁶²⁵ Im Falle einer Gebührenerhebung für die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung oder kommunalen Eigentums hat sich die Gebühr nach dem Maß der Benutzung zu richten (Art.8 IV BayKAG). Zumindest bei der Wasserversorgung ist es hier technisch möglich, einen Wirklichkeitsmaßstab anzulegen (sogenannte Verbrauchsgebühr) und nur teilweise einen Wahrscheinlichkeitsmaßstab (sogenannte Grundgebühr).⁶²⁶ Art. 8 II S.2 BayKAG lässt ausdrücklich die Erhebung einer Grundgebühr zu. Mit der Grundgebühr werden die verbrauchsunabhängigen Kosten (z.B. die Abschreibungen vom Herstellungsaufwand) gedeckt. Bei der Entwässerung wird (neben der Grundgebühr) eine sogenannte Einleitungsgebühr erhoben. Sie wird aufgrund eines Wahrscheinlichkeitsmaßstabs ermittelt, da technische Messeinrichtungen zu Abwassermessung zu aufwändig sind; die Gebührenhöhe ergibt sich durch einen Vergleich mit der zugeführten Frischwassermenge.⁶²⁷

Der Abgabensatz ist ein Multiplikator (z.B. Geldbetrag, Prozentsatz) für den Maßstab, aus dem sich dann die Abgabenschuld ergibt.⁶²⁸ Bei Beiträgen und Gebühren ist die Gemeinde an die in Art.5 I und Art.8 II S.2 BayKAG geregelten Vorgaben gebunden; der Abgabensatz ist daher so zu bestimmen, dass eine Kostenüberdeckung unterbleibt. Ein erheblicher Ermessensspielraum wird daher regelmäßig nicht bestehen.⁶²⁹ Der Abgabensatz wird durch eine komplizierte Rechnung kalkuliert.⁶³⁰ Diese Kalkulation muss nicht in die Satzung eingehen. Sie kann jedoch Grund-

⁶²⁴ *Bohley/ Foohs*, Handbuch des gemeindlichen Steuerrechts, Band I, 1.Halbband, Teil IV, Frage 3, Erl.6.

⁶²⁵ Die Mustersatzungen des *Bayerischen Staatsministeriums des Inneren* sehen für die Beitragserhebung bei der Herstellung von Entwässerungs- und Wasserversorgungseinrichtungen einen Kombinationsmaßstab aus tatsächlicher oder zulässiger Geschossfläche und Grundstücksfläche vor.

⁶²⁶ Vgl. §§ 9, 10 BGS-WAS der Mustersatzung des *Bayerischen Staatsministeriums des Inneren* und *Bauer/ Hub*, Kommunale Abgaben in Bayern, S.318 f.

⁶²⁷ Vgl. § 10 II BGS-EWS Mustersatzung des *Bayerischen Staatsministerium des Inneren*.

⁶²⁸ *Oehler*, KAG, Art.2, Anm.3.4.

⁶²⁹ *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.2 KAG, Erl.2.1.4.

⁶³⁰ *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.5 KAG, Erl.5.

lage in einem späteren verwaltungsgerichtlichen Verfahren werden, wenn nachgewiesen werden soll, dass das Kostendeckungsprinzip beachtet wurde und sollte von daher zumindest aktenkundig gemacht werden.⁶³¹ Bei der Erhebung von Beiträgen wird der Beitragssatz errechnet, indem der umzulegende Investitionsaufwand durch die Summe der in der Satzung gewählten Maßstabseinheiten (z.B. Grundstücksflächen) der erschlossenen Grundstücke geteilt wird. Hat die Gemeinde einen Kombinationsmaßstab gewählt (z.B. Grundstücksfläche und Geschossfläche), ist vor der Division eine entsprechende Aufteilung des umzulegenden Investitionsaufwands durchzuführen.⁶³² Dem entsprechend errechnen sich bei der Erhebung von Gebühren die Gebührensätze. Der Gebührensatz ist so zu kalkulieren, dass die für einen Kalkulationszeitraum ermittelten Gesamtkosten (zu den auch angemessene Abschreibungen von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten zählen, Art.8 III S.1 BayKAG) durch das Gesamtgebührenaufkommen in diesem Zeitraum gedeckt werden.⁶³³

Die Regelung des Entstehungszeitpunkts der Abgabenschuld ist wichtig für die Feststellung des Abgabenschuldners und auch für den Ablauf der Festsetzungsverjährung (Art.13 I Nr.4b BayKAG i.V.m. § 170 AO). Der Fälligkeitstermin bestimmt, zu welchem Zeitpunkt die entstandene Abgabenschuld konkret erfüllt werden muss. Er kann frühestens auf den Zeitpunkt des Entstehens der Abgabe gelegt werden. In der Praxis wird er meist auf einen Zeitpunkt wenige Wochen nach der Zustellung des

⁶³¹ *Bauer/ Hub*, Kommunale Abgaben in Bayern, S.48; eine bei Satzungserlass fehlende Kalkulation macht die Satzung daher nicht unwirksam, spricht aber dem ersten Anschein nach für die Fehlerhaftigkeit des gewählten Abgabensatzes, *VGH München*, Urteil vom 10.9.1997, Az. 23 B 95.2144, zitiert nach juris; die Einhaltung des Kostendeckungsprinzips kann aber auch noch während des gerichtlichen Verfahrens durch eine geeignete Kalkulation nachgewiesen werden, *VGH München*, Urteil vom 17.6.1998, zitiert nach juris; a.A. *VGH Mannheim*, Normkontrollbeschluss vom 17.7.1984, VBIBW 1985, S.190 (193).

⁶³² Hat die Gemeinde einen Kombinationsmaßstab aus Grundstücks- und Geschossflächen im Verhältnis 40:60 gewählt, sind 40% des Investitionsaufwands durch die Summe der Grundstücksflächen und 60% des Investitionsaufwands durch die Summe der Geschossflächen der Grundstücke zu teilen; das Ergebnis sind die Beitragssätze je qm Grundstücksfläche bzw. Geschossfläche. Vgl. die Rechenbeispiele bei *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.5 KAG, Erl.5. und *Donhauser/ Hürholz/ Schwinghammer/ Peters*, Kommunalabgaben in Bayern, Band I, Anlage 1 zu Art.5 KAG, Erl.6.

⁶³³ *Donhauser/ Hürholz/ Schwinghammer/ Peters*, Kommunalabgabenrecht in Bayern Band I, Art.8 KAG, Erl.5; *Bauer/ Hub*, Kommunale Abgaben in Bayern, S.306 f.

Abgabenbescheids festgesetzt.⁶³⁴ Ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit beginnt die Frist für die Zahlungsverjährung zu laufen (§§ 228 f. AO).

(2) Der Zeitpunkt des Vorliegens einer wirksamen Abgabensatzung

Gemäß Art.5 VIII BayKAG ist eine Beitragserhebung für Einrichtungen zulässig, die vor Inkrafttreten der Abgabensatzung hergestellt, angeschafft, erweitert oder verbessert wurden. Die Vorschrift zeigt, dass eine wirksamen Abgabensatzung den übrigen Entstehungsvoraussetzungen der Beitragspflicht gleichwertig ist. Es besteht somit grundsätzlich kein Bedürfnis, eine Satzung, die eine unwirksame Satzung ersetzen soll, mit Rückwirkung auszustatten. Die Grundsätze, die das *BVerwG* im Bereich des Erschließungsbeitragsrechts nach BauGB zur Heilung rechtswidriger Beitragsbescheide entwickelt hat, können sich entsprechend übertragen lassen.

Hinsichtlich der leitungsgebundenen Anlagen hatte sich der *VGH München* bisher diesen Grundsätzen des *BVerwG* jedoch nicht angeschlossen. Der *VGH München* war nicht der Ansicht, dass der Erlass einer Abgabensatzung ohne Rückwirkungsanordnung bereits ergangene Abgabenbescheide mit Wirkung ex nunc heilt. Diese abweichende Auffassung begründete er insbesondere mit den strukturellen Unterschieden zwischen Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB und dem Abgabenrecht nach BayKAG. Nach Ansicht des *VGH München* war eine Heilung der rechtswidrigen Bescheide nur dann möglich, wenn die spätere Satzung rückwirkend erlassen wurde und die Rückwirkung bis zum Erlass des (angefochtenen) Bescheids zurückreichte.⁶³⁵ War die neue Abgabensatzung hingegen nicht mit einer Rückwirkung ausgestattet, bedurfte es des Erlasses eines neuen Abgabenbescheids.⁶³⁶ Diese Rechtsprechung hat der *VGH München* jetzt ausdrücklich aufgegeben und sich der Rechtsprechung des *BVerwG* angeschlossen; strukturelle Unterschiede zwischen Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB und BayKAG vermag der *VGH München* jetzt nicht mehr zu erkennen.⁶³⁷ Auch bei der erstmaligen Herstellung leitungsgebundener Einrichtungen gilt daher: Beitragsbescheide, die mangels wirksamer Beitragssatzung rechtswidrig sind, können durch Erlass einer wirksamen Beitragssatzung ohne Rückwirkungsanordnung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geheilt werden. Die Festsetzungsverjährung beginnt in diesem Fall gemäß Art.13 I Nr.4b

⁶³⁴ *Donhauser/ Hürholz/ Schwinghammer/ Peters*, Kommunalabgabenrecht in Bayern Band I, Art.2 KAG, Erl.8.

⁶³⁵ *VGH München*, Urteil vom 8.5.1992, BayVBl 1992, S.592 (593); *VGH München*, Urteil vom 12.3.1982, BayVBl 1982, S.628 (629).

⁶³⁶ *Oehler*, KAG, Art.2, Anm.6.2.1.

⁶³⁷ *VGH München*, Urteil vom 6.4.2000, Az. 23 CS 99.3727 zitiert nach juris.

cc) Spiegelstrich 2 BayKAG mit Ablauf des Kalenderjahres zu laufen, in dem die gültige Satzung bekanntgemacht worden ist.

Anders als im Beitragsrecht entsteht die sachliche Gebührenpflicht unabhängig von der Wirksamkeit der Gebührensatzung. Sind Gebührenbescheide aufgrund einer unwirksamen Gebührensatzung ergangen, liegt ein abgeschlossener Tatbestand vor, da Gebühren ein Entgelt für eine zeitlich und nach ihrem Umfang begrenzte Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtung darstellen.⁶³⁸ Soll im Gebührenrecht eine Satzung rückwirkend ersetzt werden, handelt es sich deswegen um einen Fall der echten Rückwirkung. Eine belastende Rückwirkung ist jedoch zulässig, soweit der ursprüngliche satzungsrechtliche Gebührenmaßstab unwirksam war. In einem solchen Fall ist nach der Rechtsprechung des *BVerfG* auch eine echte Rückwirkung ausnahmsweise zulässig.⁶³⁹

c. Das Vorteilsprinzip im BayKAG

Anders als der Bundesgesetzgeber hat der bayerische Landesgesetzgeber das Vorteilsprinzip ausdrücklich normiert: Beiträge nach Art.5 I BayKAG dürfen nur von den Grundstückseigentümern und Erbbauberechtigten erhoben werden, denen die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Einrichtung besondere Vorteile bietet. Der beitragsrechtliche Vorteilsbegriff des Art.5 I BayKAG stimmt mit dem des Erschließungsbeitragsrechts nach BauGB überein.⁶⁴⁰ Ebenso bestimmt Art.8 I S.2 BayKAG, dass Benutzungsgebühren erhoben werden sollen, soweit eine Einrichtung überwiegend dem Vorteil einzelner Personen oder Personengruppen dient.

Das Vorteilsprinzip hat im Rahmen der Beitragserhebung insbesondere Bedeutung bei der Festlegung der beitragsfähigen öffentlichen Einrichtungen und bei der Verteilung des umlagefähigen Aufwands durch die Verteilungsregelung der gemeindlichen Beitragssatzung. Zum einen sind alle Grundstücke in die Verteilung einzubeziehen, denen die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Anlage einen besonderen Vorteil bietet. Der Vorteil hat außerdem – in Verbindung mit dem Äquivalenzprinzip – eine Bedeutung für die Höhe des Beitrags, da sich gemäß Art.5 II S.1 BayKAG die Höhe des Beitrags an dem Maß des vermittelten Vorteils zu orientieren hat. Daneben ist das Vorteilsprinzip von Bedeutung für die Bemessung der Eigenbeteiligung der Gemeinde, Art.5 III BayKAG.

⁶³⁸ Quaas, Kommunales Abgabenrecht, Rn.24.

⁶³⁹ *BVerfG*, Urteil vom 19.12.1961, *BVerfGE* 13, 261 (272).

⁶⁴⁰ *Driehaus*, *ZMR* 1996, 462 (463).

Im Gegensatz zu Beiträgen genügt für die Erhebung von Benutzungsgebühren nicht die Möglichkeit einer Inanspruchnahme der Einrichtung. Die öffentliche Einrichtung muss tatsächlich benutzt werden. Der Vorteil besteht somit in der tatsächlichen Nutzung der öffentlichen Einrichtung. Die Anordnung des Anschluss- und Benutzungszwangs für sich allein genügt hingegen nicht.⁶⁴¹ Normalerweise wird bei leitungsgebundenen Einrichtungen mit dem Vorhandensein der Leitung auch die tatsächliche Nutzung einhergehen. Das Vorteilsprinzip hat hier insbesondere in Verbindung mit dem Äquivalenzprinzip eine Bedeutung bei der Bemessung der Höhe der Gebühr. Art.8 II bis IV BayKAG gewährleisten eine vorteilsäquivalente Gebühr.

2. Die Kostendeckung durch Beitragserhebung

Die systematische Aufteilung in Aufwendungs-, Verteilungs- und Heranziehungsphase gilt auch im Rahmen des Art.5 BayKAG und somit ebenfalls für eine Beitragserhebung für die erstmalige Herstellung von Wasserversorgungs- und Entwässerungseinrichtungen.

a. Die Aufwendungsphase

In der Aufwendungsphase wird der für die Herstellung einer beitragsfähigen öffentlichen Einrichtung entstehende Investitionsaufwand (Art.5 I S.1 und 2 BayKAG) errechnet.

(1) Die Beitragsfähigkeit von Wasserversorgungs- und Entwässerungseinrichtungen

Zum Kreis der beitragsfähigen öffentlichen Einrichtungen gehören nur diejenigen Einrichtungen, die überhaupt geeignet sind, einen besonderen Vorteil zu vermitteln. Anders als im Rahmen des BauGB zählt das BayKAG keine Einrichtungen auf, bei denen ein solcher besonderer Vorteil zu vermuten ist. Es handelt sich um einen ausfüllungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriff.⁶⁴² Nach Ansicht des *VGH München* kann dieser besondere Vorteil, den die jeweilige Einrichtung vermittelt, in der Erschließung des Grundstücks, in der Erhöhung des Gebrauchswerts des Grundstücks, seiner Nutzbarkeit, in der Steigerung des Grundstückswerts, und damit zugleich in der höheren Belastbarkeit sowie schließlich in der Ersparnis von Eigenaufwendungen liegen.⁶⁴³ Bei den Wasserversorgungs- und Entwässerungseinrichtungen handelt es sich um Erschließungsanlagen im Sinne des § 123 II BauGB. Der Anschluss

⁶⁴¹ *Bauer/ Hub*, Kommunale Abgaben in Bayern, S.299; *Bohley/ Foohs*, Handbuch des gemeindlichen Steuerrechts, Band I, 1.Halbband, III, Frage 3c, Erl. 10.

⁶⁴² *Dietzel*, LKV 1992, S.330.

⁶⁴³ *VGH München*, Beschluss vom 19.12.1979, BayVBl 1980, S.469 (471).

eines Grundstücks an diese Einrichtungen macht das Grundstück häufig erst baulich nutzbar im Sinne der §§ 30 ff. BauGB. Der besondere Vorteil dieser Einrichtungen liegt daher in der Ermöglichung der baulichen oder gewerblichen Nutzung des Baulandes, so dass der besondere Vorteil in der Gewährleistung der Baulandqualität besteht.⁶⁴⁴

Fraglich ist, was unter einer Wasserversorgungs- bzw. Entwässerungseinrichtung zu verstehen ist. In Rechtsprechung und Literatur werden die Begriffe Einrichtung und Anlage häufig nebeneinander gebraucht. Bei dem Begriff der Anlage handelt es sich um einen rein technischen Begriff. Eine Anlage liegt vor, wenn unter baulichen Gesichtspunkten ein in sich geschlossenes System besteht.⁶⁴⁵ Der Begriff der Einrichtung ist hingegen rechtlich geprägt und umfasst das wirtschaftlich und organisatorisch einheitliche Unternehmen, für das die Gemeinde den in der Satzung festgelegten einheitlichen Abgabensatz erhebt.⁶⁴⁶ Die Wasserversorgungs- bzw. Entwässerungseinrichtung umfasst somit sämtliche der Hoheit der Gemeinde unterliegenden Anlagen und Anlagenteile, die dem gemeinsamen Zweck der Wasserversorgung oder Entwässerung dienen, also die Gesamtanlage (z.B. auch Klärwerk, Pumpstationen usw.).⁶⁴⁷ Sie kann aus mehreren Anlagen bestehen und ist insbesondere nicht identisch mit den vor den einzelnen Grundstücken hergestellten Kanalisationsrohren und Anschlussleitungen.⁶⁴⁸ In den meisten Fällen wird sie jedoch aus einer technisch einheitlichen Anlage bestehen. Eine solche liegt vor, wenn sie auch nach einer Trennung gemeinsame Teile enthält (z.B. eine gemeinsame Kläranlage⁶⁴⁹).⁶⁵⁰ Besteht die Einrichtung aus einer Anlage, ist die Gemeinde nicht berechtigt, eine Trennung in mehrere rechtliche Einrichtungen vorzunehmen. Das hat sich bereits aus der bisherigen Fassung des Art.5 I BayKAG ergeben⁶⁵¹ und wird jetzt in Art.5 I S.5 BayKAG⁶⁵² klargestellt. Eine Abrechnung in bestimmten Abschnitten oder Teilgebieten ist somit unzulässig.

⁶⁴⁴ *VGH Mannheim*, Urteil vom 12.12.1985, VBIBW 1986, S.142 (143); *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.104.

⁶⁴⁵ *Merk*, Legislative und judikative Einflussnahme, S.18.

⁶⁴⁶ *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.93.

⁶⁴⁷ *Grziwotz*, Baulanderschließung, S.298; *Bauer/ Hub*, Kommunale Abgaben in Bayern, S.268.

⁶⁴⁸ *Bauer/ Hub*, Kommunale Abgaben in Bayern, S.268.

⁶⁴⁹ *VGH München*, Urteil vom 3.2.1984, KStZ 1984, S.137.

⁶⁵⁰ *Masson/ Samper*, Bayerische Kommunalgesetze, Art.21 GO, Rn.32.

⁶⁵¹ *VGH München*, Urteil vom 3.12.1975, KStZ 1976, S.58 (59); *Masson/ Samper*, Bayerische Kommunalgesetze, Art.21 GO, Rn.32.

⁶⁵² Eingeführt durch Gesetz vom 9.6.1998, in Kraft getreten am 1.1.1999.

Art.21 II BayGO regelt demgegenüber den Fall, dass die gemeindliche Einrichtung aus mehreren technisch selbstständigen Anlagen besteht, die demselben Zweck dienen (z.B. zwei technisch selbstständige Entwässerungseinrichtungen oder Wasserversorgungssysteme). Gemäß Art.21 II BayGO können mehrere technisch selbstständige Anlagen, die demselben Zweck dienen, in rechtlicher Hinsicht jeweils selbstständige Einrichtungen bilden, wenn die Gemeinde eine entsprechende satzungsrechtliche Regelung trifft. Art.21 II BayGO betrifft vor allem leitungsgebundene Einrichtungen der Wasserversorgung und Entwässerung.⁶⁵³ Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber auf die Rechtsprechung des *VGH München* reagiert: Bis dahin hatte der *VGH München* geurteilt, dass mehrere technisch getrennt arbeitende Anlagen in einer Gemeinde als eine öffentliche Einrichtung zu behandeln seien.⁶⁵⁴ Hieran änderte dem Grunde nach auch die daraufhin erfolgte Rechtsänderung vom 21.11.1985 (GVBl S.677) nichts, da der *VGH München* die damalige Fassung des Art.21 II BayGO⁶⁵⁵ so eng auslegte, dass es bei der bisherigen Rechtslage blieb.⁶⁵⁶ Das hatte Auswirkungen auf die Beitrags- und Gebührenerhebung, da für mehrere technisch getrennte Anlagen eine gemeinsame Aufwandsermittlung und Beitragserhebung durchzuführen war und innerhalb der Beitragsberechnung eine Abgabenstufung nur unter engen Voraussetzungen zulässig war.⁶⁵⁷ Art.21 II BayGO wurde daraufhin durch Gesetz vom 10.3.1992 (GVBl S.26) erneut geändert. Die aktuelle Fassung der Vorschrift führt jetzt dazu, dass technisch getrennte Anlagen auch rechtlich getrennt behandelt werden dürfen. Fasst die Gemeinde einen entsprechenden satzungsrechtlichen Beschluss, sind die verschiedenen Anlagen unabhängig voneinander abzurechnen, was zu einer unterschiedlichen Gebühren- bzw. Beitragsbelastung führen kann. Hierin dürfte kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz bestehen, da bei technisch getrennten Anlagen ein sachlicher Grund die unterschiedliche Abgabengestaltung rechtfertigen kann.⁶⁵⁸ Bei der Entscheidung für eine getrennte rechtliche Behandlung technisch selbstständiger Anlagen hat die Gemeinde im Einzelfall jedoch den Gleich-

⁶⁵³ *Masson/ Samper*, Bayerische Kommunalgesetze, Art.21 GO, Rn.31.

⁶⁵⁴ *VGH München*, Urteil vom 18.7.1986, BayVBl 1987, S.115; *VGH München*, Beschluss vom 9.1.1985, BayVBl 1985, S.342; *VGH München*, Urteil vom 7.5.1982, BayVBl 1983, S.305; andere Ansicht noch *VGH München*, Beschluss vom 24.5.1971, BayVBl 1972, S.46 (47).

⁶⁵⁵ Danach konnten mehrere Einrichtungen rechtlich selbstständig behandelt werden, wenn dies „im Hinblick auf die örtlichen Gegebenheit für sachgerecht“ zu halten war.

⁶⁵⁶ *VGH München*, vom 1.9.1988, BayVBl 1989, S.241 (243 f.).

⁶⁵⁷ *Hölzl/ Hien*, Gemeindeordnung, Art.21 GO, Anm.7.

⁶⁵⁸ *Hölzl/ Hien*, Gemeindeordnung, Art.21 GO, Anm.7.

heitssatz zu beachten. Es ist somit festzuhalten: Werden⁶⁵⁹ in einer Gemeinde mehrere technisch selbstständige Einrichtungen hergestellt, kann unter Einrichtung i.S.d. Art.5 I BayKAG auch eine technisch selbstständige Anlage fallen, wenn die Gemeinde eine entsprechende satzungsrechtliche Entscheidung getroffen hat. Hat sie eine solche Entscheidung nicht getroffen (vgl. Art.21 II S.2 HS 2 BayGO) oder ist die Entscheidung wegen Verstoßes gegen Art.3 GG ausnahmsweise unwirksam, ist für die technisch selbstständigen Anlagen eine gemeinsame Aufwandsermittlung und Beitragserhebung nach Art.5 I BayKAG durchzuführen. In diesem Fall sind die technisch getrennten Anlagen auch in gebührenrechtlicher Hinsicht als eine Einrichtung zu behandeln.⁶⁶⁰

Die öffentliche Wasserversorgungs- oder Entwässerungseinrichtung wird durch die Grundstücksanschlussleitung mit dem zu erschließenden Grundstück verbunden. Diese Leitung befindet sich teils im öffentlichen, teils im privaten Grund (sogenannter Hausanschluss⁶⁶¹).⁶⁶² Soweit sich die Grundstücksanschlussleitung auf privatem Grund befindet, kann die Gemeinde sie in abgabenrechtlicher Hinsicht zum Teil der öffentlichen Einrichtung machen oder nicht. Im ersten Fall ist der Hausanschluss in abgabenrechtlicher Hinsicht Teil der öffentlichen Einrichtung und die Gemeinde kann ihren Aufwand nach Art.5 bzw. 8 BayKAG refinanzieren. Im zweiten Fall ist der Hausanschluss in abgabenrechtlicher Hinsicht nicht Teil der öffentlichen Einrichtung und der Gemeinde steht ein Erstattungsanspruch nach Art.9 BayKAG zu. Der Teil des Grundstücksanschlusses, der im öffentlichen Grund liegt, gehört in abgabenrechtlicher Hinsicht stets zur öffentlichen Einrichtung.⁶⁶³ Art.9 BayKAG findet somit nur bei dem sogenannten Hausanschluss Anwendung. Bei der Herstellung des Hausanschlusses handelt es sich nicht um Erschließung im Sinne des § 123 BauGB, da es sich um eine Maßnahme auf dem Grundstück selbst handelt.⁶⁶⁴ Eine nähere ~~Betrachtung des Art.9~~ BayKAG bleibt hier daher dahingestellt. Soweit

⁶⁵⁹ Der *VGH München* nimmt an, dass die Gemeinden von der Möglichkeit des Art.21 GO Gebrauch machen können, auch wenn bereits vor Inkrafttreten der Neufassung eine – nach damaliger Rechtslage – rechtlich einheitliche Anlage errichtet worden ist, *VGH München*, Urteil vom 11.9.1997, Az. 23 N 95.2627, zitiert nach juris, *VGH München*, Urteil vom 10.12.1996, BayVBI 1997, S.693; diese Ansicht ist jedoch aus rechtsstaatlichen und abgabenrechtlichen Gesichtspunkten abzulehnen, *Schieder/ Weber*, BayVBI 1992, S.265 (266).

⁶⁶⁰ *VGH Kassel*, Beschluss vom 15.5.1997, NVwZ-RR, 1999, S.202 (203).

⁶⁶¹ *Bohley/ Foohs*, Handbuch des gemeindlichen Steuerrechts, Band I, 1.Halbband, Teil III, Frage 15, Erl.2.1.; vgl. zur uneinheitlichen Terminologie, *Schieder/ Happ*, KAG, Art.9, Anm.1.1.

⁶⁶² *Bayerisches Staatsministerium des Inneren*, Bekanntmachung vom 29.7.1974, MABI 1974, S.551 (553).

⁶⁶³ *VGH München*, Urteil vom 22.6.1999, BayVBI 2000, S.181 (182); *Oehler*, KAG, Art.9, Anm. 1.1.

⁶⁶⁴ *Ludyga/ Steiner*, Erschließungsbeitrag nach dem BauGB, § 123, Rn.16.

Art.9 BayKAG bleibt hier daher dahingestellt. Soweit der Grundstücksanschluss sich im öffentlichen Grund befindet, ist er Teil der Erschließungsanlage und der öffentlichen Einrichtung.

(2) Der beitragsfähige Investitionsaufwand

Gemäß Art.5 I S.1 BayKAG kann die Gemeinde für die Herstellung und Anschaffung leitungsgebundener Versorgungseinrichtungen ihren Aufwand durch Beiträge decken. Unter Herstellung und Anschaffung sind diejenigen Investitionsmaßnahmen zu verstehen, mit denen eine Kommune eine Einrichtung entweder selbst errichtet oder durch einen Erwerbsvorgang in ihre Verfügungsgewalt übernimmt. Zu diesen Maßnahmen gehören auch die an private Dritte gezahlten Entgelte, die die Gemeinde zur Erfüllung ihrer Aufgabe einschaltet. Dieses Entgelt stellt für die Gemeinde einen Investitions- oder Gebührenaufwand dar, den sie auf die Abgabepflichtigen durch Beitrags- und/oder Gebührenerhebung umlegt.⁶⁶⁵ Diesen Aufwand nennt Art.5 I S.1 BayKAG „Investitionsaufwand“, ohne näher zu bestimmen, was im Einzelnen diesem Investitionsaufwand zuzurechnen ist. Da zwischen Erschließungsbeitrag nach BauGB und Herstellungsbeitrag nach Art.5 BayKAG jedoch kein grundlegender Unterschied besteht, können die für das Erschließungsbeitragsrecht in §§ 128 I, 129 I S.1 BauGB genannten Aspekte in das Beitragsrecht nach BayKAG übernommen werden.⁶⁶⁶ Sachleistungen, die der Gemeinde unentgeltlich überlassen worden sind, gehören nicht zum Investitionsaufwand.⁶⁶⁷ Der Investitionsaufwand umfasst neben den Herstellungs- und Übernahmekosten auch die Kosten für Erwerb und Freilegung der Flächen für die leitungsgebundenen Versorgungsanlagen, soweit eine anlagen- und kostenbezogene Erforderlichkeit gegeben ist.⁶⁶⁸ Insbesondere bei Fehlplanungen, die eine Überkapazität zur Folge haben, kann der Grundsatz der Erforderlichkeit zu einer Begrenzung des beitragsfähigen Aufwands führen; eine solche Beschränkung gebietet in

⁶⁶⁵ *VGH Kassel*, Beschluss vom 28.3.1996, DVBl 1996, S.1066; *OVG Münster*, Urteil vom 15.12.1994, NVwZ 1995, S.1238 (1239); insbesondere bei der Errichtung und dem Betrieb von Wasserversorgungs- und Entwässerungseinrichtungen greifen die Gemeinden vermehrt auf die Möglichkeit einer „funktionalen Privatisierung“ zurück, vgl. hierzu ausführlich *Jessen*, Die Privatisierung der Abwasserbeseitigung aus gebührenrechtlicher Sicht; *Brüning*, Der Private bei der Erledigung kommunaler Aufgaben – insbesondere der Abwasserbeseitigung und der Wasserversorgung.

⁶⁶⁶ *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.5 KAG, Erl.2.3.1. und Erl.2.3.2; vgl. daher im einzelnen oben, 2.Teil:C.I.2.a(2), Seite 81 und 2.Teil:C.I.2.a(3), Seite 82.

⁶⁶⁷ *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.5 KAG, Erl.2.3.1. und Erl.2.3.1.

⁶⁶⁸ *Bauer/ Hub*, Kommunale Abgaben in Bayern, S.271.

diesem Fall der sich aus Art.5 I-III BayKAG ergebende verfassungsrechtliche Grundsatz der Äquivalenz.⁶⁶⁹ Entsprechend der weiten Interpretation des Äquivalenzprinzips durch das *BVerwG*⁶⁷⁰ nimmt auch der *VGH München* nur in extremen Fällen eine Verletzung dieses Grundsatzes an.⁶⁷¹

(3) Die Ermittlung des beitragsfähigen Investitionsaufwands

Anders als das Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB in § 130 BauGB schreibt das BayKAG nicht vor, auf welche Art der Investitionsaufwand zu ermitteln ist. Aus dem Gesetz ergibt sich lediglich, dass nicht mehr als der entstandene Aufwand gedeckt werden darf (Kostendeckungsprinzip als Obergrenze⁶⁷²). In der Praxis⁶⁷³ war der Investitionsaufwand bisher regelmäßig nach den Grundsätzen der Globalkalkulation ermittelt worden. Art.5 I S.4 BayKAG⁶⁷⁴ bestimmt jetzt, dass bei der Ermittlung der Beiträge für die Herstellung und Anschaffung leitungsgebundener Einrichtungen der durchschnittliche Investitionsaufwand für die gesamte Einrichtung veranschlagt werden kann (sog. Rechnungsperiodenkalkulation). Da es sich um keine zwingende Anordnung handelt, ist eine Ermittlung des Investitionsaufwands nach der Globalkalkulation unverändert zulässig.

Anders als im Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB ist im Rahmen des BayKAG grundsätzlich die gesamte Einrichtung Gegenstand der Beitragserhebung, nicht lediglich eine einzelne Teilstrecke. Regelmäßig ist zu erwarten, dass die Einrichtung auf weitere Gemeindegebiete ausgedehnt wird. Zu einer gleichmäßigen Verteilung des Investitionsaufwands der Einrichtung auf alle gegenwärtigen und künftigen Benutzer kommt man daher nur, wenn diese zukünftige Entwicklung berücksichtigt wird. Im Rahmen der Ermittlung des Investitionsaufwands sind deswegen nicht nur die vom Beginn der Herstellung der Einrichtung an entstandenen tatsächlichen Kosten und beitragsfähigen Aufwendungen einzustellen, sondern auch die nach den bestehenden Planungsabsichten der Gemeinde in überschaubarer Zukunft für die Erschließung weiterer Gebiete voraussichtlich zu erwartenden Investitionskosten (sog. Glo-

⁶⁶⁹ *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.5 KAG, Erl.2.3.2.; siehe zum Äquivalenzprinzip oben, 2.Teil:A.III.2.b, Seite 56.

⁶⁷⁰ Dazu oben, 2.Teil:A.III.2.b, Seite 57.

⁶⁷¹ *VGH München*, Beschluss vom 19.12.1979, BayVBI 1980, S.469.

⁶⁷² Dazu bereits oben, 2.Teil:A.III.2.b, Seite 58.

⁶⁷³ *VGH München*, Urteil vom 23.4.1998, BayVBI 1998, S.593 (594); *VGH München*, vom 27.1.2000, BayVBI 2000, S.405.

⁶⁷⁴ Eingeführt durch Gesetz vom 9.6.1998, GVBl S.293, in Kraft getreten am 1.1.2000.

balkalkulation).⁶⁷⁵ Die Globalkalkulation wird somit dem Prinzip der Einheit der Einrichtung in besonderem Maße gerecht.⁶⁷⁶ Sie stellt zudem sicher, dass eine Überdeckung des Investitionsaufwands nicht eintritt.⁶⁷⁷ Bei der Berechnung des Beitragssatzes wird der ermittelte Gesamtaufwand auf alle Grundstücke, die die Einrichtung nutzen oder nach der planerischen Absicht der Gemeinde nutzen werden, umgelegt. Der Begriff der Globalkalkulation erklärt sich somit daraus, dass die Kosten- und Flächenermittlung bei der Festlegung des Beitragssatzes umfassend erfolgt.⁶⁷⁸

Der ermittelte Aufwand ist grundsätzlich mit dem Nominalwert, das heißt mit dem tatsächlichen Wert im Zeitpunkt des Entstehens des Aufwands anzusetzen.⁶⁷⁹ Nur bei dem noch nicht entstandenen Aufwand ist es zulässig, eine Schätzung aufgrund der bisher zu verzeichnenden Baupreisentwicklung vorzunehmen, da eine exakte Ermittlung noch unmöglich ist.⁶⁸⁰ Dies führt insbesondere dann zu einer Kostenunterdeckung, wenn die Gesamtanlage nicht innerhalb kurzer Zeit vollständig fertiggestellt wird und die Baupreissteigerungen eine Auswirkung auf die Gesamtkosten haben.⁶⁸¹ Auch in diesen Fällen ermittelt sich die Höhe des Beitragssatzes der neu angeschlossenen Grundstücke aus dem Gesamtaufwand; die Ansetzung der bisherigen Kosten mit dem Nominalwert wirkt sich dann günstig für die Grundstückseigentümer aus und führt bei der Gemeinde zu einer Kostenunterdeckung. Um dieses Ungleichgewicht zu verhindern, wurde vorgeschlagen, die zunächst erbrachten Kosten bei der Bemessung des Beitragssatzes der neu angeschlossenen Grundstücke dem Baupreisindex anzupassen.⁶⁸² Art.5 I S.1 BauGB lässt jedoch nur eine Beitragsberechnung aufgrund der tat-

⁶⁷⁵ *VGH München*, Beschluss vom 10.12.1982, BayVBl 1983, S.755 (758); *VGH München*, Urteil vom 7.5.1982, BayVBl 1983, S.305 (306); *Donhauser/ Hürholz/ Schwinghammer/ Peters*, Kommunalabgabenrecht in Bayern, Band I, Art.5 KAG, Erl.1.2.

⁶⁷⁶ *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.5 KAG, Erl.5.

⁶⁷⁷ *Donhauser/ Hürholz/ Schwinghammer/ Peters*, Kommunalabgabenrecht in Bayern, Band I, Anlage 1 zu Art.5 KAG, Erl.1.

⁶⁷⁸ Ein Berechnungsbeispiel findet sich bei *Donhauser/ Hürholz/ Schwinghammer/ Peters*, Kommunalabgabenrecht in Bayern, Band I, Anlage 1 zu Art.5 KAG, Erl.6.

⁶⁷⁹ *VGH München*, Urteil vom 18.7.1986, BayVBl 1987, S.115 (117).

⁶⁸⁰ *Donhauser/ Hürholz/ Schwinghammer/ Peters*, Kommunalabgabenrecht in Bayern, Band I, Art.5 KAG, Erl.1.2.

⁶⁸¹ *Ritter*, BayVBl 1982, S.647 (651).

⁶⁸² *Ritter*, BayVBl 1982, S.647 (651).

sächlich entstandenen Baukosten zu. Eine Anpassung durch eine Indizierung ist daher unzulässig.⁶⁸³

Dieses Ungleichgewicht kann aber jetzt durch die Anwendung der Rechnungsperiodenkalkulation verhindert werden: Bei der Rechnungsperiodenkalkulation nach Art.5 I S.4 BayKAG handelt es sich um eine vereinfachte Technik der Globalkalkulation.⁶⁸⁴ Auch hier wird der tatsächlich erbrachte und geschätzte Investitionsaufwand auf die bereits erschlossenen und noch anzuschließenden Grundstücke verteilt. Anders als bei der Globalkalkulation wird jedoch nicht der Gesamtaufwand umgelegt, sondern der durchschnittliche Investitionsaufwand. Das bedeutet, dass innerhalb eines begrenzten Zeitraums ein dem durchschnittlichen Gesamtaufwand entsprechender Investitionsaufwand auf die jeweiligen in der Rechnungsperiode neu angeschlossenen beziehungsweise anzuschließenden Grundstücke verteilt wird. Bei der Ermittlung des durchschnittlichen Investitionsaufwands ist darauf zu achten, dass die Aufwendungen, die Rechnungsperiode und das Verteilungsgebiet repräsentativ gewählt werden. Die Ermittlung des Investitionsaufwands nach dieser Methode führt zu Beiträgen, die dem Kostenniveau eher entsprechen, weil innerhalb der Rechnungsperiode nicht auf sehr weit zurückliegende Bauphasen mit entsprechend geringeren Preisen zurückgegriffen werden muss.⁶⁸⁵

b. Die Verteilungsphase

Aus dem ermittelten beitragsfähigen Investitionsaufwand ist der umlagefähige Aufwand durch Abzug eines etwaigen Gemeindeanteils und anderweitiger Deckungen zu bilden. Dieser Aufwand ist auf die Grundstücke zu verteilen, denen die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Einrichtung einen besonderen Vorteil bietet.

(1) Die Ermittlung des umlagefähigen Aufwands

Bei der Ermittlung des umlagefähigen Aufwands sind vom – nach der Global- oder Rechnungsperiodenkalkulation – festgestellten beitragsfähigen Aufwand abzuziehen: Zuweisungen und Zuschüsse Dritter, Straßenentwässerungskostenanteil (§ 128 I Nr.2 BauGB)⁶⁸⁶ und ein etwaiger

⁶⁸³ *VGH München*, Urteil vom 18.7.1986, BayVBI, 1987, S.115 (117).

⁶⁸⁴ *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.119.

⁶⁸⁵ Bekanntmachung des *Bayerischen Staatsministerium des Inneren*, vom 30.5.2000, AII/MBI 2000, S.415 .

⁶⁸⁶ Der Straßenentwässerungsanteil ist durch Erschließungsbeiträge abzudecken, aber nur insoweit, als die Anlage der Sammlung und Ableitung von Regenwasser dient und auch dann hat sich die Gemeinde gemäß § 129 I S.1 BauGB zu

Gebührenfinanzierungsteil.⁶⁸⁷ Eine Eigenbeteiligung der Gemeinde bei Wasserversorgungsanlagen und Entwässerungseinrichtungen ist grundsätzlich nicht zwingend, da diese Einrichtungen der Allgemeinheit keine besonderen Vorteile bieten, sondern nahezu ausschließlich den Beitragspflichtigen zugute kommen.⁶⁸⁸ Aufgrund der Globalkalkulation sind dabei nicht nur bereits tatsächlich erfolgte anderweitige Deckungen in Ansatz zu bringen, sondern es sind auch die zu erwartenden Deckungen abzuziehen (insbesondere Finanzhilfen und Straßenentwässerungsanteile). Entsprechendes gilt, wenn der umlagefähige Investitionsaufwand aufgrund einer Rechnungsperiodenkalkulation ermittelt wurde.⁶⁸⁹

(2) Die Verteilung des umlagefähigen Aufwands

Der sich danach ergebende umlagefähige Aufwand ist auf die Grundstücke zu verteilen, denen die Inanspruchnahme der Einrichtung besondere Vorteile bietet. Auch hier ist wie im Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB zunächst zu fragen, welche Grundstücke überhaupt zum Kreis der beitragspflichtigen Grundstücke gehören, um danach zu klären, in welcher Höhe die beitragspflichtigen Grundstücke zu belasten sind.

Unter Grundstück i.S.d. Art.5 I BayKAG ist das grundbuchrechtliche Grundstück zu verstehen, da im BayKAG und somit auch im Beitragsrecht für leitungsgebundene Einrichtungen grundsätzlich dieser Grundstücksbegriff gilt.⁶⁹⁰ Nur ausnahmsweise muss auf den wirtschaftlichen Grundstücksbegriff⁶⁹¹ abgestellt werden, wenn dies zur vorteilsgerechten Berechnung der kommunalen Abgabe geboten ist.⁶⁹² Es ist aber zulässig, in der Beitragssatzung anstelle des grundbuchrechtlichen Grundstücksbegriffs den wirtschaftlichen Grundstücksbegriff zugrunde zu legen, weil dadurch die Abgeltung der durch die Gemeinde erbrachten Leistung vorteilsgerechter erfolgen kann.⁶⁹³ Auch die Mustersatzungen gehen da-

beteiligen; eine Rechtsprechungsübersicht hierzu findet sich bei *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.123 ff.

⁶⁸⁷ *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.122.

⁶⁸⁸ *Bayerisches Staatsministerium des Inneren*, Bekanntmachung vom 5.12.1974, MABl 1974, S.926.

⁶⁸⁹ Vgl. zur Berücksichtigung des Straßenentwässerungsanteils und der Zuwendungen Dritter, *Bayerisches Staatsministerium des Inneren*, Bekanntmachung vom 30.5.2000, AllMBl 2000, S.415.

⁶⁹⁰ *VGH München*, vom 31.8.1984, BayVBl 1985, S.243.

⁶⁹¹ Zu diesem Begriff bereits oben, 2.Teil:C.I.2.b(2), Seite 91 und im Einzelnen zur Rechtsprechung des *VGH München: Bohley/ Fohs*, Handbuch des gemeindlichen Steuerrechts, Band I, 1.Halbband, Teil III, Frage 2, Erl.2.1.

⁶⁹² *VGH München*, Urteil vom 11.1.1985, BayVBl 1985, S.495 (496).

⁶⁹³ *VGH München*, Urteil vom 20.9.1985, BayVBl 1986, S.339; *BVerwG*, Urteil vom 16.4.1971, BVerwGE 38, 35 (36 f.).

her vom wirtschaftlichen Grundstücksbegriff aus.⁶⁹⁴ Entscheidend wird in der Praxis daher regelmäßig nicht die grundbuchrechtliche Betrachtungsweise sein, sondern die Frage, ob mehrere Grundstücke zusammen oder Teile eines Grundstücks jeweils für sich eine wirtschaftliche Einheit bilden.⁶⁹⁵ Bei der Beantwortung dieser Frage ist maßgeblich darauf abzustellen, ob nach objektiven Gesichtspunkten ein einheitlicher Anschluss oder mehrere Anschlüsse an die öffentliche Einrichtung sinnvoll erscheinen.⁶⁹⁶

Anders als im Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB gehören zum Kreis der beitragspflichtigen Grundstücke nach h.M. auch die gemeindeeigenen Grundstücke.⁶⁹⁷ Zwar gilt auch im Bereich des BayKAG, dass niemand sein eigener Schuldner sein kann. Dem Landesgesetzgeber bleibt es jedoch unbenommen, von diesem Grundsatz abzuweichen.⁶⁹⁸ Art.5 VI S.1 BayKAG bestimmt, dass beitragspflichtig ist, wer im Zeitpunkt des Entstehens der Beitragsschuld Eigentümer oder Erbbauberechtigter des Grundstücks ist. Eine Ausnahme, dass dies für eine Gemeinde nicht gelten soll, sieht Art.5 BayKAG nicht vor, so dass insoweit von dem Grundsatz, dass niemand sein eigener Schuldner sein kann, abgewichen wird.⁶⁹⁹

Zum Kreis der beitragspflichtigen Grundstücke gehören diejenigen Grundstücke, denen die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Einrichtung besondere Vorteile bietet. Da im Rahmen der Globalkalkulation der noch nicht erfolgte, aber bereits geplante Aufwand einzubeziehen ist, sind in den Kreis der beitragspflichtigen Grundstücke auch diejenigen Grundstücke einzubeziehen, denen die Inanspruchnahme der Einrichtung noch nicht, aber nach der planerischen Absicht der Gemeinde in naher Zukunft möglich ist.⁷⁰⁰ Entsprechendes gilt bei der Rechnungsperiodenkalkulation für die Grundstücke, die innerhalb des Berechnungszeitraums angeschlossen werden sollen. Die Inanspruchnahme einer Wasserversorgungs- bzw. Entwässerungseinrichtung ist möglich, wenn die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit besteht, eine leitungsmäßige Verbindung

⁶⁹⁴ Vgl. § 2 I BGS-WAS/EWS (Abgabensatzung) i.V.m. § 2 I WAS/EWS (Stammsatzung).

⁶⁹⁵ *VGH München*, vom 11.1.1985, BayVBl 1985, S.495 (496).

⁶⁹⁶ *VGH München*, Urteil vom 28.11.1980, zitiert nach juris.

⁶⁹⁷ *VGH München*, Beschluss vom 7.8.1985, KStZ 1985, S.218 f.; *Donhauser/ Hürholz/ Schwinghammer/ Peters*, Kommunalabgabenrecht in Bayern, Art.5, Anm.6; *Oehler*, KAG, Art.5, Anm.2.2.

⁶⁹⁸ *BGH*, Beschluss vom 18.4.2000, NJW-RR 2000, S.1405 (1407).

⁶⁹⁹ Der Unterschied zum Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB ergibt sich somit letztlich daraus, dass die persönliche Beitragspflicht gesetzlich festgelegt ist und nicht erst durch Erlass eines Beitragsbescheids begründet wird.

⁷⁰⁰ *VGH München*, Urteil vom 4.8.1989, KStZ 1990, S.79.

Verbindung zwischen der Anlage und dem Grundstück herzustellen. Die rechtliche Möglichkeit ist gegeben, wenn für das Grundstück ein Anschlussrecht besteht. Dies ergibt sich in der Regel aus der Entwässerungs- bzw. der Wasserversorgungssatzung.⁷⁰¹ Ein Anschlussrecht kann jedoch auch durch Verwaltungsakt oder Vertrag eingeräumt werden.⁷⁰² Ebenso wie im Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB kann sich die Frage stellen, inwieweit sogenannte Hinterliegergrundstücke zum Kreis der erschlossenen Grundstücke gehören, da hier rechtliche Hindernisse einer Inanspruchnahme der Einrichtung im Wege stehen können.⁷⁰³

Der Vorteil, den die Wasserversorgungs- bzw. Entwässerungseinrichtungen vermittelt liegt in der Verschaffung von Baulandqualität. Es sind daher nur die Grundstücke beitragspflichtig, denen dieser Vorteil verschafft wird. Dies sind die Grundstücke, die bebaut oder gewerblich genutzt werden bzw. die rechtlich und tatsächlich bebaubar oder gewerblich nutzbar sind. Nur diesen Grundstücken wird durch die Anschlussmöglichkeit ein besonderer Vorteil verschafft.⁷⁰⁴ Anders als im Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB fallen hierunter auch Grundstücke im Außenbereich (§ 35 BauGB), da eine dem § 133 I BauGB⁷⁰⁵ entsprechende Regelung im BayKAG nicht existiert. Richtet sich der Beitragsmaßstab auch nach der Grundstücksfläche, sind die erschlossenen Grundstücke grundsätzlich hinsichtlich ihrer gesamten Grundstücksfläche einzubeziehen. Art.5 II S.5 BayKAG verpflichtet jedoch, für übergroße Grundstücke in unbeplanten Gebieten in der Beitragssatzung eine Flächenbegrenzung vorzunehmen, soweit der Beitragsmaßstab nach der Grundstücksfläche bemessen wird. Dadurch wird dem Gesichtspunkt Rechnung getragen, dass die durch die Einrichtung vermittelten Vorteile nicht proportional mit der Grundstücksfläche wachsen.⁷⁰⁶ In diesen Fällen sind nur die Flächen in den Kreis der erschlossenen Grundstücke einzubeziehen, denen tatsächlich ein Vorteil vermittelt

⁷⁰¹ *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.107.

⁷⁰² Vgl. dazu unten, 3.Teil:B.I, Seite 171.

⁷⁰³ Vgl. hierzu *Bohley/ Foohs*, Handbuch des gemeindlichen Steuerrechts, Band I, 1.Halbband, Teil III, Frage 3b, Erl.4.

⁷⁰⁴ *Bohley/ Foohs*, Handbuch des gemeindlichen Steuerrechts, Band I, 1.Halbband, Teil III, Frage 3a, Erl. 2.2.

⁷⁰⁵ Dazu oben, 2.Teil:C.I.2.b(2), Seite 92 und 2.Teil:C.I.2.c(1)(a), Seite 98.

⁷⁰⁶ *Bayerisches Staatsministerium des Inneren*, Bekanntmachung vom 30.5.2000, AII/MBI 2000, S.415; für ein beplantes Gebiet ist eine generelle Flächenbegrenzung hingegen unzulässig, da dort eine solche Abhängigkeit von Grundstücksfläche und Ausnutzbarkeit gerade besteht, *BVerwG*, Urteil vom 19.2.1981, DÖV 1982, S.644 (654 f.); *Bohley/ Foohs*, Handbuch des gemeindlichen Steuerrechts, Band I, 1.Halbband, IV, Frage 8, Erl.1.

wird.⁷⁰⁷ Daneben ist es weiterhin zulässig, in Einzelfällen die beitragspflichtige Grundstücksfläche aus Billigkeitsgründen zu beschränken.⁷⁰⁸ Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn die Bebaubarkeit der Teilfläche eines Grundstücks durch bauplanerische Festsetzungen als Grünfläche ausgeschlossen ist oder die volle Ausnutzbarkeit durch eine öffentlich-rechtliche Baubeschränkung verhindert wird.⁷⁰⁹

Der umlagefähige Investitionsaufwand ist entsprechend dem gemeindlichen Verteilungsmaßstab auf die beitragspflichtigen Grundstücke umzulegen. Beitragsmaßstäbe sind insbesondere die Art und das Maß der baulichen oder sonstigen Nutzung und die Grundstücksflächen, sowie eine Kombination aus beiden, Art.5 II S.2 BayKAG. Für die Fälle der Beitragserhebung bei Wasserversorgungs- und Entwässerungseinrichtungen sehen die Mustersatzungen, die tatsächliche⁷¹⁰ oder zulässige Geschossfläche und die Grundstücksfläche als Kombinationsmaßstab vor. Daneben sind auch andere Maßstäbe möglich.⁷¹¹ Insbesondere der Vollgeschossmaßstab ist nach der Neuregelung des Art.5 II S.2 BayKAG zulässig.⁷¹² Die Beitragshöhe eines erschlossenen Grundstücks errechnet sich durch eine Multiplikation des in der Beitragssatzung festgelegten Beitragssatzes⁷¹³ mit dem gewählten Beitragsmaßstab bzw., wenn die Gemeinde einen Kombinationsmaßstab gewählt hat, durch eine Multiplikation der verschiedenen Beitragssätze mit den jeweils entsprechenden Beitragsmaßstäben und einer anschließenden Addition der Summen.

c. Die Heranziehungsphase

In der Heranziehungsphase erfolgt die Liquidation des umlagefähigen Investitionsaufwands für die jeweilige Einrichtung gegenüber dem Bei-

⁷⁰⁷ Das Problem der Mehrfacherschließung stellt sich hingegen nicht, da Wasserversorgungs- und Entwässerungsanlagen grundsätzlich eine Einrichtung sind; siehe unten, 2.Teil:C.II.2.a(3), Seite 124.

⁷⁰⁸ *Bayerisches Staatsministerium des Inneren*, Bekanntmachung vom 26.7.1994, AIIIMBI 1994, S.655 (658).

⁷⁰⁹ *Donhauser/ Hürholz/ Schwinghammer/ Peters*, Kommunalabgabenrecht in Bayern, Band I, Art.5 KAG, Erl.I.6.

⁷¹⁰ Wird dieser Maßstab gewählt, ist Art.5 II S.3 BayKAG zu beachten; ausführliche Hinweise hierzu enthält die Bekanntmachung des *Bayerischen Staatsministeriums des Inneren* vom 26.7.1994, AIIIMBI 1994, S.655 (658).

⁷¹¹ *Donhauser/ Hürholz/ Schwinghammer/ Peters*, Kommunalabgabenrecht in Bayern, Band I, Art.5 KAG, Erl.I.10; eine Übersicht findet sich bei *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.5 KAG, Erl.3.2.9..

⁷¹² *Bayerisches Staatsministerium des Inneren*, Bekanntmachung vom 30.5.2000, AIIIMBI 2000, S.415.

⁷¹³ Der Beitragssatz ist das Ergebnis der Global- bzw. Rechnungsperiodenkalkulation.

tragspflichtigen. Gesetzlicher Regelfall ist – wie im Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB – die Heranziehung mittels Beitragsbescheid. Anders als im Rahmen des Erschließungsbeitragsrechts nach BauGB ist eine Abschnittsbildung ausgeschlossen, Art.5 I S.5 BayKAG. Zulässig ist allerdings eine vorherige Heranziehung im Wege der Kostenspaltung oder eine Erhebung von Vorausleistungen. Zu einer vorzeitigen Finanzierung führen auch Zahlungen auf eine Vorauszahlungs- oder Ablösungsvereinbarung. Im Folgenden soll zunächst auf den gesetzlichen Regelfall eingegangen werden.

(1) Der gesetzliche Regelfall der Heranziehung

Die Heranziehung durch Beitragsbescheid setzt voraus, dass die Beitragspflicht entstanden ist.

(a) Das Entstehen der sachlichen und persönlichen Beitragspflicht

Gemäß Art.2 I BayKAG hat die Gemeinde in der Abgabensatzung den Beitragsschuldner zu benennen. Dabei ist sie an die Regelung des Art.5 VI BayKAG gebunden. Danach ist persönlich beitragspflichtig, wer im Zeitpunkt des Entstehens der Beitragsschuld Eigentümer des Grundstücks oder Erbbauberechtigter ist. Diese Regelung des BayKAG weicht von § 134 I BauGB ab. Gemäß § 134 I BauGB ist hinsichtlich der persönlichen Beitragspflicht auf den Zeitpunkt der Zustellung des Erschließungsbeitragsbescheids abzustellen. Im Rahmen des Erschließungsbeitragsrechts nach BauGB entsteht die persönliche Beitragspflicht nicht ohne Bekanntgabe des Beitragsbescheids. Demgegenüber hat der Beitragsbescheid nach BayKAG hinsichtlich der Entstehung der persönlichen Beitragspflicht lediglich eine deklaratorische Bedeutung, da die persönliche Beitragsschuld bereits im Zeitpunkt der Entstehung der sachlichen Beitragsschuld entsteht. Es ist daher nicht zwischen sachlicher und persönlicher Beitragspflicht zu unterscheiden.⁷¹⁴ Die Probleme, die sich im Rahmen des Erschließungsbeitragsrechts nach BauGB in den Fällen des Auseinanderfallens von sachlicher und persönlicher Beitragspflicht stellen⁷¹⁵, können im Beitragsrecht nach BayKAG nicht auftreten.

Die Beitragspflicht entsteht gemäß Art.13 I Nr.2b i.V.m § 38 AO, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft. Da das BayKAG – anders als das Erschließungsrecht nach BauGB in § 133 II BauGB – nicht regelt, dass die Beitragspflicht mit der endgültigen Herstellung der Anlage erfüllt ist, muss der Ortsgesetzgeber

⁷¹⁴ *Jachmann*, Vereinbarungen über Erschließungsbeiträge im Rahmen von Grundstücksverträgen mit Gemeinden, S.100.

⁷¹⁵ Dazu oben, 2.Teil:C.I.2.c(1)(b), Seite 99.

eine eigenständige Regelung treffen, wann der Beitragstatbestand verwirklicht ist.⁷¹⁶ Dabei ist er an die Ermächtigungsgrundlage des Art.5 BayKAG gebunden. Danach ist der Abgabentatbestand erfüllt, wenn einem Grundstückseigentümer oder Erbbauberechtigten durch die Möglichkeit der Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtung ein besonderer Vorteil geboten wird. Entscheidend ist bei leitungsgebundenen Einrichtungen nicht der Zeitpunkt, in dem die Einrichtung insgesamt hergestellt worden ist, sondern wann für das jeweilige Grundstück eine betriebsbereite Einrichtung zur Verfügung steht, an die das Grundstück anschließbar ist.⁷¹⁷ Es müssen jedoch auch die grundstücksbezogenen Voraussetzungen⁷¹⁸ erfüllt sein, da nur in diesen Fällen ein Vorteil entsteht. Die Beitragssatzungen der Gemeinden bestimmen daher regelmäßig, dass die Beitragspflicht in dem Zeitpunkt entsteht, in dem ein bebautes oder gewerblich genutztes bzw. bebaubares oder gewerblich nutzbares Grundstück an die gemeindliche Einrichtung angeschlossen werden kann.⁷¹⁹ Neben der Erfüllung des Abgabentatbestands müssen auch die übrigen Voraussetzungen, die das Gesetz an das Entstehen der Beitragspflicht knüpft, erfüllt sein. Hierzu zählt insbesondere das Vorliegen einer wirksamen Beitragssatzung⁷²⁰

Die Beitragspflicht entsteht grundsätzlich nur einmal⁷²¹ und grundsätzlich in Höhe der gesamten Beitragsschuld, soweit nicht ausnahmsweise ein Fall des Art.5 II S.3 BayKAG vorliegt.⁷²² Mit dem Entstehen der Beitragspflicht beginnt die vierjährige Festsetzungsfrist zu laufen, Art.13 I Nr.4b BayKAG i.V.m. § 169 AO. Die Beitragsschuld geht auch durch eine Veräußerung des Grundstücks nicht auf den neuen Grundstückseigentümer über. Allerdings ist der neue Grundstückseigentümer gemäß Art.5 VII BayKAG verpflichtet, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden.

(b) Der Beitragsbescheid

Die Beitragsschuld ist gemäß Art.13 I Nr.4b BayKAG i.V.m. § 155 AO durch schriftlichen Beitragsbescheid festzusetzen. Der Beitrag wird in dem in der gemeindlichen Beitragssatzung bestimmten Zeitpunkt fällig.

⁷¹⁶ *Dietzel*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap.G, Rn.83.

⁷¹⁷ *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.5 KAG, Erl.1.7.

⁷¹⁸ Dazu oben, 2.Teil:C.II.2.b(2), Seite 127.

⁷¹⁹ Vgl. § 2 BGS-EWS und § 3 BGS-WAS.

⁷²⁰ Dazu oben, 2.Teil:C.II.1.b, Seite 113.

⁷²¹ *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.5 KAG, Erl.1.6.1.

⁷²² In der Beitragssatzung kann bestimmt werden, dass Grundstücke bis zu ihrer Bebauung oder gewerblichen Nutzung nur mit dem auf die Grundstücksfläche entfallenden Betrag herangezogen werden.

Bei der Bestimmung des Fälligkeitszeitpunktes hat die Gemeinde einen weiten Ermessensspielraum, da eine gesetzliche Vorgabe nicht besteht.⁷²³ Die Mustersatzungen empfehlen, dass der Beitrag einen Monat nach Zustellung des Beitragsbescheids fällig wird.⁷²⁴ Mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Beitrag erstmals fällig geworden ist, beginnt gemäß Art.13 I Nr.5a BayKAG i.V.m. § 228 S.2 AO die Zahlungsverjährungsfrist von 5 Jahren.

(2) Die einseitigen Gestaltungsmöglichkeiten der Gemeinde

Im Bereich des BayKAG besteht bei leitungsgebundenen Einrichtungen für die Gemeinde lediglich die Möglichkeit, Vorausleistungen oder Vorschüsse zu verlangen. Eine vorzeitige Abrechnung aufgrund einer Kostenspaltung ist in diesem Bereich nicht möglich: Gemäß Art.5 I S.6 BayKAG kann der Beitrag für Teile der nicht leitungsgebundenen Einrichtungen selbstständig erhoben werden (Kostenspaltung). Für leitungsgebundene Einrichtungen sieht das Gesetz eine entsprechende Regelung gerade nicht vor. Ebenso wenig kann die Gemeinde einseitig verlangen, dass der künftige Beitrag abgelöst wird.⁷²⁵ Gemäß Art.5 IX S.1 BayKAG ist die Ablösung der Beitragspflicht vor ihrer Entstehung gegen eine angemessene Gegenleistung zulässig; Grundlage der Ablösung ist aber – wie im Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB – eine Ablösungsvereinbarung zwischen der Gemeinde und dem künftigen Beitragsschuldner.

(a) Die Vorauszahlung, Art.5 V BayKAG

Art.5 V BayKAG bietet eine dem § 133 III BauGB entsprechende Rechtsgrundlage zur Erhebung einer Vorauszahlung auf die Beitragsschuld. Der Vorauszahlungsanspruch entsteht – anders als die Beitragsschuld⁷²⁶ – nicht kraft Gesetzes, sondern erst durch einen (konstitutiven) Vorausleistungsbescheid.⁷²⁷

Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Vorauszahlungsbescheids ist, dass mit der Herstellung der Einrichtung bereits begonnen wurde. Zusätzlich muss mit dem Entstehen der endgültigen Beitragsschuld in

⁷²³ Im BayKAG fehlt eine dem § 135 I BauGB entsprechende Regelung und Art.13 I Nr.5a BayKAG verweist nicht auf die Fälligkeitsregelung des § 220 I AO.

⁷²⁴ § 7 BGS-WAS und § 7 EWS-BGS.

⁷²⁵ *Donhauser/ Hürholz/ Schwinghammer/ Peters*, Kommunalabgabenrecht in Bayern, Art.5 KAG, Erl.I.23.

⁷²⁶ Siehe oben, 2.Teil:C.I.2, Seite 97.

⁷²⁷ *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.5 KAG, Erl.7.2.

angemessener Zeit zu rechnen sein.⁷²⁸ Diese Voraussetzung ist zwar gesetzlich nicht ausdrücklich normiert, ergibt sich aber aus dem Vorteilsprinzip.⁷²⁹ Außerdem müssen die Voraussetzungen für das spätere Entstehen der Beitragsschuld gegeben sein. Es muss somit eine wirksame Satzung vorliegen – wobei der Abgabensatz gemäß Art.5 IV BayKAG nicht unbedingt festgelegt sein muss – und die grundstücksbezogenen Voraussetzungen müssen erfüllt sein. Vorauszahlungsschuldner ist der der Beitragssatzung entsprechende künftige Beitragsschuldner.⁷³⁰ Diesem gegenüber ist der Vorauszahlungsanspruch geltend zu machen. Ist die Beitragsschuld bereits endgültig entstanden, kann ein Vorauszahlungsbescheid nicht mehr ergehen; ein Umdeutung in einen Beitragsbescheid oder Vorschussbescheid ist unzulässig.⁷³¹ Die Erhebung der Vorauszahlung ist bis zur Höhe der voraussichtlich entstehenden Beitragsschuld rechtmäßig.⁷³²

Soweit die Beitragsschuld überhaupt nicht mehr entstehen kann, besteht ein Rückzahlungsanspruch gemäß Art.13 I Nr.2b BayKAG i.V.m. § 37 II AO. Ist die Beitragspflicht 6 Jahre nach Erlass des Vorauszahlungsbescheids nicht entstanden, kann die Vorauszahlung ebenfalls zurückverlangt werden, wobei gemäß Art.5 I S.4 BayKAG die Rückzahlungsschuld für jeden vollen Monat ab Erhebung der Vorauszahlung mit einhalb von Hundert zu verzinsen ist. Entsteht die Beitragspflicht innerhalb von 6 Jahren nach Erlass des Vorauszahlungsbescheids, ist sie mit der endgültigen Beitragsschuld zu verrechnen, Art.5 V S.2 BayKAG. Ein Anspruch auf Herstellung der Einrichtungen besteht nicht.⁷³³ Findet zwischen Zustellung des Vorauszahlungsbescheids und Entstehung der Beitragspflicht ein Wechsel in der Person des Beitragspflichtigen statt, ist gemäß Art.5 V S.2 BayKAG die Vorauszahlung mit der endgültigen Beitragsschuld des Rechtsnachfolgers zu verrechnen. Dem ehemaligen Eigentümer bzw. Erbbauberechtigten, der die Vorauszahlung geleistet hat, steht also kein Erstattungsanspruch gegen die Gemeinde zu. Eine Erstattung kann nur zwischen den privaten Parteien im Rahmen des zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts erfolgen.

⁷²⁸ *Oehler*, KAG, Art.5, Anm.10.1; *Schiedler/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.5 KAG, Erl.7.1.

⁷²⁹ *BVerwG*, Urteil vom 23.5.1975, DÖV 1975, S.715.

⁷³⁰ *VGH München*, Urteil vom 31.8.1994, BayVBI 1985, S.211.

⁷³¹ *Donhauser/ Hürholz/ Schwinghammer/ Peters*, Kommunalabgabenrecht in Bayern, Art.5 KAG, Erl.I.17.

⁷³² *Oehler*, KAG, Art.5, Anm.10.2.

⁷³³ Siehe oben, 1.Teil:C.II.4.a, Seite 35.

(b) Der Vorschuss, Art.5 V S.5 BayKAG

Sofern die endgültige Beitragsschuld noch nicht berechnet werden kann, die Beitragspflicht aber bereits entstanden ist, können Vorschüsse auf den Beitrag erhoben werden, Art.5 V S.5 BayKAG. Im Unterschied zur Vorauszahlung muss die Beitragspflicht bereits entstanden sein. Der Vorschuss wird durch Erlass eines Vorschussbescheids erhoben. Hauptsächlich wird es zu einer Erhebung von Vorschüssen in den Fällen des Art.5 IV BayKAG kommen, wenn in der Beitragssatzung keine Beitragssätze festgelegt wurden, weil bei Satzungserlass der Aufwand noch nicht feststand.

(c) Die Billigkeitsregelungen

Im Bereich des BayKAG sind Billigkeitsmaßnahmen nicht eigenständig normiert. Gemäß Art.13 I Nr.4b und Nr.5a BayKAG finden jedoch §§ 163 I S.1, 227 AO Anwendung. §§ 163 I S.1, 227 AO regeln Billigkeitsmaßnahmen bei der Festsetzung bzw. Erhebung einer Steuer. § 163 I S.1 AO ist im Festsetzungsverfahren anzuwenden und entspricht somit der Vorschrift des § 135 V S.2 BauGB; § 227 AO gilt im Erhebungsverfahren und entspricht § 135 V S.1 BauGB. Die Anwendung der Vorschriften führt zu einem Erlöschen des Anspruchs aus dem Abgabenschuldverhältnis, Art.13 I Nr.2b BayKAG i.V.m. § 47 AO.⁷³⁴ Gemäß Art.13 I Nr.5a BayKAG i.V.m. § 222 AO können Ansprüche aus dem Abgabenschuldverhältnis unter den dort genannten Voraussetzungen gestundet werden.

3. Die Deckung des Investitionsaufwands durch Gebührenerhebung

Wie bereits dargestellt ist die Gemeinde verpflichtet, für die Benutzung von Wasserversorgungs- und Entwässerungseinrichtungen gemäß Art.8 I S.2 BayKAG Benutzungsgebühren zu erheben und den Investitionsaufwand in die Gebührenkalkulation einzubeziehen, soweit er nicht bereits durch Beiträge gedeckt ist, Art.8 III BayKAG.⁷³⁵ Das *Bayerische Staatsministerium des Inneren* geht davon aus, dass die Gemeinden ihren Investitionsaufwand bei der erstmaligen Herstellung von Wasserversorgungs- und Entwässerungseinrichtungen zum Teil durch die Erhebung von Gebühren finanzieren.⁷³⁶ Im Folgenden soll lediglich dargestellt werden, wie der Investitionsaufwand in die Gebührenkalkulation einfließt und welche Besonderheiten im Übrigen bei einer gemischten Beitrags- und Gebührenerhebung zu beachten sind.

⁷³⁴ *Guttenberger*, MittBayNot 1990, S.73 (79).

⁷³⁵ Siehe oben, 2.Teil:C.II, Seite 110.

⁷³⁶ Siehe Bekanntmachung vom 5.12.1974, MABl 1974, S.925 (926).

Rechtsgrundlage der Gebührenerhebung ist die gemeindliche Gebührensatzung, die den Gebührentatbestand, die Gebührenpflichtigen, den Gebührensatz, den Gebührenmaßstab und Zeitpunkt der Fälligkeit der Gebührenschaft regelt.⁷³⁷ Gebührenpflichtig ist, wer eine gegen Entgelt zu benutzende öffentliche Einrichtung, deren Benutzung öffentlich-rechtlich geregelt ist, tatsächlich benutzt.⁷³⁸ Der Gebührensatz in Verbindung mit dem Gebührenmaßstab ergibt die jeweilige Gebührenhöhe. Der Gebührensatz ist das Ergebnis der Gebührenkalkulation. Gemäß Art.8 II S.1 BayKAG soll das Gebührenaufkommen die nach betriebswirtschaftlichen ansatzfähigen Kosten decken und bei Einrichtungen, bei denen die Gebührenschaftner zur Benutzung verpflichtet sind, auch nicht übersteigen, Art.8 II S.2 BayKAG. Bei Wasserversorgungs- und Entwässerungseinrichtungen gilt aufgrund des regelmäßig angeordneten Anschluss- und Benutzungszwangs somit das Kostendeckungsprinzip.⁷³⁹ Grundlage für die Gebührenkalkulation ist somit der der Gemeinde insgesamt entstehende Aufwand. Dieser ist gemäß Art.8 II S.1 BayKAG nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu ermitteln, das heißt die Investitionsaufwendungen werden in Form von Abschreibungen auf die voraussichtliche Nutzung des Anlageguts verteilt und auch die übrigen Ausgaben werden periodengerecht zugeordnet.⁷⁴⁰ Der Zeitraum einer solchen Periode soll gemäß Art.8 V S.1 BayKAG höchstens vier Jahre umfassen. Etwaige Über- oder Unterdeckungen sind gemäß Art.8 VI S.2 BayKAG auszugleichen. Zu den betriebswirtschaftlichen Kosten gehören gemäß Art.8 III S.1 BayKAG insbesondere angemessene Abschreibungen von den Anschaffungs- und Herstellungskosten.⁷⁴¹ Sind diese Kosten durch die Erhebung von Beiträgen oder ähnlicher Entgelte gekürzt, sind gemäß Art.8 III S.3 BayKAG den Abschreibungen die insoweit geminderten Anschaffungs- und Herstellungskosten zugrunde zu legen. Grundsätzlich gehört zu den betriebswirtschaftlich ansatzfähigen Kosten eine angemessene Verzinsung des Anlagenkapitals (Art.8 III S.1 BayKAG). Hat die Gemeinde einen Teil des Anlagenkapitals durch

⁷³⁷ Siehe zur Abgabensatzung oben, 2.Teil:C.II.1.b, Seite 113.

⁷³⁸ *Bauer/ Hub*, Kommunale Abgaben in Bayern, S.305.

⁷³⁹ Tatsächliche Über- und Unterdeckungen innerhalb des Kalkulationszeitraums stehen einer rechtmäßigen Gebührenerhebung aber grundsätzlich nicht entgegen, da es sich bei dem Kostendeckungsprinzip lediglich um einen Kalkulationsgrundsatz handelt, *Bauer/ Hub*, Kommunale Abgaben in Bayern, S.307; bei einer nicht lediglich geringfügigen Überschreitung des Gebührenaufkommens, *BVerwG*, Urteil vom 8.12.1961, *BVerwGE* 13, 214 (222) oder gewollten Überdeckung, *VGH München*, Urteil vom 25.2.1998, *NVwZ-RR* 774, gilt dies hingegen nicht.

⁷⁴⁰ *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.8 KAG, Erl.5.1.

⁷⁴¹ Das gilt jetzt auch für zugewendungsfinanzierte Investitionskosten, Art.8 III S.4, 5 BayKAG.

Beiträge aufgebracht, muss insoweit eine Verzinsung außer Betracht bleiben (Art.8 III S.2 HS 2 BayKAG).

Soll der Investitionsaufwand zum Teil über Gebühren umgelegt werden, gebietet es der Grundsatz der Abgabengerechtigkeit, dass beitrags- und gebührenpflichtiger Personenkreis jeweils derselbe ist.⁷⁴²

3.Teil: Vertragliche Vereinbarungen über Erschließungskosten

Die endgültige Deckung der Erschließungskosten erfolgt dem gesetzlichen Leitbild des BauGB und des BayKAG entsprechend durch Erlass von Beitragsbescheiden. Im BayKAG besteht darüber hinaus die Möglichkeit, Erschließungskosten ganz oder zum Teil durch eine Gebührenerhebung zu decken. Zum Zwecke der vorläufigen Finanzierung stehen der Gemeinde daneben die Instrumente des Vorausleistungs- bzw. Vorauszahlungs- und des Vorschussbescheids zur Verfügung.

Im Folgenden wird dargestellt, welche Möglichkeiten die Gemeinde hat, rechtmäßige Vereinbarungen über Erschließungskosten zu treffen. Bezüglich der Vertragstypen kann dabei danach unterschieden werden, ob es sich um Vereinbarungen handelt, die darauf abzielen, auf ein bestehendes oder künftig zu entstehendes Abgabenschuldverhältnis unmittelbar einzuwirken (Abgabenvereinbarungen)⁷⁴³ oder ob eine Vertragsgestaltung vorliegt, die eine Regelung hinsichtlich Erschließungskosten vorsieht, ohne dass ein Abgabenschuldverhältnis besteht oder zukünftig zu entstehen hätte oder die zumindest nicht unmittelbar auf ein Abgabenschuldverhältnis einwirkt.

A. Abgabenrechtliche Vereinbarungen

Eine abgabenrechtliche Vereinbarung liegt dann vor, wenn bereits ein Abgabenschuldverhältnis besteht oder zukünftig zu entstehen hätte und sich die Vereinbarung unmittelbar auf dieses Verhältnis bezieht. Ein Abgabenschuldverhältnis entsteht bzw. hat künftig zu entstehen, wenn der Gemeinde ein eigener Investitionsaufwand entstanden ist bzw. künftig entstehen wird. Dann ist die Gemeinde grundsätzlich verpflichtet, diesen Aufwand aufgrund einer Abgabensatzung durch Abgabebescheide zu refinanzieren. Vereinbarungen in diesem Bereich können insbesondere darauf gerichtet sein, zu einer vorgezogenen Finanzierung zu verhelfen oder einen anderen als den nach Abgabenrecht zu zahlenden Betrag zu regeln. Vereinbarungen, die die Höhe des zu zahlenden Betrags gestalten, sind die Ablösung und der Erlass. Im ersten Fall tritt an die Stelle

⁷⁴² *Bauer/ Hub*, Kommunale Abgaben in Bayern, S.306.

⁷⁴³ *Schieder/ Happ*, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Art.1 KAG, Erl.6.1.

der sonst zu zahlenden Abgabe ein Ablösebetrag, im zweiten Fall erlischt der Abgabensanspruch ersatzlos in Höhe des Erlasses. Vereinbarungen, die zu einer vorläufigen Finanzierung der Erschließung führen sollen, sind die Vorauszahlungs- und die Vorschussvereinbarung. Daneben kann ein Interesse der Beteiligten bestehen, im Wege des Vergleichs tatsächliche oder rechtliche Ungewissheiten zu klären.

Fraglich ist, ob es sich bei den genannten Abgabenvereinbarungen um öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Vereinbarungen handelt. Für die Zuordnung eines Vertrags zum öffentlichen oder privaten Recht kommt es entscheidend auf den Gegenstand des Vertrags an.⁷⁴⁴ Ein Vertrag mit öffentlich-rechtlichem Charakter liegt danach insbesondere dann vor, wenn er sich auf eine öffentlich-rechtliche Berechtigung oder Verpflichtung des Bürgers bezieht. Im Fall der Vereinbarung einer neutralen Leistungspflicht (z.B. der Verpflichtung zur Zahlung eines Geldbetrags) ist auf den Zweck der Leistungsverpflichtung und den Gesamtcharakter des Vertrags abzustellen.⁷⁴⁵ Die subjektiven Vorstellungen der Vertragsparteien sind für die Einordnung grundsätzlich unbeachtlich.⁷⁴⁶ Soweit sich die vorgenannten Vereinbarungen auf die Kosten für die erstmalige Herstellung einer gemäß § 127 II BauGB beitragsfähigen Anlage oder einer Wasserversorgungs- oder Entwässerungseinrichtung beziehen, sind sie öffentlich-rechtlich, da sie einen öffentlich-rechtlichen Regelungsgegenstand haben, nämlich das Abgabenschuldverhältnis.⁷⁴⁷ Die Entstehung eines Abgabenschuldverhältnisses ist in diesen Fällen zwingend, da die Gemeinden zur Abgabenerhebung verpflichtet sind.⁷⁴⁸ Privatrechtlich vereinbarte Entgelte sind nicht möglich.

Etwas anderes gilt auch nicht für Vertragsgestaltungen, die im Zusammenhang mit einem Grundstückskaufvertrag mit der Gemeinde geschlossen werden: Verkauft die Gemeinde ein Grundstück, für das eine Beitragspflicht noch nicht entstanden ist, trifft nach der Erfüllung des Kaufvertrags den Käufer eine nach diesem Zeitpunkt entstehende Beitragspflicht. Die Beitragspflicht kann vor der Übereignung z.B. deswegen noch nicht entstanden sein, weil die Gemeinde Eigentümerin des Grundstücks war.⁷⁴⁹ Eine Beitragspflicht kann darüber hinaus auch des-

⁷⁴⁴ BVerwG, Urteil vom 5.10.1965, BVerwGE 22, 138 (140); Henneke, in: Knack, VwVfG, § 54, Rn.2.

⁷⁴⁵ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14, Rn.11.

⁷⁴⁶ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14, Rn.9.

⁷⁴⁷ Ernst, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 133, Rn.70.

⁷⁴⁸ Vgl. zur Beitragserhebungspflicht nach BauGB oben, 2.Teil:C.I.1.b, Seite 70 und zur Abgabenerhebungspflicht nach BayKAG oben, 2.Teil:C.II.1.a, Seite 110.

⁷⁴⁹ Handelt es sich um eine nach BayKAG beitragsfähige Anlage, ist die Gemeinde selbst beitragspflichtig, siehe oben, 2.Teil:C.I.2.b(2), Seite 128; sie kann die ihr

wegen noch nicht entstanden sein, weil noch nicht alle Entstehungsvoraussetzungen einer sachlichen Beitragspflicht erfüllt sind, z.B. die Erschließungsanlage vor der Übereignung noch nicht endgültig hergestellt war. In diesen Fällen hat der Käufer nicht nur den Kaufpreis zu zahlen, sondern auch die nach Übereignung fällig werdenden Erschließungsbeiträge. Das Interesse der Vertragsparteien wird in der Regel aber dahin gehen, den Betrag, den der Käufer letztlich zu zahlen hat, schon bei Abschluss des Kaufvertrags festzulegen. Soweit die gesetzlichen Anforderungen erfüllt sind, kann die Gemeinde die Beitragsforderung aus Billigkeitsgründen erlassen oder gegen einen Ablösebetrag ablösen. Auf Erreichung dieses Ziels sind ebenfalls Vereinbarungen gerichtet, die bestimmen, dass mit dem Kaufpreis künftig entstehende Abgabensforderungen abgegolten sind (sogenannte verdeckte Ablösung) oder die bestimmen, dass die Gemeinde den Käufer von künftig entstehenden Abgabensforderungen freistellt. Diese Verpflichtung der Gemeinde zur Freistellung – ohne oder gegen eine Gegenleistung – ist dem öffentlichen Recht zuzuordnen.⁷⁵⁰ Es kann nicht konstruktiv in der Weise unterteilt werden, dass die Beitragsforderung der Gemeinde gegenüber dem Käufer entsteht und die Gemeinde auf privatrechtlicher Ebene den Käufer von der Erfüllung dieser Beitragsforderung freizustellen verpflichtet ist. Eine privatrechtliche Freistellungspflicht setzt ein Dreiecksverhältnis voraus, das im vorliegenden Fall aufgrund der Identität des Rechtsträgers – unabhängig davon, ob er hoheitlich und privatrechtlich handelt⁷⁵¹ – nicht vorliegt.⁷⁵² Die Freistellungsverpflichtung der Gemeinde stellt sich somit als die Verpflichtung zu einem Beitragsverzicht dar und bezieht sich damit unmittelbar auf das öffentlich-rechtliche Abgabenschuldverhältnis.⁷⁵³

Bei der Bestimmung der Rechtmäßigkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrags – und somit auch bei abgabenrechtlichen Vereinbarungen – ist zu unterscheiden zwischen der Zulässigkeit der Vertragsform und der

entstandenen Kosten in die Kaufpreiskalkulation einfließen lassen, *Schmidt/Bogner/ Steenbock*, Handbuch des Erschließungsrechts, Rn.3961.

⁷⁵⁰ So *BVerwG*, Urteil vom 1.12.1982, BVerwGE 84, 183 (181) zur verdeckten Ablösung.

⁷⁵¹ Von der Vorstellung der Doppelpersönlichkeit des Staates hat man sich mit der Einführung einer rechtsstaatlichen Verfassung gelöst, *Burmeister*, DÖV 1975, S.695 (699); so im Ergebnis auch *Kempen*, Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung, S.83 f.

⁷⁵² *Schmittat*, DNotZ 1991, S.288 (299); a.A. *Jachmann*, Vereinbarungen über Erschließungsverträge im Rahmen von Grundstücksverträgen mit Gemeinden, S.300 f.

⁷⁵³ A.A. *Wittern*, NVwZ 1991, S.751.

Rechtmäßigkeit des Vertragsinhalts.⁷⁵⁴ Im Folgenden wird zunächst der Regelungsbereich des Erschließungsbeitragsrechts nach BauGB bzw. BayKAG auf etwaige Vertragsformverbote untersucht, bevor auf die inhaltliche Rechtmäßigkeit der vorgenannten vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten eingegangen wird.

I. Die Zulässigkeit der Vertragsform bei abgabenrechtlichen Vereinbarungen

Bei der Frage nach der Zulässigkeit des Vertrags als Handlungsform ist zu beantworten, inwieweit das Verwaltungshandeln durch Vertrag im fraglichen Bereich überhaupt in Betracht kommen kann oder es verboten ist. Soweit im kommunalabgabenrechtlichen Bereich die Vorschriften des BayVwVfG anwendbar sind, ist die Vertragsform gemäß Art.54 S.1 BayVwVfG grundsätzlich zulässig, soweit keine Rechtsvorschriften entgegenstehen.

1. Die Anwendbarkeit der Art.54 ff. BayVwVfG

Durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetzes⁷⁵⁵ wurden in Art.2 II Nr.1 BayVwVfG die Worte „und Verfahren, die unter Art.10 des Kommunalabgabengesetzes fallen“ gestrichen. Bis dahin war umstritten, inwieweit ein Rückgriff auf Regelungen des BayVwVfG zulässig war, soweit das BayKAG eine Regelung der Abgabenordnung nicht in Bezug nahm oder die AO eine dem BayVwVfG entsprechende Regelung nicht enthielt. Der *VGH München* nahm an, dass der Ausschluss der Vorschriften des BayVwVfG im Verfahren nach Art.10 KAG nur für diejenigen Verfahrensbereiche gilt, für die kraft gesetzlicher Verweisung des Art.13 KAG die dort genannten Bestimmungen der Abgabenordnung Anwendung fanden.⁷⁵⁶ Anderer Ansicht war insbesondere das *BVerwG*, das davon ausging, dass in Kommunalabgabensachen die Vorschriften der BayVwVfG in seiner Gesamtheit ausgeschlossen waren.⁷⁵⁷ Insbesondere im Hinblick auf diese bundesver-

⁷⁵⁴ *BVerwG*, Urteil vom 4.2.1966, BVerwGE 23, 213 (215 f.); *BVerwG*, Urteil vom 6.7.1973, BVerwGE 42, 331 (334 f.); *Bonk*, in: Stelkens/ Bonk/ Sachs, VwVfG, § 54, Rn.51; *Göldner*, JZ 1976, S.352 (354); *Pakeerut*, Die Entwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrags, S.139; *Gern*, KStZ 1979, S.161.

⁷⁵⁵ GVBl1990, S.235.

⁷⁵⁶ *VGH München*, Urteil vom 12.2.1982, BayVBl 1982, S.439 zur Anwendbarkeit des Art.79 BayVwVfG; *VGH München*, Urteil vom 24.10.1986, BayVBl 1987, S.335 (337), zur Anwendbarkeit der Regelungen des öffentlich-rechtlichen Vertrags.

⁷⁵⁷ *BVerwG*, Urteil vom 27.9.1989, BayVBl 1990, S.89 (90); so auch schon *Erichsen*, VerwArch 70 (1979), S.349 (352 f.); vgl. hierzu auch *Flohr*, KStZ 1978, S.21 (22); *Heun*, DÖV 1989, S.1053 (1055); *Allesch*, DÖV 1990, S.270 (272).

waltungsgerichtliche Rechtsprechung hat der bayerische Gesetzgeber Art.2 II Nr.1 BayVwVfG geändert.⁷⁵⁸ Nach neuer Rechtslage ist für die Frage der Anwendbarkeit der Vorschriften des BayVwVfG im Bereich des kommunalabgabenrechtlichen Verfahrens jetzt allein Art.1 I BayVwVfG maßgebend: Kommunalbehörden und Kommunalabgaben fallen grundsätzlich unter die Regelung des BayVwVfG, dessen Vorschriften sind daher grundsätzlich anwendbar. Soweit aber nach Art.13 I KAG die Bestimmungen der Abgabenordnung Anwendung finden, tritt das BayVwVfG zurück, da insoweit diese Vorschriften als inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen den entsprechenden Vorschriften des BayVwVfG vorgehen.⁷⁵⁹

Die AO enthält keine Regelung hinsichtlich abgabenrechtlicher Verträge; somit finden gemäß Art.1 I BayVwVfG die Vorschriften der Art.54 ff. BayVwVfG Anwendung.⁷⁶⁰ Gemäß Art.54 S.1 BayVwVfG sind vertragliche Regelungen nur ausgeschlossen, soweit Rechtsvorschriften entgegenstehen. Im Kommunalabgabenrecht ist die Handlungsform des Vertrags somit grundsätzlich zulässig. Die vor Erlass des (Bay)VwVfG bestehenden Meinungsverschiedenheiten, ob öffentlich-rechtliche Verträge nur geschlossen werden können, wenn ein Gesetz hierzu ermächtigt (sog. normative Ermächtigungstheorie⁷⁶¹) oder sie generell zulässig sind, soweit nicht Rechtsvorschriften einem Vertrag entgegenstehen (utilitarische Theorie⁷⁶²) kann dahingestellt bleiben. Im Anwendungsbereich des BayVwVfG kommen den genannten Theorien keine Bedeutung mehr zu,⁷⁶³ da dem Vorbehalt mit Art.54 I BayVwVfG genüge getan ist.⁷⁶⁴ Auf das Vorliegen einer spezialgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage kommt es nach einhelliger Auffassung nicht an.⁷⁶⁵

⁷⁵⁸ Vgl. zu den Motiven des Gesetzgebers *Geiger*, BayVBI 1991, S.107.

⁷⁵⁹ Zu weiteren Einzelheiten vergleiche auch *Allesch*, BayVBI 1992, S.621 und *Boettcher*, BayVBI 1992, S.623; zur Rechtslage in anderen Bundesländern vergleiche *Bonk*, in: *Stelkens/ Bonk/ Sachs*, VwVfG, § 1, Rn.255, § 2, Rn.57, § 54, Rn.22; speziell zur Rechtslage in Baden-Württemberg vergleiche *Lickteig*, Die Anwendbarkeit der AO, S.33 ff.

⁷⁶⁰ *Allesch*, BayVBI 1992, S.621 (623); *Giehl*, *Verwaltungsverfahrenrecht in Bayern*, Art.54, Anm.I 2.

⁷⁶¹ *Stern*, *VerwArch* 49 (1958), S.106 (137 f.).

⁷⁶² *Pieper*, DVBI 1967, S.11 ff.

⁷⁶³ *Sonthheimer*, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag im Steuerrecht*, S.82; ausführlich zu den Theorien, *Sonthheimer*, a.a.O., S.77 ff.

⁷⁶⁴ *Schuster*, *Wirksame rechtswidrige öffentlich-rechtliche Verträge*, S.77.

⁷⁶⁵ *Scherzberg*, *JuS* 1992, S.205 (208); *Punke*, *Verwaltungshandeln durch Vertrag*, S.172 f.; *Bonk*, in: *Stelkens/ Bonk/ Sachs*, VwVfG, § 54, Rn.45; *Corell*, *DÖV* 1998, S.363 (365); *Maurer*, in: *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, S.15 (32).

2. Der Vertragsform entgegenstehende Rechtsvorschriften

Soweit Rechtsvorschriften entgegenstehen, ist die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrags unzulässig. Dieser Grundsatz ergibt sich schon aus Art.20 III GG (Vorrang des Gesetzes)⁷⁶⁶ und wird durch § 54 S.1 BayVwVfG konkretisiert.⁷⁶⁷ Entgegenstehende Vorschriften sind dabei auch solche, die allein nach Sinn und Zweck eine Regelung durch Vertrag ausschließen.⁷⁶⁸ Allerdings reicht die ausdrückliche Bereitstellung einer bestimmten Handlungsform allein nicht aus, da sie in der Regel nur Anknüpfungspunkt an überkommene Formen des Verwaltungshandelns darstellen.⁷⁶⁹ Es ist daher zu fragen, ob der Zweck der Regelung eine gleichberechtigte Mitwirkung Privater an der Setzung von Rechtsfolgen ausschließt.⁷⁷⁰ Die Unzulässigkeit der Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrags kann im Anwendungsbereich des Art.54 ff. BayVwVfG angesichts der ausdrücklichen Zulassung nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abgeleitet werden.

a. Entgegenstehende Vorschriften der AO

Im allgemeinen Steuerrecht werden öffentlich-rechtliche Verträge überwiegend abgelehnt.⁷⁷¹ Zwar enthält die Abgabenordnung kein explizites Vertragsformverbot. Ein Verbot wird jedoch aus verschiedenen Prinzipien des Abgabenrechts hergeleitet, die in verschiedenen Vorschriften der Abgabenordnung ausdrücklich normiert sind. Es handelt sich dabei um die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Gleichmäßigkeit der Besteuerung (§ 85 S.1 AO) und der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung (§ 38 AO); zudem werden § 155 AO und § 218 AO herangezogen, die bestimmen bzw. voraussetzen, dass die Steuer durch Steuerbescheid festzusetzen ist.⁷⁷² Zum Teil wird auch den §§ 163, 227 AO ein Vertragsformverbot entnommen.⁷⁷³ Die genannten Vorschriften sind im

⁷⁶⁶ *Schuster*, Wirksame rechtswidrige öffentlich-rechtliche Verträge, S.29 f.

⁷⁶⁷ *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht I, § 54, Rn.6.

⁷⁶⁸ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14, Rn.26.

⁷⁶⁹ *Scherzberg*, JuS 1992, S.205 (208); *Kunig*, DVBI 1992, S.1193 (1196).

⁷⁷⁰ *Scherzberg*, JuS 1992, S.205 (209).

⁷⁷¹ *BVerwG*, Urteil vom 5.6.1959, BVerwGE 8, S.329 (330); *BVerwG*, Urteil vom 27.1.1982, BVerwGE 64, 361 (363); *Allesch*, DÖV 1988, S.103; *Heun*, DÖV 1989, S.1053 (1056) jeweils m.w.N.

⁷⁷² Zum Teil wird auch aus dem Wesen der Steuer ein Vertragsformverbot abgeleitet, *Heun*, DÖV 1989, S.1053 (1058 ff.); zumindest im Kommunalabgabenrecht steht diesem allgemeinen Gesichtspunkt die grundsätzliche Zulässigkeit der Vertragsform gemäß Art.54 BayVwVfG jedoch entgegen.

⁷⁷³ *Thiem*, Allgemeines kommunales Abgabenrecht, S.82; *Gern*, KStZ 1985, S.81 (82).

Bereich des BayKAG gemäß Art.13 BayKAG anwendbar. Fraglich ist daher, inwieweit sie der Zulässigkeit der Vertragsform entgegenstehen.

Gemäß § 85 S.1 AO haben die Finanzbehörden die Steuern nach Maßgabe der Gesetze gleichmäßig festzusetzen und zu erheben. Der in § 85 S.1 AO normierte abgabenrechtliche Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Besteuerung führt zu dem Ergebnis, dass öffentliche Abgaben, die zu erheben die Behörde gesetzlich ermächtigt ist, auch erhoben werden müssen. Dieses Gebot der Abgabenerhebung impliziert das Verbot, durch Vertrag auf öffentliche Abgaben ganz oder zum Teil zu verzichten und die Abgabenerhebung damit in einer vom Gesetz abweichenden Weise zu gestalten⁷⁷⁴ Dabei handelt es sich jedoch um eine Frage der inhaltlichen Rechtmäßigkeit der Vereinbarung, nicht um ein Vertragsformverbot. Die Wahl der Handlungsform wird auch nicht durch den in § 85 S.1 AO normierten Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung berührt. Soweit die vertraglich vereinbarte Steuer nicht mit der gesetzlich geschuldeten Steuer übereinstimmt, ist dies ebenfalls eine Frage der Rechtmäßigkeit des Vertragsinhalts und nicht der Zulässigkeit der Vertragsform.⁷⁷⁵ Auch die Heranziehung der Steuerpflichtigen in unterschiedlicher Handlungsform führt nicht zwingend zu einer Ungleichbehandlung, da eine sachliche Rechtfertigung die verschiedene Formenwahl rechtfertigen kann.⁷⁷⁶

Gemäß § 38 AO entstehen die Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft. Die Vorschrift knüpft an das abgabenrechtliche Prinzip der Tatbestandsmäßigkeit an. Aus der Vorschrift folgt, dass eine Abgabe nur erhoben werden darf, soweit der Abgabentatbestand verwirklicht ist.⁷⁷⁷ Eine vertragliche Vereinbarung, die einen anderen als den in § 38 AO genannten Entstehungszeitpunkt regelt, ist rechtswidrig. Auch dies ist jedoch eine Frage der inhaltlichen Rechtmäßigkeit des Vertrags. Aus § 38 AO lässt sich aber im Übrigen nicht entnehmen, dass die Vertragsform als solche unzulässig ist.⁷⁷⁸

Gemäß § 155 I AO sind die Steuern durch Steuerbescheid, das heißt durch Verwaltungsakt festzusetzen. Die Anordnung der Handlungsform des Verwaltungsakts bei der Festsetzung der Steuer ist nach ganz h.M. zwingend und schließt die Festsetzung der Steuer durch öffentlich-

⁷⁷⁴ BVerwG, vom 21.10.1983, KStZ 1984, S.112 (113).

⁷⁷⁵ Gurlit, Verwaltungsvertrag und Gesetz, S.255.

⁷⁷⁶ Jachmann, Vereinbarungen über Erschließungsbeiträge im Rahmen von Grundstücksverträgen mit Gemeinden, S.211.

⁷⁷⁷ Brockmeyer, in: Klein, AO, § 38, Rn.5.

⁷⁷⁸ Sontheimer, Der verwaltungsrechtliche Vertrag im Steuerrecht, S.140.

rechtlichen Vertrag aus.⁷⁷⁹ Das ergibt sich zwar nicht schon aus der alleinigen Erwähnung des Verwaltungsakts als Handlungsform, aber aus der herausragenden Funktion des Abgabenbescheids für das Abgaberecht. Nur die Abgabenfestsetzung durch Bescheid ermöglicht eine einheitliche Erhebung nach Maßgabe der Gesetze.⁷⁸⁰ Darüber hinaus kann § 155 I AO jedoch kein allgemeiner Rechtsgedanke dahingehend entnommen werden, dass über das Festsetzungsverfahren hinaus ein Vertragsformverbot im gesamten Anwendungsbereich der AO besteht.⁷⁸¹ Öffentlich-rechtliche Vereinbarungen, die sich auf die Begründung oder die Höhe einer Abgabenschuld beziehen, werden daher vom Vertragsformverbot des § 155 I AO nicht erfasst. Die Behörde kann sich daher z.B. verpflichten, die Abgabe in einer bestimmten Höhe festzusetzen. Fraglich ist in einem solchen Fall nicht die Zulässigkeit der Vertragsform, sondern die Rechtmäßigkeit des Vertragsinhalts.⁷⁸² Im Erhebungsverfahren regelt § 218 I AO, dass die Erhebung der gemäß § 155 I AO festgesetzten Steuer durch Steuerbescheid zu erfolgen hat. Die Vorschrift bezieht sich ausschließlich auf die durch Festsetzungsbescheid festgesetzte Steuer, so dass ihr darüber hinaus kein Vertragsformverbot entnommen werden kann.⁷⁸³

Auch aus §§ 163 I S.1, 227 AO ergibt sich kein Vertragsformverbot:⁷⁸⁴ Die Entscheidung über die Anwendung einer Billigkeitsmaßnahme ist eine gegenüber der Steuerfestsetzung selbstständige Verwaltungsentscheidung.⁷⁸⁵ Die Vorschriften regeln nicht, in welcher Form die Entscheidung über die Anwendung einer Billigkeitsmaßnahme zu erfolgen hat. Da es sich um eine gegenüber der Steuerfestsetzung eigenständige Entscheidung handelt, gilt nicht das Vertragsformverbot des § 155 I AO. Eine Entscheidung in Form des Vertrages widerspricht auch nicht Sinn und Zweck der §§ 163, 227 AO. Dieser besteht darin, in atypischen Sonderfällen eine einzelfallgerechte Abgabe festzusetzen bzw. zu erheben. Dieses Ergebnis kann auch erreicht werden, wenn nicht durch Verwaltungsakt, sondern in der Form des Vertrags gehandelt wird. Soweit

⁷⁷⁹ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14, Rn.3b; *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, S.565; *Gern*, KStZ 1979, S.161; *Rodewoldt*, Das Kommunalabgabenverfahren, S.237 f. m.w.N.

⁷⁸⁰ *Gurlit*, Verwaltungsvertrag und Gesetz, S.256.

⁷⁸¹ *Gurlit*, Verwaltungsvertrag und Gesetz, S.257.

⁷⁸² *Sontheimer*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S.143.

⁷⁸³ *Jachmann*, Vereinbarungen über Erschließungsbeiträge im Rahmen von Grundstücksverträgen mit Gemeinden, S.222.

⁷⁸⁴ *Bohley/ Foohs*, Handbuch des gemeindlichen Steuerrechts, Band I, 1.Halbband, Teil III, Frage 22, Erl. 4.

⁷⁸⁵ *BVerwG*, Urteil vom 4.6.1982, NJW 1982, S.2682 (2683).

eine Vereinbarung von den §§ 163, 227 AO abweicht, ist dies eine Frage der inhaltlichen Rechtmäßigkeit der Vereinbarung.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass im Anwendungsbereich der AO ein generelles Vertragsformverbot nicht besteht. Insbesondere die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und Gleichmäßigkeit der Abgabenerhebung wenden sich nicht gegen die Form des Vertrags als solche, sondern sind Maßstab für einen rechtmäßigen Vertragsinhalt. Ein Vertragsformverbot ergibt sich lediglich aus § 155 AO. Die Behörde muss daher die Abgaben durch Abgabenbescheid festsetzen.

b. Entgegenstehende Vorschriften des Erschließungsbeitragsrechts nach BauGB und BayKAG

Gemäß § 127 I BauGB sind die Gemeinden entsprechend den Vorschriften der §§ 127 II ff. BauGB zur Beitragserhebung verpflichtet.⁷⁸⁶ Entsprechend diesen Vorschriften ist der Beitrag aufgrund einer Satzung⁷⁸⁷ durch Beitragsbescheid⁷⁸⁸ gegenüber dem Beitragsschuldner geltend zu machen. Nach ganz h.M. entspricht diesem Gebot zur Beitragserhebung durch Beitragsbescheid ein Verbot, Erschließungskosten in der Form des Vertrags auf die Anlieger abzuwälzen, soweit nicht die abgabenrechtlichen Vorschriften selbst eine Ausnahme von diesem Vertragsformverbot zulassen.⁷⁸⁹ Dies verbietet allerdings nicht, dass sich die Gemeinde zur Festsetzung in bestimmter Höhe verpflichtet.⁷⁹⁰ Die Rechtmäßigkeit dieser Verpflichtung bestimmt sich nach ihrem Inhalt, nicht nach ihrer Form.

Darüber hinaus lässt sich den erschließungsbeitragsrechtlichen Vorschriften des BauGB kein weiteres Vertragsformverbot entnehmen. Insbesondere § 133 III BauGB und § 135 V BauGB begründen ein solches Verbot nicht. § 133 III BauGB schließt die Zulässigkeit der Vertragsform bezüglich der Ablösung oder einer Vorausleistung nicht aus. Die Ablösung nach § 133 III S.2 BauGB kann sogar nur aufgrund vertraglicher Vereinbarung erfolgen, da sie nicht einseitig durch die Gemeinde auferlegt werden kann.⁷⁹¹ Sie stellt somit gerade eine Ausnahme vom Verbot, einen Erschließungsbeitrag durch vertragliche Vereinbarung zu erheben, dar. Auch die Erhebung einer Vorausleistung gemäß § 133 III BauGB

⁷⁸⁶ Zur Beitragserhebungspflicht siehe oben, 2.Teil:C.I.1.b, Seite 70.

⁷⁸⁷ Siehe oben, 2.Teil:C.I.1.c, Seite 71.

⁷⁸⁸ Siehe oben, 2.Teil:C.I.2.c(1)(b), Seite 99.

⁷⁸⁹ *BVerwG*, Urteil vom 1.12.1989, *BVerwGE* 84, 183 (188); *BVerwG*, Urteil vom 27.1.1982, *BVerwGE* 64, 361 (362).

⁷⁹⁰ Siehe oben, 3.Teil:A.I.2.a, Seite 143.

⁷⁹¹ Siehe oben, 2.Teil:C.I.2.c(2), Seite 101.

muss nicht in der Form des Verwaltungsakts erfolgen.⁷⁹² Bezüglich der Vorausleistung sieht § 133 III BauGB nicht vor, in welcher Form die Vorausleistung zu erheben ist. Auch der Sinn und Zweck der Regelung lässt nicht auf ein Vertragsformverbot schließen; das zeigt insbesondere ein Vergleich mit § 127 I BauGB: Anders als die Beitragserhebung steht die Erhebung der Vorausleistung im Ermessen der Gemeinde. Sie bezweckt nicht die endgültige Abrechnung der Erschließungskosten, sondern soll die Gemeinde von ihrer Vorfinanzierungslast befreien. Die vertragliche Vereinbarung einer Vorausleistung widerspricht diesem Zweck nicht. Die Vereinbarung einer Vorausleistung ist auch nicht deswegen unzulässig, weil sie gegen das Gebot verstößt, Beiträge durch Bescheid zu erheben. Bei der Vereinbarung einer Vorausleistung bleibt die endgültige Abrechnung gerade einer Beitragserhebung durch Bescheid entsprechend der §§ 127 II ff. BauGB vorbehalten. Inwieweit die Vorausleistungsvereinbarung die gesetzlichen Anforderungen des § 133 III BauGB zu beachten hat, ist eine Frage der inhaltlichen Rechtmäßigkeit der Vereinbarung, schließt aber in jedem Fall nicht die Zulässigkeit der Vertragsform aus. Entsprechendes gilt für eine Billigkeitsmaßnahme gemäß § 135 V BauGB: Auch hier schreibt das Gesetz keine Handlungsform vor; ein Handeln in der Form des Vertrags widerspricht auch nicht Sinn und Zweck der Vorschrift.⁷⁹³

Auch im Anwendungsbereich des BayKAG dürfen Beiträge grundsätzlich nicht in der Form des Vertrags auf Anlieger festgesetzt werden, da auch hier die Gemeinden verpflichtet sind, die Kosten durch Abgabebescheid aufgrund einer Abgabesatzung festzusetzen. Entsprechend dem zum Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB Gesagten sind Verträge bei ausdrücklicher Gestattung oder außerhalb dieses Vertragsformverbots jedoch zulässig.

3. Die Unwirksamkeit unzulässiger abgabenrechtlicher Vereinbarungen

Soweit ein Vertragsformverbot besteht, ist fraglich, wie sich der Verstoß gegen dieses Verbot auf die Wirksamkeit des Vertrags auswirkt. Aus Art.59 BayVwVfG ergibt sich, dass nicht jede Rechtsverletzung den Vertrag automatisch nichtig macht, sondern einer der dort abschließend aufgeführten Nichtigkeitsgründe vorliegen muss.⁷⁹⁴ Bei dem Verstoß gegen ein Vertragsformverbot kommt insbesondere eine Unwirksamkeit

⁷⁹² Ganz h.M.: *BVerwG*, Urteil vom 22.8.1975, *BVerwGE* 49, 125; *Ernst*, in: *E/ Z/ B/ K*, BauGB, § 133, Rn.70; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 21, Rn.52; *Löhr*, in: *B/ K/ L*, BauGB, § 133, Rn.42.

⁷⁹³ Siehe bereits oben, 3.Teil:A.I.2.a, Seite 144, zu den Billigkeitsmaßnahmen im Anwendungsbereich des BayKAG.

⁷⁹⁴ *Ule/ Laubinger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*, § 70, Rn.10.

gemäß Art.59 I BayVwVfG i.V.m. § 134 BGB in Betracht, da die Vereinbarung gegen eine gesetzliche Vorschrift verstößt.⁷⁹⁵ Der Verweis auf das BGB erfasst nach ganz überwiegender Auffassung auch § 134 BGB.⁷⁹⁶ Unstreitig fällt unter § 134 BGB nicht jeder schlichte Rechtsverstoß.⁷⁹⁷ der einschlägigen Vorschrift muss vielmehr entnommen werden können, dass sie das Rechtsgeschäft verbieten will („qualifizierte Rechtswidrigkeit“).⁷⁹⁸ Andernfalls würde die Vorschrift des Art.59 II BayVwVfG, die enumerativ die Fälle einer Nichtigkeit aufzählt, leerlaufen.⁷⁹⁹ Dies ergibt sich im Übrigen auch unmittelbar aus § 134 BGB. Wann eine solche „qualifizierte Rechtswidrigkeit“ vorliegt, ist im Einzelfall jedoch streitig. Die ganz h.L. geht aber davon aus, dass zumindest der Verstoß gegen ein Vertragsformverbot durchweg zur Nichtigkeit des Vertrags gemäß Art.59 S.1 BayVwVfG i.V.m. § 134 BGB führt.⁸⁰⁰

4. Zusammenfassung

Im kommunalen Abgabenrecht besteht für die Gemeinden das Gebot, anfallende Erschließungskosten aufgrund einer gemeindlichen Satzung durch Abgabenbescheide festzusetzen. Verträge, die dieses Gebot missachten, sind gemäß Art.59 I BayVwVfG i.V.m. § 134 BGB grundsätzlich unwirksam, soweit nicht die abgabenrechtlichen Bestimmungen selbst hiervon Ausnahmen zulassen. Solche Ausnahmen normieren § 133 III S.2 BauGB und Art.5 IX BayKAG. Verträge, die nicht auf die Festsetzung von Erschließungsbeiträgen zielen, sondern andere Zwecke verfolgen, sind ebenfalls zulässig. Dies gilt für Vorauszahlungsvereinbarungen, die die endgültige Abrechnung nach den abgabenrechtlichen Vorschriften vorbehalten und Vorschussvereinbarungen, die auch nicht zu einer endgültigen Abgabenerhebung führen. Ebenso können Billigkeitsmaßnahmen, die zu einem (teilweisen) Erlass der Abgabenerforderung führen durch Vertrag vereinbart werden, da in diesem Fall keine

⁷⁹⁵ Nach anderer Auffassung ergibt sich die Unwirksamkeit bei einem Verstoß gegen das Vertragsformverbot unmittelbar aus Art.54 S.1 BayVwVfG i.V.m. dem Vertragsformverbot, *Punke*, Verwaltungshandeln durch Vertrag, S.158; *Gurlit*, Verwaltungsvertrag und Gesetz, S.416 ff.

⁷⁹⁶ Vgl. *Erichsen/Scherzberg*, Jura 1994, S.212 (215 f.).

⁷⁹⁷ *Bonk*, in: Stelkens/ Bonk/ Sachs, § 59, Rn.50 m.w.N.

⁷⁹⁸ *BVerwG*, Urteil vom 3.3.1995, BVerwGE 98, 58 (63); *BVerwG*, Urteil 23.8.1991, BVerwGE 89, 7 (10); *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14, Rn.42; *Bonk*, in: Stelkens/ Bonk/ Sachs, VwVfG, § 59, Rn.50; ausführlich zum Meinungsstand: *Punke*, Verwaltungshandeln durch Vertrag, S.145 ff.

⁷⁹⁹ *Göldner*, JZ 1976, S.352 (357); *Maurer*, JuS 1976, S.485 (494); *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, S.551.

⁸⁰⁰ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14, Rn.42b; *Henneke*, in: Knack, VwVfG, § 54, Rn.19.

Abgabe festgesetzt wird, sondern gerade auf sie verzichtet wird. Weiterhin sind sonstige Austausch- oder Vergleichsverträge zulässig, die nicht auf eine vertragliche Abwälzung von Erschließungskosten zielen.

II. Die inhaltliche Rechtmäßigkeit kommunalabgabenrechtlicher Vereinbarungen und die Folge von Gesetzesverstößen

Bereits bei der Prüfung der Zulässigkeit der Vertragsform wurde darauf hingewiesen, dass einzelne abgabenrechtliche Vorschriften zwar nicht der Form des Vertrags, sehr wohl aber der inhaltlichen Gestaltung entgegenstehen. Bevor einzelne zulässige Vertragsgestaltungen und ihre Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen im Einzelnen untersucht werden, soll zunächst der allgemeine Maßstab, an dem diese Vereinbarungen zu messen sind, dargestellt werden. Dabei ist auch zu untersuchen, welche Folge ein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften nach sich zieht. Wie bereits dargestellt⁸⁰¹, führt nicht jeder Verstoß gegen rechtliche Vorschriften zu Unwirksamkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages.⁸⁰² Ist die Rechtswidrigkeit einer vertraglichen Vereinbarung festgestellt, muss in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob die Gesetzesinkongruenz die Nichtigkeitsfolge nach sich zieht.

1. Der Maßstab für die Beurteilung der inhaltlichen Rechtmäßigkeit

Eine abgabenrechtliche Vereinbarung hat als öffentlich-rechtlicher Vertrag die Art.54 ff. BayVwVfG zu beachten. Danach sind Vereinbarungen gemäß Art. 54 S.1 BayVwVfG inhaltlich nur dann rechtmäßig, wenn sie nicht gegen Rechtsvorschriften verstoßen. Soweit die Verwaltung gesetzlich gebunden ist, ist zwar die Form des Vertrags zulässig, der Vertragsinhalt muss jedoch mit der Gesetzeslage übereinstimmen, andernfalls ist der Vertrag rechtswidrig.⁸⁰³ Darüber hinaus hat die jeweilige Vereinbarung auch die übrigen Voraussetzungen der Art.54 ff. BayVwVfG zu beachten, soweit nicht das Abgabenrecht abschließende speziellere Voraussetzungen enthält.

a. Abgabenrechtliche Vorschriften

Bei den erschließungsbeitragsrechtlichen Vorschriften des BauGB und des BayKAG handelt es sich um Rechtsvorschriften, die die Gemeinde gesetzlich binden: Auch im kommunalen Abgabenrecht gilt der allgemeine abgabenrechtliche Grundsatz, dass Abgaben nur bei Vorliegen eines gesetzlichen Tatbestands erhoben werden dürfen (Art.13 I

⁸⁰¹ Oben, 3.Teil:A.I.3, Seite 146.

⁸⁰² *Grziwotz*, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, Rn.199, *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, S.381.

⁸⁰³ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14, Rn.31.

Nr.2b BayKAG i.V.m. § 38 AO) und die Gemeinde in diesem Fall an die abgabenrechtlichen Vorschriften gebunden ist (Art.13 I Nr.3a BayKAG i.V.m. § 85 AO). Diese Grundsätze werden in den jeweiligen Normenkomplexen noch konkretisiert: Gemäß § 127 I BauGB ist der Aufwand für Erschließungsanlagen nach Maßgabe der §§ 127 II ff. BauGB zu decken. Die Aufwendungen für die erstmalige Herstellung einer Wasserversorgungs- oder Entwässerungsanlage sind zwingend nach den abgabenrechtlichen Vorschriften des BayKAG zu decken. Die Abgabenerhebung findet in beiden Fällen aufgrund der gemeindlichen Satzung i.V.m. den abgabenrechtlichen Vorschriften statt.

Ob eine zulässige Vereinbarung, die inhaltlich gegen Normen verstößt, die Ausdruck der zuvor genannten kommunalabgabenrechtlichen Prinzipien sind, auch unwirksam ist, ergibt sich aus Art.59 I BayVwVfG i.V.m. § 134 BGB. Wesentliches Kriterium ist dabei – wie auch im Zivilrecht – unter anderem, ob die einschlägige Norm des jeweiligen Fachrechts dahin auszulegen ist, dass sie inhaltlich abweichende Vereinbarungen gerade verbieten will.⁸⁰⁴ Es ist somit auf Wortlaut, Sinn und Zweck der Norm abzustellen.⁸⁰⁵ Zusätzlich muss der Vertrag öffentliche Belange oder Interessen von einigem Gewicht beeinträchtigen.⁸⁰⁶ Wenn auch aufgrund dieser interpretationsbedürftigen Kriterien auf anderen Gebieten des Verwaltungsrechts unterschiedliche Ergebnisse erzielt werden, besteht zumindest im kommunalen Abgabenrecht eine einhellige Auffassung. Das Gebot, die Abgaben entsprechend den abgabenrechtlichen Vorschriften zu erheben, beinhaltet das Verbot, durch Vertrag die Abgabenerhebung in einer vom Gesetz bzw. der Abgabensatzung abweichenden Weise zu gestalten, sofern das Gesetz dies nicht ausnahmsweise gestattet.⁸⁰⁷ Das ergibt sich daraus, dass die abgabenrechtlichen Vorschriften selbst ihre Verbindlichkeit anordnen und damit einfachgesetzlich das verfassungsrechtliche Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Abgabenerhebung wiederholen. Dieser Grundsatz ist rechtsstaatlich so fundamental, dass eine Verletzung als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot zu betrachten ist, das die Nichtigkeit zur Folge haben muss.⁸⁰⁸ Nach h.M. kann diese strikte Gesetzesbindung auch nicht durch das Einverständnis des Bürgers zu seinen Ungunsten gelockert werden.

⁸⁰⁴ BVerwG, Urteil vom 3.3.1995, BVerwGE 98, 58 (63); *Ule/ Laubinger*, Verwaltungsverfahrenrecht, § 70, Rn.23; *Grziwotz*, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, Rn.199.

⁸⁰⁵ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14, Rn.42.

⁸⁰⁶ *Grziwotz*, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, Rn.199.

⁸⁰⁷ BVerwG, Urteil vom 27.1.1982, BVerwGE 64, 361 (363); *VGH Mannheim*, Urteil vom 22.8.1996, NVwZ-RR, S.675 (676); *Weber*, KStZ 2000, S.3 (6).

⁸⁰⁸ BVerwG, Urteil vom 27.1.1982, BVerwGE 64, 361 (363); BVerwG, Urteil vom 22.8.1975, BVerwGE 49, 125 (128); BVerwG, Urteil vom 5.6.1959, BVerwGE 8, 329 (330); *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, S.554 f.

Zwar kann nach überwiegender Auffassung der Bürger auf eine ihn begünstigende Rechtsposition verzichten, wenn die Rechtsposition ausschließlich in seinem Interesse begründet wurde und deshalb zu dessen Verfügung steht und der Verzicht im konkreten Fall nicht gegen das Koppelungsverbot verstößt.⁸⁰⁹ Die abgabenrechtlichen Normen stehen jedoch nicht ausschließlich im Individualinteresse des einzelnen Bürgers, so dass schon von daher ein Verzicht unmöglich ist. Das in den abgabenrechtlichen Normen zum Ausdruck kommende verfassungsrechtliche Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Abgabenerhebung beinhaltet – wie ein Großteil der verwaltungsrechtlichen Vorschriften⁸¹⁰ – Vorgaben für das behördliche Handeln, die im Interesse der Allgemeinheit zur strikten Gesetzesanwendung verpflichten, unabhängig von der Willensrichtung des Vertragspartners.

Die im Folgenden zu untersuchenden vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten sind inhaltlich somit an den einschlägigen abgabenrechtlichen Vorschriften zu messen. Soweit sie dazu führen, dass sie zu einer von den abgabenrechtlichen Vorschriften abweichenden Abgabenerhebung führen, ohne dass ein Ausnahmetatbestand dies ausnahmsweise gestattet, ist die Vereinbarung rechtswidrig und unwirksam.

b. Vorschriften des BayVwVfG

Soweit die Voraussetzungen der Art.54 ff. BayVwVfG zu beachten sind, ist insbesondere entscheidend, ob ein Vertrag i.S.d. Art.54 S.2 BayVwVfG vorliegt. Nur im diesem Fall sind Art.55, 56, 59 II, 61 BayVwVfG anwendbar. Art.54 S.2 BayVwVfG erfasst – entgegen seinem missverständlichen Wortlaut – nach h.M. die sogenannten subordinationsrechtlichen Verträge,⁸¹¹ also Verträge zwischen Vertragspartnern, die im Verhältnis der Über- und Unterordnung zueinander stehen. Es ist allerdings umstritten, wann ein solches Verhältnis vorliegt. Im Wesentlichen können vier unterschiedliche Auffassungen grob unterschieden werden:⁸¹² Nach erster Ansicht liegt ein subordinationsrechtlicher Vertrag bereits dann vor, wenn auf der einen Seite mindestens ein Verwaltungsträger und auf der anderen Seite mindestens ein Privater beteiligt ist,⁸¹³ nach der zweiten Ansicht, wenn die Parteien allgemein in einem Über- und Unterordnungsverhältnis stehen⁸¹⁴ (also regelmäßig im Verhältnis

⁸⁰⁹ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14, Rn.34.

⁸¹⁰ *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, S.83.

⁸¹¹ *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, S.48; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 54, Rn.48.

⁸¹² *Ehlers*, NJW 1990, S.800, (802).

⁸¹³ *Müller*, Öffentliches Vertragsrecht in der Praxis, S.138; *Ehlers*, NJW 1990, S.800 (802).

⁸¹⁴ *Stern*, VerwArch 49 (1958), S.106 (143 f.).

Staat zu Bürger). Nach weiterer Auffassung ist hingegen auf ein spezielles subordinationsrechtliches Verhältnis abzustellen. Dabei kommt es nach einer Ansicht auf den jeweiligen Vertragsgegenstand, das heißt auf den im Vertrag angesprochenen Lebenssachverhalt an,⁸¹⁵ nach anderer – strengerer – Ansicht darauf, ob die Behörde den Vertragsinhalt durch Verwaltungsakt hätte festsetzen können.⁸¹⁶ Fraglich ist, welcher dieser vier Ansichten der Vorzug zu geben ist. Der Gesetzgeber hat durch die nur für subordinationsrechtliche Verträge geltenden Vorschriften (Art. 55, 56, 59 II und 61 BayVwVfG) eine stärkere gesetzliche Bindung insbesondere zum Schutz des Bürgers bezweckt.⁸¹⁷ Den beiden letztgenannten Ansichten ist daher schon deswegen nicht zu folgen, weil diese speziellen Schutzvorschriften sonst nur für einen verhältnismäßig kleinen Teil von Verwaltungsverträgen überhaupt Anwendung fänden; das ist offensichtlich nicht gewollt.⁸¹⁸ Im Übrigen ist die Ansicht zu bevorzugen, die den gesetzgeberischen Zweck, das heißt den Schutz des Bürgers, am ehesten umzusetzen vermag. Dies erreichen die beiden erstgenannten Ansichten, da sie immer dann einen subordinationsrechtlichen Vertrag annehmen, wenn sich Verwaltungsträger und Bürger gegenüberstehen.⁸¹⁹ Die zweitgenannte Auffassung hat dabei den argumentativen Nachteil, dass sie nicht zu begründen vermag, warum allgemein – also außerhalb konkreter Rechtsvorschriften – der Staat dem Bürger immer übergeordnet sein soll.⁸²⁰ Es ist daher der erstgenannten Ansicht zu folgen. Es ist mit dieser Auffassung somit davon auszugehen, dass ein subordinationsrechtlicher Vertrag immer dann vorliegt, wenn die Behörde den konkreten Vertragsinhalt durch einen Verwaltungsakt hätte festsetzen können. Dies ist bei abgabenrechtlichen Verträgen der Fall, so dass es sich bei diesen um subordinationsrechtliche Verträge handelt, auf die die Art. 55, 56, 59 II und 61 BayVwVfG Anwendung finden.

Ob ein Verstoß gegen eine dieser Vorschriften zur Unwirksamkeit der abgabenrechtlichen Vereinbarung führt, beantwortet sich nach Art.59 BayVwVfG und wird im Rahmen der verschiedenen Vertragstypen untersucht.

⁸¹⁵ So wohl z.B. *Henneke*, in: Knack, VwVfG, § 54, Rn.9.

⁸¹⁶ *Weyreuther*, UPR 1994, S.121 (125).

⁸¹⁷ Vgl. *BT-Drucksache* 7/910, S.78 und S.80.

⁸¹⁸ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14, Rn.13; vgl. auch *BVerwG*, Urteil vom 16.5.2000, BVerwGE 111, 162 (165); *VGH München*, Urteil vom 11.4.1990, NVwZ 1990, S.979 (981).

⁸¹⁹ *Ehlers*, NJW 1990, S.800 (802, Fn.19); *Müller*, Öffentliches Vertragsrecht in der Praxis, S.138.

⁸²⁰ Vgl. *Müller*, Öffentliches Vertragsrecht in der Praxis, S.132 ff.; *Punke*, Verwaltungshandeln durch Vertrag, S.36.

2. Die Ablösungsvereinbarungen gemäß § 133 III S.5 BauGB und Art.5 IX BayKAG

Gemäß § 133 III S.5 BauGB kann die Gemeinde Bestimmungen über die Ablösung des Erschließungsbeitrags im Ganzen vor Entstehung der Erschließungsbeitragspflicht treffen. Entsprechend regelt Art.5 IX BayKAG, dass der Beitragsberechtigte die Ablösung des Beitrags vor Entstehung der Beitragspflicht gegen eine angemessene Gegenleistung zulassen kann. Vorschriften der AO bzw. die gemeindliche Abgabenerhebungspflicht stehen aufgrund dieser ausdrücklichen gesetzlichen Regelung der Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung nicht entgegen. Die Gemeinde kann den Abschluss einer Ablösungsvereinbarung nicht verlangen. Umgekehrt besteht kein Anspruch des künftig Beitragspflichtigen auf Abschluss eines Ablösungsvertrags. Etwas Anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn die Gemeinde hinsichtlich einer Erschließungsanlage bereits mit der Mehrzahl der zukünftig Beitragspflichtigen eine entsprechende Vereinbarung getroffen hat. Als Gegenleistung kann ein Geldbetrag oder eine andere geldwerte Leistung vereinbart werden.⁸²¹ Da das Recht der Ablösung eine Ausnahme von dem Grundsatz bildet, dass eine vertragliche Überbürdung von Erschließungskosten verboten ist, ist die Vereinbarung wegen Verstoßes gegen ein Vertragsformverbot nichtig, wenn die Voraussetzungen der Ablösungsvorschriften nicht beachtet wurden. In diesem Fall handelt die Gemeinde außerhalb der Ausnahmevorschrift und entgegen dem Vertragsformverbot.⁸²²

Häufig wird sich das Interesse eines Grundstückseigentümers auf Ablösung der Erschließungsbeiträge daraus ergeben, dass er beabsichtigt, die Grundstücksflächen zu bebauen und weiterzuveräußern.⁸²³ Die vorzeitige Ablösung der Erschließungsbeiträge sichert in diesem Fall die Richtigkeit der Kaufpreiskalkulation.⁸²⁴ Ein weiterer praktisch wichtiger Anwendungsfall ist der Abschluss einer Ablösungsvereinbarung im Zusammenhang mit einer Baulandveräußerung durch die Gemeinde. Zweck der Vereinbarung ist es, im Rahmen eines einheitlichen Kauf- und Ablösungsvertrags sämtliche Zahlungsansprüche endgültig zu erledigen.⁸²⁵ Zumindest die Ablösungsvereinbarung dieses zusammenge-

⁸²¹ So zum BayKAG: *Donhauser/ Hürholz/ Schwinghammer/ Peters*, Kommunalabgabenrecht in Bayern, Art.5 KAG, Erl.23; zum BauGB: *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 22, Rn.2.

⁸²² *BVerwG*, Urteil vom 1.12.1982, BVerwGE 84, 183 (189 f.).

⁸²³ *Schmittat*, DNotZ 1991, S.288 (290).

⁸²⁴ *Weber*, KStZ 1997, S.125 (127).

⁸²⁵ Siehe oben, 3.Teil:A, Seite 138.

setzten Vertrags ist dem öffentlichen Recht zuzuordnen.⁸²⁶ Je nachdem ob der Ablösebetrag offengelegt wird oder Inhalt des Kaufpreises ist, kann zwischen einer offenen und einer verdeckten Ablösungsvereinbarung unterschieden werden.⁸²⁷ Als eine öffentlich-rechtliche (verdeckte) Ablösungsvereinbarung ist auch eine Vertragsgestaltung zu behandeln, in der die insgesamt zu erbringende Leistung des Käufers als Kaufpreis bezeichnet wird und sich die Gemeinde verpflichtet, den Käufer von künftigen Erschließungsbeiträgen freizustellen.⁸²⁸ Durch die vertragliche Vereinbarung sollen durch einen Teil des zu zahlenden Kaufpreises die künftig entstehenden Erschließungskosten außerhalb einer Beitragserhebung überbürdet werden.⁸²⁹ Eine solche Vertragsgestaltung ist daher wegen eines Verstoßes gegen das Beitragserhebungsgebot unzulässig und somit nichtig,⁸³⁰ soweit nicht die Voraussetzungen einer Ablösung vorliegen.

a. Die Voraussetzungen einer wirksamen Ablösungsvereinbarung

Der Abschluss einer Ablösungsvereinbarung ist nur möglich, wenn die Gemeinde vor dem Entstehen der Beitragspflicht Bestimmungen hinsichtlich einer Ablösung geschaffen hat.⁸³¹ Im Anwendungsbereich des BayKAG müssen diese Bestimmungen gemäß Art.5 IX S.2 BayKAG in der Beitragssatzung getroffen werden, im Anwendungsbereich des § 133 III S.2 BauGB ist eine satzungsrechtliche Regelung nicht notwendig, aber zumindest zweckmäßig.⁸³² Die Bestimmungen müssen mindestens Aussagen darüber enthalten, wie der zu vereinbarende Ablösungsbetrag zu errechnen ist, das heißt es ist zu bestimmen, wie der voraussichtliche Erschließungsaufwand zu ermitteln (Einheitssätze oder ge-

⁸²⁶ *Schmittat*, DNotz 1991, S.288 (293); zur Einordnung des gesamten vertraglichen Gefüges vgl. die ausführliche Behandlung bei *Jachmann*, Vereinbarungen über Erschließungsverträge im Rahmen von Grundstücksverträgen mit Gemeinden, S.175 ff.

⁸²⁷ *Schmittat*, DNotZ 1991, S.288 (290 f.).

⁸²⁸ *BVerwG*, Urteil vom 1.12.1982, *BVerwGE* 84, 183 (181); siehe oben, 3.Teil:A, Seite 139.

⁸²⁹ Geht der Parteiwille ausnahmsweise dahin, dass die gesamte Leistung des Käufers den Kaufpreis tilgen soll, ist in der Freistellungsvereinbarung ein Verzicht der Gemeinde auf Erhebung von Erschließungsbeiträgen zu sehen, der nur zulässig ist, soweit die Voraussetzungen eines Erlasses vorliegen, siehe unten, 3.Teil:A.II.6, Seite 165.

⁸³⁰ Vgl. oben, 3.Teil:A.I.3, Seite 147.

⁸³¹ Die rückwirkende Inkraftsetzung solcher Bestimmungen führt nicht zu einer Heilung des nichtigen Vertrags, *BVerwG*, Urteil vom 27.1.1982, *BRS* 43, S.293 (295).

⁸³² *BVerwG*, Urteil vom 27.1.1982, *BVerwGE* 64, 361 (364 f.).

schätzte tatsächliche Kosten) und zu verteilen ist.⁸³³ Die Gemeinde kann entweder auf die entsprechenden Bestimmungen zur Errechnung des Beitrags Bezug nehmen.⁸³⁴ Die Gemeinde hat aber auch die Möglichkeit, die Art der Aufwandsermittlung und der Verteilung inhaltlich anders zu regeln als bei der Beitragserhebung, soweit die Bestimmungen geeignet sind, den mutmaßlich entstehenden Aufwand vorteilsgerecht zuzuordnen; der Verteilungsmaßstab muss dabei die Voraussetzungen der § 131 II, III BauGB bzw. Art.5 II S.1 BayKAG erfüllen.⁸³⁵

Darüber hinausgehende Bestimmungen sind nicht erforderlich, da sich die übrigen Voraussetzungen der Ablösung aus dem Gesetz ergeben. § 133 III S.2 BauGB und Art.5 IX BayKAG sind beitragsrechtliche Vorschriften des BauGB bzw. des BayKAG. Regelungen des Beitragsrechts, die für die Höhe des jeweils abzulösenden Betrags von Bedeutung sein können, finden daher Anwendung.⁸³⁶ Im Bereich des BauGB gilt dies z.B. für § 129 I S.3 BauGB und § 131 I BauGB.⁸³⁷ Entsprechend ist im Rahmen des BayKAG Art.5 I BayKAG anwendbar. Daneben ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, dass die Ablösung nur für beitragsfähige Maßnahmen, vor Entstehung der endgültigen Beitragspflicht und nur für ein später der Beitragspflicht unterliegendes Grundstück erfolgen kann.⁸³⁸ Für die Ablösung nach § 133 III S.2 BauGB ergibt sich weiterhin, dass sich die Ablösungsvereinbarung auf die Ablösung des Beitrags im Ganzen beziehen muss, die Ablösung von Teilbeträgen also unzulässig ist.⁸³⁹ Das gilt entsprechend im Anwendungsbereich des BayKAG, da gemäß Art.5 IX BayKAG nur die Ablösung des Beitrags, nicht aber von Teilbeiträgen zulässig ist.⁸⁴⁰

Hat die Gemeinde ausreichende Ablösungsbestimmungen getroffen, ist sie berechtigt, mit einem künftigen Beitragspflichtigen den Beitrag durch eine Vereinbarung abzulösen. Die getroffene Ablösungsvereinbarung muss dabei in Übereinstimmung mit den Ablösungsbestimmungen stehen.⁸⁴¹ Da sich die Wirkung der Ablösung auf das in der Vereinbarung gekennzeichnete Grundstück hinsichtlich seiner gesamten Fläche bezieht, ist es hinreichend genau zu bezeichnen.⁸⁴² Für den zu zahlenden

⁸³³ BVerwG, Urteil vom 27.1.1982, BVerwGE 64, 361 (365).

⁸³⁴ BVerwG, Urteil vom 27.1.1982, BVerwGE 64, 361 (367 f.).

⁸³⁵ BVerwG, Urteil vom 27.1.1982, BVerwGE 64, 361 (367).

⁸³⁶ BVerwG, Urteil vom 27.1.1982, BVerwGE 64, 361 (366).

⁸³⁷ BVerwG, Urteil vom 27.1.1982, BVerwGE 64, 361 (366).

⁸³⁸ BVerwG, Urteil vom 27.1.1982, BVerwGE 64, 361 (366).

⁸³⁹ Löhr, in: B/ K/ L, BauGB, § 133, Rn.50.

⁸⁴⁰ So im Ergebnis Grziwotz, MittBayNot 1993, S.137 (142).

⁸⁴¹ BVerwG, Urteil vom 1.12.1989, BVerwGE 84, 183 (189).

⁸⁴² Klausling, in: FS für Felix Weyreuther, S.455 (468).

Ablösungsbetrag ist im Ablösungsvertrag ein Fälligkeitstermin festzulegen, da § 135 I BauGB für die vertraglich vereinbarte Ablösung nicht gilt.⁸⁴³ Beim Abschluss der Ablösungsvereinbarung ist gemäß Art.57 BayVwVfG die Schriftform zu beachten. Wird die Ablösung im Rahmen eines Verkaufs eines gemeindeeigenen Grundstücks vereinbart, ist zudem die notarielle Beurkundung der Ablösungsvereinbarung erforderlich.⁸⁴⁴ Ein Ablösungsvertrag, der dem Schriftformerfordernis nicht genügt, ist gemäß Art.59 I BayVwVfG i.V.m. § 125 S.1 BGB nichtig.⁸⁴⁵

Wird die Ablösung einheitlich in einem Grundstückskauf- und Ablösungsvertrag zwischen der Gemeinde und einem Privaten geregelt, verlangt die Rechtsprechung des *BVerwG*⁸⁴⁶ und die wohl überwiegende Meinung in der Literatur⁸⁴⁷, dass der Ablösebetrag offenzulegen ist. Die Offenlegung muss dabei nach Ansicht des *BVerwG* nicht notwendigerweise in der notariellen Urkunde erfolgen; ausreichend ist jede Mitteilung des Ablösebetrags vor Abschluss des Kaufvertrags.⁸⁴⁸ Dementsprechend ist eine Vereinbarung, nach der die Gemeinde den Käufer von künftigen Beitragsforderungen freistellen soll nichtig, wenn nicht wirksame Ablösebestimmungen vorliegen, die Vereinbarung inhaltlich mit diesen übereinstimmt und der Ablösebetrag offengelegt wurde.⁸⁴⁹

b. Die Wirkung der Ablösung

Die Ablösung ist die vorweggenommene Tilgung der künftigen Beitragsforderung hinsichtlich der erstmaligen Herstellung einer bestimmten Erschließungsanlage. Sie kann zur Verdichtung der Erschließungslast führen.⁸⁵⁰ Sie bewirkt außerdem, dass die Beitragspflicht für ein erschlossenes Grundstück nicht entsteht. Diese Wirkung tritt nach Ansicht des *BVerwG*⁸⁵¹ jedoch nicht bereits mit Abschluss der Vereinbarung ein, sondern erst mit der tatsächlichen Erbringung der vereinbarten Leistung, also regelmäßig mit der Zahlung des vereinbarten Ablösebetrags.⁸⁵² Die-

⁸⁴³ *Klausing*, in: FS für Felix Weyreuther, S.455 (467).

⁸⁴⁴ *Thalheimer*, BWNotZ 1997, S.79.

⁸⁴⁵ *Kopp/ Ramsauer*, VwVfG, § 58, Rn.14.

⁸⁴⁶ *BVerwG*, Urteil vom 1.12.1989, BVerwGE 84, 183 (189 f.).

⁸⁴⁷ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 22, Rn.14.

⁸⁴⁸ *BVerwG*, Urteil vom 1.12.1989, BVerwGE 84, 183 (191).

⁸⁴⁹ *BVerwG*, Urteil vom 1.12.1989, BVerwGE 84, 183 (191).

⁸⁵⁰ Dazu oben, 1.Teil:C.II.4.a, Seite 32.

⁸⁵¹ *BVerwG*, Urteil vom 1.12.1989, BVerwGE 84, 183 (185); in diesem Sinne ist die zitierte Entscheidung des *BVerwG* zu interpretieren, *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 22, Fn.8; so im Ergebnis auch *Quaas*, BauR 1999, S.1113 (1125); a.A. *Weber*, KStZ 1997, S.125 (128).

⁸⁵² A.A. *Weber*, KStZ 1997, S.125 (127).

ser Ansicht ist zuzustimmen, da andernfalls die Gemeinde nicht ausreichend gesichert wäre, da der Abschluss eines Ablösungsvertrags keine öffentliche Last hinsichtlich der Ablöseforderung begründet.⁸⁵³ Wird der Ablösebetrag bis zur Entstehung der sachlichen Beitragspflicht nicht gezahlt, ist die Gemeinde zur Erhebung von Beiträgen befugt.⁸⁵⁴

Die Zahlung auf eine wirksame Ablösungsvereinbarung schließt Erstattungsansprüche des Grundstückseigentümers bzw. Erbbauberechtigten wegen einer etwaigen Überbezahlung grundsätzlich aus und nimmt andererseits auch der Gemeinde in der Regel das Recht zur Nachforderung.⁸⁵⁵ Die abschließende Regelung der Höhe der Erschließungskosten für das Grundstück gilt auch gegenüber einem Rechtsnachfolger.⁸⁵⁶ Andererseits kann der Rechtsnachfolger nach der hier vertretenen Auffassung durch Beitragsbescheid herangezogen werden, wenn bis zum Zeitpunkt des Entstehens der Beitragspflicht der Ablösebetrag nicht gezahlt worden ist, soweit nicht ausnahmsweise ein Fall des § 135 V BauGB vorliegt.⁸⁵⁷

c. Rückzahlungsansprüche

Öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche ergeben sich, wenn Zahlungen auf eine anfänglich unwirksame Ablösungsvereinbarung erfolgt sind. Wurde die Ablösungsvereinbarung hingegen wirksam abgeschlossen, sind Rückzahlungs- und Nachforderungsansprüche grundsätzlich ausgeschlossen. Etwas Anderes gilt nur dann, wenn ein Fall des Art.60 I BayVwVfG vorliegt.

Ist die Ablösungsvereinbarung unwirksam, weil die Voraussetzung für einen wirksamen Abschluss missachtet wurden,⁸⁵⁸ entsteht hinsichtlich der erbrachten Zahlungen ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch. Hat die Gemeinde bei Abschluss der Ablösungsvereinbarung das Gebot der Eigenbeteiligung des § 129 I S.3 BauGB nicht beachtet und deswe-

⁸⁵³ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 22, Rn.3; bei der Ablösung handelt es sich um eine vertragliche Vereinbarung, die mit dem Beitrag nicht vergleichbar ist, *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 27, Rn.6.

⁸⁵⁴ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 22, Rn.5, *Richarz/ Steinmetz*, Erschließung in der kommunalen Praxis, S.95; nach anderer Ansicht hat eine Mahnung vorzugehen, *Weber*, KStZ 1997, S.125 (127).

⁸⁵⁵ *BVerwG*, Urteil vom 1.12.1989, BVerwGE 84, 183 (185).

⁸⁵⁶ *Klausing*, in: FS für Felix Weyreuther, S.455 (469).

⁸⁵⁷ Dies kann z.B. der Fall sein, wenn der ablösungsverpflichtete Rechtsvorgänger ohne weiteres in Anspruch genommen werden kann, *Weber*, KStZ 1997, S.125 (127).

⁸⁵⁸ Nichtbeachtung der Schriftform, fehlende oder unwirksame Ablösungsbestimmung, Nichtbefolgung der Ablösungsbestimmung.

gen einen überhöhten Ablösebetrag gefordert, ist die Ablösungsvereinbarung insoweit gemäß Art.62 S.2 BayVwVfG i.V.m. § 139 BGB teilnichtig,⁸⁵⁹ und es besteht insoweit ein Erstattungsanspruch.⁸⁶⁰

Hat sich die Geschäftsgrundlage seit Abschluss des Vertrags wesentlich geändert und ist einer Vertragspartei das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht zuzumuten, kann diese Vertragspartei eine Anpassung des Vertragsinhalts an die geänderten Verhältnisse verlangen, Art.60 I S.1 BayVwVfG. Ein solcher Wegfall der Geschäftsgrundlage wird in jedem Fall dann zu bejahen sein, wenn aufgrund geänderter Verhältnisse das Grundstück beitragsfrei wird, z.B. weil dem Grundstück vor dem Zeitpunkt, zu dem die sachliche Beitragspflicht entstanden wäre, die Baulandqualität verliert.⁸⁶¹ In diesen Fällen ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich, so dass ein Rücktrittsrecht besteht.⁸⁶² Einen Wegfall der Geschäftsgrundlage stellt es hingegen grundsätzlich nicht dar, wenn der Ablösebetrag und der andernfalls zu zahlende Erschließungsbeitrag differieren.⁸⁶³ Eine solche Differenz stellt sich gerade als ablösungstypisches Risiko der Vertragsparteien dar.⁸⁶⁴ Einer Vertragspartei ist das Festhalten an der getroffenen Regelung nur ausnahmsweise dann unzumutbar, wenn eine absolute Mißbilligungsgrenze überschritten wurde. Dies ist der Fall, wenn der Beitrag mindestens das Doppelte bzw. mindestens weniger als die Hälfte des vereinbarten Ablösebetrags ausmacht. Im ersten Fall hat die Gemeinde ein Nacherhebungsrecht, im zweiten Fall steht dem Ablösungspflichtigen ein Rückzahlungsanspruch zu.⁸⁶⁵

3. Der städtebauliche Vertrag nach § 11 Nr.3 BauGB

Gemäß § 11 I Nr.3 BauGB kann Gegenstand eines städtebaulichen Vertrags insbesondere die Übernahme von Kosten oder sonstigen Aufwendungen sein, die der Gemeinde für städtebauliche Maßnahmen entstehen oder entstanden sind und die Voraussetzung oder Folge eines geplanten Vorhabens sind. Da es sich bei der Erschließung um eine städ-

⁸⁵⁹ So *BGH*, Urteil vom 10.12.1975, DVBl 1976, S.390 (391) zum Erschließungsvertrag nach alter Rechtslage.

⁸⁶⁰ *Klausing*, in: FS für Felix Weyreuther, S.455 (471).

⁸⁶¹ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 22, Rn.18.

⁸⁶² Es kann im Ergebnis dahingestellt bleiben, ob man dieses Rücktrittsrecht einer Auslegung des Art.60 I S.1 BayVwVfG entnimmt (so *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, S.619) oder aufgrund mangelnder Regelung im BayVwVfG über Art.62 S.2 BayVwVfG ergänzend auf zivilrechtliche Grundsätze zurückgreift (so *Nierwertberg*, NVwZ 1989, S.535, 539).

⁸⁶³ *Driehaus*, in: Berliner Kommentar zum BauGB, § 133, Rn.83.

⁸⁶⁴ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 22, Rn.4.

⁸⁶⁵ *BVerwG*, Urteil vom 9.11.1990, BVerwGE 87, 77 (84).

tebauliche Maßnahme handelt,⁸⁶⁶ wird daher vereinzelt angenommen, dass die Gemeinde ihr entstandene Erschließungskosten durch einen städtebaulichen Vertrag auf den Vorhabenträger abwälzen könne, die Möglichkeit des städtebaulichen Vertrags somit grundsätzlich gleichberechtigt neben dem Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB und Bay-KAG bestehe.⁸⁶⁷ Darauf lässt zumindest der Wortlaut des § 11 I Nr.3 BauGB schließen.

Fraglich ist aber, ob sich § 11 Nr.3 BauGB überhaupt auf Erschließungskosten beziehen kann. § 11 BauGB wurde eingeführt durch das am 1.1.1998 in Kraft getretene Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 und enthält eine Vollregelung des städtebaulichen Vertrags. Es handelt sich dabei nicht um eine Rechtsneuschöpfung, sondern um eine Klarstellung bzw. Absicherung bereits nach früherem Recht zulässiger vertraglicher Gestaltungsformen des Städtebaurechts.⁸⁶⁸ § 11 I Nr.3 BauGB regelt den bis dahin von der Rechtsprechung zugelassenen Folgekostenvertrag. Nach der Rechtsprechung waren Verträge, mit denen Aufwendungen finanziert werden sollten, die einer Gemeinde jenseits des beitragsfähigen Erschließungsaufwands als Folge neuer Ansiedlung für Anlagen und Einrichtungen des Gemeinbedarfs entstanden, zulässig.⁸⁶⁹ Eine vertragliche Abwälzung von Erschließungskosten durch einen Folgekostenvertrag war hingegen unzulässig, weil insoweit die Pflicht der Gemeinde zur Abgabenerhebung durch Abgabenbescheid aufgrund einer gemeindlichen Beitragssatzung vorrangig war.

Fraglich ist, ob der Bundesgesetzgeber den Anwendungsbereich des Folgekostenvertrags erweitern konnte. Wie bereits dargestellt, kann der Gesetzgeber von der grundsätzlich bestehenden Pflicht, Erschließungskosten durch Vertrag abzuwälzen, Ausnahmen zulassen. Dies ist z.B. durch die Gestattung von Ablösungsvereinbarungen geschehen. Bei einer solchen Gestattungsvorschrift handelt es sich um eine Vorschrift des Abgabenrechts, da sie sich unmittelbar auf das Abgabenschuldverhältnis bezieht. Nach dem 15.11.1994 konnte der Bundesgesetzgeber solche Regelungen nicht mehr treffen, da ihm ab diesem Zeitpunkt für das Erschließungsbeitragsrecht eine Gesetzgebungszuständigkeit nach Art.74 I Nr.18 GG fehlte.⁸⁷⁰ § 11 I Nr.3 BauGB ist somit verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass es sich nicht um eine Vorschrift des Erschließungsbeitragsrechts handelt.

⁸⁶⁶ *Bunzel/ Coulmas/ Schmidt-Eichstaedt*, Städtebauliche Verträge, S.138 und S.173.

⁸⁶⁷ *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 11, Rn.19.

⁸⁶⁸ *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 11, Rn.1.

⁸⁶⁹ *BVerwG*, Urteil vom 6.7.1973, BVerwGE 42, 331 (336).

⁸⁷⁰ Siehe oben, 1.Teil:A, Seite 14

Fraglich könnte dann aber sein, ob der städtebauliche Vertrag als allgemeine Vorschrift des Städtebaurechts – insoweit besteht eine Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes nach Art.74 I Nr.18 GG – neben das kommunale Abgabenrecht tritt, ohne dass dieses eine spezielle Gestattungsklausel enthalten müsste. Dies wird z.B. von *Löhr* bejaht mit dem Hinweis, dass die allgemeine Rechtsentwicklung dahin gehe, kooperative Handlungsformen an die Stelle oder zumindest neben hoheitliche Verwaltungsformen zu stellen und dass somit die Ermöglichung vertraglicher Übereinkünfte gegenüber der hoheitlichen Beitragserhebung die modernere, jedenfalls eine alternative Lösung darstelle.⁸⁷¹ Diese Argumentation ist abzulehnen: Wie bereits dargestellt ist die Gemeinde verpflichtet, den ihr entstandenen Erschließungsaufwand aufgrund einer Satzung durch Abgabenbescheid zu erheben. Dies ist nicht nur ein Grundsatz des einfachgesetzlichen kommunalen Abgabenrechts bzw. des weitergeltenden Erschließungsbeitragsrechts, sondern entspricht auch dem bundesverfassungsrechtlichen Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit der Abgabenerhebung.⁸⁷² Anderweitige Regelungen können nur vom zuständigen Gesetzgeber aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Normierung zugelassen werden. Ohne ausdrückliche gesetzliche Normierung verstößt eine dennoch erfolgte Vereinbarung gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Abgabenerhebung.⁸⁷³ Das Argument der Modernität kooperativer Handlungsformen vermag hierüber nicht hinwegzuhelfen. Durch den Abschluss eines städtebaulichen Vertrags nach § 11 I Nr.3 BauGB können Erschließungskosten somit nicht abgewälzt werden.

4. Die Vorauszahlungsvereinbarung⁸⁷⁴

Vereinbarungen, in denen sich der künftige Beitragspflichtige zu einer Vorauszahlung bzw. Vorausleistung verpflichtet, sind grundsätzlich zulässig, da sie eine endgültige Abrechnung nach den beitragsrechtlichen

⁸⁷¹ *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 11, Rn.20; so im Ergebnis auch *Döring*, NVwZ 1994, S.853 (856) und *Bunzel/ Coulmas/ Schmidt-Eichstaedt*, Städtebauliche Verträge, S.176.

⁸⁷² A.A ist *Birk*, BauR 1999, S.205 (208 f.), der davon ausgeht, erst ab Entstehen der sachlichen Beitragspflicht seien die abgabenrechtlichen Vorschriften vorrangig. Dem ist nicht zu folgen: Der Vorrang der abgabenrechtlichen Vorschriften gilt, soweit ein Abgabenschuldverhältnis besteht bzw. zukünftig zu entstehen hat, das heißt regelmäßig dann, wenn der Gemeinde ein eigener Aufwand entsteht; ob und wann die sachliche Abgabepflicht entsteht ist unerheblich, *Drie-haus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6, Fn.16.

⁸⁷³ *Quaas*, BauR 1999, S.1113, (1124).

⁸⁷⁴ Ein Vertragsformular findet sich z.B. bei *Johlen*, Münchener Vertragshandbuch, Band 2, VII.8.

Vorschriften des BauGB bzw. des BayKAG nicht berühren.⁸⁷⁵ Solche Vereinbarungen werden hier – unabhängig davon, ob sie zu einer Geldleistung oder sonstigen Vorausleistung verpflichten – einheitlich als Vorauszahlungsvereinbarung bezeichnet. Das Interesse der Gemeinde am Abschluss einer solchen Vereinbarung besteht darin, die Mittel einer Vorfinanzierung zu erhalten, ohne einen Vorauszahlungs- bzw. Vorausleistungsbescheid erlassen zu müssen. Der Schuldner der Leistung kann mit einer solchen Vereinbarung versuchen, die Gemeinde zur Erschließung seines Grundstücks zu bewegen; solche Vereinbarungen werden aber auch im Zusammenhang mit dem Verkauf gemeindeeigener Grundstücke abgeschlossen, um schon zu diesem Zeitpunkt die Vorfinanzierung der Erschließung zu regeln.⁸⁷⁶ Ebenso wie die Vorausleistung bzw. Vorauszahlung aufgrund eines Verwaltungsakts bezweckt die vertraglich erbrachte Leistung, später auf die endgültige Beitragsschuld angerechnet zu werden und stellt sich somit als Leistung auf die später entstehende persönliche Beitragsschuld dar.⁸⁷⁷ Es handelt sich daher um eine abgabenrechtliche Vereinbarung.

Nach allgemeiner Auffassung können die Parteien nicht nur die Erbringung einer Geld-, sondern auch einer Sachleistung vereinbaren.⁸⁷⁸ Im letzteren Fall kann fraglich sein, ob überhaupt eine Vorauszahlungsvereinbarung abgeschlossen werden sollte: Wurde die Sachleistung nicht unter dem Vorbehalt der späteren Verrechnung mit der Beitragspflicht erbracht, ist eine Vorauszahlungsvereinbarung nicht gewollt. Sollte durch die Sachleistung die Beitragsschuld endgültig getilgt werden, liegt eine Ablösungsvereinbarung vor, deren rechtliches Schicksal vom Vorliegen der einschlägigen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen abhängt.⁸⁷⁹ Wurde die Sachleistung jedoch „kostenlos“ erbracht, das heißt ohne dass sie die Beitragsschuld endgültig tilgen bzw. später auf sie angerechnet werden sollte, liegt keine Ablösung oder Vorauszahlungsvereinbarung vor, sondern eine unentgeltliche Zuwendung. Der Gemeinde entsteht dann hinsichtlich dieser Sachleistung kein eigener Erschließungs- bzw. Investitionsaufwand.⁸⁸⁰ Soweit der Gemeinde bei der Herstellung der Anlage darüber hinaus ein Aufwand entsteht, ist dieser im Wege der Abgabenerhebung auf die beitragspflichtigen Grundstücksei-

⁸⁷⁵ BVerwG, Urteil vom 22.8.1975, BVerwGE 49, S.125 (129); *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 128, Rn.8; siehe oben, 3.Teil:A.I.2.a, Seite 143 und 3.Teil:A.I.2.b, Seite 145.

⁸⁷⁶ *Grziwotz*, Baulanderschließung, S.349 f.; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 21, Rn.53.

⁸⁷⁷ *VG Kassel*, NVwZ 1989, S.595.

⁸⁷⁸ BVerwG, Urteil vom 4.5.1979, DVBl 1979, S.785.

⁸⁷⁹ Vgl. dazu oben, 3.Teil:A.II.2.a, Seite 153.

⁸⁸⁰ Siehe oben, 2.Teil:C.I.2.a(2), Seite 81.

gentümer bzw. Erbbauberechtigten umzulegen. Auch der Erbringer der Sachleistung ist beitragspflichtig, ohne dass er sich auf eine Ablösungs- oder Vorauszahlungsvereinbarung berufen könnte.⁸⁸¹

Bei einer Vorauszahlungsvereinbarung handelt es sich – nach der hier vertretenen Auffassung⁸⁸² – um einen subordinationsrechtlichen Austauschvertrag.⁸⁸³ Bei der Vorauszahlungsvereinbarung stehen sich Staat und Bürger gegenüber. Es liegt auch ein Austauschvertrag i.S.d. Art.56 I BayVwVfG vor. Unter die Regelung des Art.56 I BayVwVfG fallen öffentlich-rechtliche Verträge, in denen die Behörde und ihr Vertragspartner sich gegenseitig Leistungen gewähren oder versprechen.⁸⁸⁴ Eine Gegenseitigkeit liegt dabei nicht erst bei einer synallagmatischen Verknüpfung der Leistungen vor, sondern auch schon dann, wenn die Leistung der Behörde zwar nicht vertraglich vereinbart, aber zumindest als Geschäftsgrundlage oder Zweck vorausgesetzt ist.⁸⁸⁵ Als Leistung der Behörde kommt außer dem Erlass eines Verwaltungsakts jedes andere Handeln, Dulden oder Unterlassen in Betracht.⁸⁸⁶ Bei der Vorauszahlungsvereinbarung besteht der Zweck der Leistung in der späteren Anrechnung auf die persönliche Beitragsschuld.⁸⁸⁷ Die Gemeinde verpflichtet sich, den Vorauszahlungsbetrag auf die spätere Abgabenschuld anzurechnen. Außerdem ist die Durchführung der Erschließungsmaßnahme durch die Gemeinde innerhalb angemessener Zeit zumindest Geschäftsgrundlage der getroffenen Vereinbarung.⁸⁸⁸ Die Zahlung des Vertragspartners erfolgt somit auch im Hinblick auf die Durchführung der Erschließungsarbeiten durch die Gemeinde.

a. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Vorauszahlungsvereinbarungen sind nur rechtmäßig, wenn sie ausdrücklich oder sinngemäß regeln, dass die Leistung unter dem Vorbehalt der endgültigen Abrechnung auf Grundlage der Vorschriften des Bay-KAG bzw. BauGB durch Erlass eines Beitragsbescheids erfolgt.⁸⁸⁹ Hat der Beitragspflichtige durch eine freiwillige Geldzahlung (vergeblich) ver-

⁸⁸¹ BVerwG, Urteil vom 4.5.1979, BRS 37, S.106 (108 f.).

⁸⁸² Siehe oben, 3.Teil:A.II.1.b, Seite 151.

⁸⁸³ Henneke, in: Knack, VwVfG, § 54, Rn.11.

⁸⁸⁴ Ule/ Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, § 68, Rn.31.

⁸⁸⁵ BVerwG, Urteil vom 6.7.1973, BVerwGE 49, 331 (333); Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14, Rn.17; Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, S.476.

⁸⁸⁶ Kopp/ Ramsauer, VwVfG, § 56, Rn.6.

⁸⁸⁷ Siehe oben, 3.Teil:A.II.4, Seite 160.

⁸⁸⁸ BVerwG, Urteil vom 22.8.1975, BRS 37, 56 (57).

⁸⁸⁹ Grziwotz, Baulanderschließung, S.350.

sucht, ein Erschließungs- bzw. Investitionsaufwand der Gemeinde zu verhindern,⁸⁹⁰ ohne dass die Zahlung auf die spätere Abgabenschuld angerechnet werden sollte, liegt ein unzulässiger und somit unwirksamer Versuch vor, Erschließungskosten durch Vertrag statt durch Abgabebescheid zu erheben, wenn nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen einer Ablösung vorliegen.⁸⁹¹

Fraglich ist, ob darüber hinaus die gesetzlichen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen, die für die einseitige Erhebung einer Vorausleistung bzw. Vorauszahlung gelten, zu beachten sind. Bei der einseitigen Anforderung einer Vorausleistung bzw. Vorauszahlung handelt es sich um Abgabenerhebung. Das Tatbestandsmäßigkeitssprinzip zwingt dazu, dass eine Abgabe nur erhoben werden darf, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Das gilt auch, wenn in der Form des Vertrags gehandelt wird. Die Erhebung einer Vorausleistung bzw. Vorauszahlung steht jedoch im Ermessen der Gemeinde und kann daher auch ganz unterlassen werden. Der gesetzliche Tatbestand der Vorausleistung bzw. Vorauszahlung tritt daher nicht in Konflikt mit etwaigen Vereinbarungen.⁸⁹² Eine solche Vereinbarung lässt die Vorschriften des BauGB unberührt.⁸⁹³ Die Gemeinde ist daher in den allgemeinen Grenzen des öffentlich-rechtlichen Vertrags nicht an die Voraussetzungen der Erhebung von Vorausleistungen bzw. Vorauszahlungen – wie z.B. das Vorliegen einer Erschließungsbeitragssatzung⁸⁹⁴ – gebunden.⁸⁹⁵

Da es sich um einen subordinationsrechtlichen Austauschvertrag handelt, sind bei Vertragsschluss insbesondere die Voraussetzungen des Art.56 I BayVwVfG zu beachten. Werden die Voraussetzungen des Art.56 BayVwVfG nicht beachtet, ist der Vertrag gemäß Art.59 II Nr.4 BayVwVfG nichtig. Gemäß Art.56 I S.1 BayVwVfG muss die Leistung des Vertragspartners einem bestimmten Zweck und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dienen. Die Vorauszahlung bezweckt, auf die spätere Abgabenschuld angerechnet zu werden. Sie dient der Erfüllung der gemeindlichen Erschließungsaufgabe. Gemäß Art.56 I S.2 BayVwVfG muss die Gegenleistung den gesamten Umstän-

⁸⁹⁰ Siehe oben, 2.Teil:C.I.2.b(1)(b), Seite 89.

⁸⁹¹ Der Leistende hat gegen die Gemeinde einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch, mit dem er gemäß Art.13 I Nr.2b, Nr.5a BayKAG i.V.m. §§ 47, 226 AO im Wege der Aufrechnung die Abgabeforderung zum Erlöschen bringen kann.

⁸⁹² *Jachmann*, Vereinbarungen über Erschließungsbeiträge im Rahmen von Grundstücksverträgen mit Gemeinden, S.248; *Johlen*, Münchener Vertragshandbuch, Band 2, VII.8, Anm.1.

⁸⁹³ *BVerwG*, Urteil vom 22.8.1975, *BVerwGE* 49, S.125 (129); *Brosche*, *KStZ* 1978, S.81 (85).

⁸⁹⁴ *BVerwG*, Urteil vom 22.8.1975, *BRS* 37, 56 (59 f.).

⁸⁹⁵ *Dirnberger*, in: *Jäde/ Dirnberger/ Weiß*, *BauGB*, § 133, Rn.20.

den nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen. Die Zahlung erfolgt gerade im Hinblick auf die Anrechnung auf die Abgabenschuld durch die Gemeinde und steht somit in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang.⁸⁹⁶ Dieser sachliche Zusammenhang entfällt aber, wenn bei Vertragsschluss nicht ersichtlich ist, dass eine solche Anrechnung in absehbarer Zeit erfolgen wird, das heißt die Herstellung der Erschließungsanlage nicht absehbar ist. In diesem Fall sind Leistung der Gemeinde und Gegenleistung des Vertragspartners entkoppelt. Es ist daher erforderlich, dass bereits bei Abschluss der Vereinbarung die Herstellung der Erschließungsanlage in einem überschaubaren Zeitraum erfolgen wird. Dieser zeitliche Zusammenhang zwischen Vertragsschluss und Leistungserbringung besteht – entsprechend § 133 III S.1 BauGB –, wenn innerhalb von vier Jahren mit der Herstellung der Erschließungsanlage zu rechnen ist.⁸⁹⁷ Des weiteren muss die Gegenleistung auch angemessen sein. Dabei sind die gegenseitig erbrachten Leistungen bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Gesamtvorgangs gegeneinander abzuwägen.⁸⁹⁸ Da der Zweck der Gegenleistung in der späteren Anrechnung auf den Erschließungsbeitrag liegt, hat er sich der Höhe nach grundsätzlich an der durch Schätzung zu ermittelnden Höhe der späteren Beitragsschuld zu orientieren.⁸⁹⁹

b. Wirkung der Vorauszahlungsvereinbarung

Die vertraglich begründete Pflicht ruht nicht als öffentliche Last auf dem Grundstück, da die öffentliche Last i.S.d. § 134 II BauGB bzw. Art.5 VII BayKAG nur der Sicherung gesetzlich begründeter Abgabenerfordernissen dient.⁹⁰⁰ Die Anrechnung der vertraglichen Leistung erfolgt aufgrund der vertraglichen Zweckbestimmung nach h.M. im Zeitpunkt des Entstehens der Beitragspflicht.⁹⁰¹

Kann dieser Zweck nicht mehr erreicht werden, ergibt sich ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch, da der Rechtsgrund für das Behalten-

⁸⁹⁶ *Kopp/ Ramsauer*, VwVfG, § 56, Rn.18 zu den Folgekostenverträgen.

⁸⁹⁷ *Jachmann*, Vereinbarungen über Erschließungsbeiträge im Rahmen von Grundstücksverträgen mit Gemeinden, S.250; a.A. *Grziwotz*, Baulanderschließung, S.350.

⁸⁹⁸ *BVerwG*, Urteil vom 6.7.1973, BVerwGE 42, 331 (345); *Kopp/ Ramsauer*, VwVfG, § 56, Rn.13.

⁸⁹⁹ So im Ergebnis wohl auch *Sailer*, in: *Cholewa/ Dyong/ von der Heide/ Sailer*, BauGB, § 133, Anm.7; *Schmidt/ Bogner/ Steenbock*, Handbuch des Erschließungsrechts, Rn.3673; a.A. *Löhr*, in: *B/ K/ L*, BauGB, § 133, Rn.42.

⁹⁰⁰ *BVerwG*, Urteil vom 28.10.1981, DVBl 1982, S.543 (544).

⁹⁰¹ *BVerwG*, Urteil vom 16.9.1981, DÖV 1982, S.115 (118); *Grziwotz*, Baulanderschließung, S.351.

dürfen der gezahlten Vorausleistung entfällt.⁹⁰² Dies ist z.B. der Fall, wenn die entstandene Beitragsschuld hinter der vertraglichen Leistung zurückbleibt. Aber auch, wenn der Vertragspartner das Grundstück veräußert, da auch dann eine Beitragspflicht in seiner Person nicht mehr entstehen kann.⁹⁰³ § 133 III S.2 BauGB bzw. Art.5 V S.3 BayKAG gelten nicht für vertraglich vereinbarte Vorauszahlungen bzw. Vorausleistungen.⁹⁰⁴ Eine Beitragspflicht kann ebenfalls nicht mehr entstehen, wenn das Grundstück seine Bebaubarkeit verliert. Weigert sich die Gemeinde endgültig, die Erschließungsanlage herzustellen, hängen die Rechtsfolgen von der vertraglichen Gestaltung ab: Hat sich die Gemeinde vertraglich verpflichtet, die Erschließung innerhalb einer bestimmten Frist durchzuführen, handelt es sich um eine Hauptleistungspflicht der Gemeinde, die im Gegenseitigkeitsverhältnis mit der Leistungspflicht des Vertragspartners steht. Die Rechtsfolgen richten sich daher nach Art.62 S.2 BayVwVfG i.V.m. §§ 320 ff. BGB,⁹⁰⁵ das heißt der Vertragspartner der Gemeinde hat insbesondere das Recht, Erfüllung zu verlangen, vom Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz zu fordern.⁹⁰⁶ Hat sich die Gemeinde nicht zur Durchführung der Erschließung verpflichtet, kann sich bei übermäßiger Verzögerung der Erschließung des Grundstücks ein Rücktrittsrecht unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ergeben.⁹⁰⁷

5. Die Vorschussvereinbarung

Ist die Beitragspflicht bereits entstanden, aber die Beitragsschuld noch nicht fällig, kann die Zahlung eines Vorschusses vereinbart werden. Ebenso wie die Vorauszahlungsvereinbarung ist eine solche Vertragsgestaltung zulässig, da sie die Abgabenerhebung nach BauGB bzw. BayKAG gerade vorbehält.

Inhaltlich rechtmäßig ist die Vereinbarung, wenn sie den Voraussetzungen der Art.54 ff. BayVwVfG, insbesondere Art.56 BayVwVfG, entspricht. Die Vorschusszahlung erfolgt im Hinblick auf die spätere Ver-

⁹⁰² *VG Kassel*, Urteil vom 17.2.1987, NVwZ 1989, S.595.

⁹⁰³ Etwas anderes gilt ausnahmsweise nur dann, wenn die Gemeinde und ihr Vertragspartner eine andere vertragliche Abrede getroffen haben, *Grziwotz*, Bauplanderschließung, S.351 f.

⁹⁰⁴ *Manstein*, MittRhNotK 1995, S.1 (17).

⁹⁰⁵ *Bonk*, in: Stelkens/ Bonk/ Sachs, VwVfG, § 62, Rn.36a; *Kopp/ Ramsauer*, VwVfG, § 62, Rn.9.

⁹⁰⁶ *OVG Münster*, Urteil vom 12.2.1998, NVwZ-RR 1999, S.339.

⁹⁰⁷ *OVG Münster*, Urteil vom 12.2.1998, NVwZ-RR 1999, S.339 f.; *BVerwG*, Urteil vom 19.10.1966, ZMR 1967, S.250 f.; *Nierwertberg*, NVwZ 1989, S.535, (537 f.); vgl. zum Recht des Rücktritts bei Wegfall der Geschäftsgrundlage bereits oben, 3.Teil:A.II.2.c, Seite 157.

rechnung mit dem Abgabenbescheid und zur finanziellen Entlastung der Gemeinde, sie ist somit im Hinblick auf Art.56 I S.1 BayVwVfG unproblematisch. Auch die Voraussetzungen des Art.56 I S.2 BayVwVfG werden regelmäßig erfüllt sein: Die Vorschusszahlung steht in unmittelbarem sachlichen Sachzusammenhang mit der späteren Beitragsschuld, da die sachliche Beitragspflicht bereits entstanden ist. Die Zahlungsverpflichtung ist den gesamten Umständen nach angemessen, wenn sie sich an der Höhe der Beitragsforderung orientiert, da sie mit dieser im sachlichen Zusammenhang steht. Sind die Voraussetzungen des Art.56 BayVwVfG nicht erfüllt, ist die Vereinbarung gemäß Art.59 II Nr.4 BayVwVfG nichtig.

6. Der Erlassvertrag

Der Erlass der Abgabeforderung ist in der Form des Vertrags zulässig.⁹⁰⁸ Aufgrund der Abgabenerhebungspflicht der Gemeinde ist der vertragliche Erlass jedoch nur rechtmäßig, soweit die Voraussetzungen des § 135 V BauGB bzw. des Art.13 I Nr.4b und Nr.5a BayKAG i.V.m. §§ 163 I S.1, 227 AO vorliegen. Diese Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen muss auch eine Vereinbarung erfüllen, in der die Gemeinde den Käufer eines gemeindlichen Grundstücks von künftigen Beitragsforderungen freistellt, ohne dass ein Teil des Kaufpreises die Abgabenschuld ablösen soll. In diesem Fall liegt keine privatrechtliche Freistellung von einer öffentlich-rechtlichen Beitragspflicht, sondern ein (verdeckter) Erlass vor.⁹⁰⁹

Umstritten ist, ob eine Vereinbarung, in der die Gemeinde die Beitragsforderung gegen das Versprechen einer äquivalenten Gegenleistung erlässt, rechtmäßig ist. Vereinzelt wird dies im Hinblick auf Art.56 BayVwVfG bejaht.⁹¹⁰ Dem ist jedoch nicht zu folgen. Soweit die sachliche Beitragspflicht noch nicht entstanden ist, handelt es sich um eine Ablösung, die nur unter den abgabenrechtlichen Voraussetzungen rechtmäßig ist.⁹¹¹ In diesem Bereich wird Art.56 BayVwVfG von den spezielleren abgabenrechtlichen Vorschriften verdrängt.⁹¹² Fraglich ist daher

⁹⁰⁸ Siehe oben, 3.Teil:A.I.4, Seite 147.

⁹⁰⁹ *Schmittat*, DNotZ 1991, S.288, (302); vgl. zur entsprechenden Situation bei einer Freistellungsverpflichtung gegen Gegenleistung oben, 3.Teil:A.II.2.a, Seite 155.

⁹¹⁰ *OVG Münster*, Urteil vom 22.11.1971, KStZ 1972, 72; *VGH Kassel*, Urteil vom 29.3.1979, KStZ 1980, S.111 (112); *VGH München*, Urteil vom 29.7.1987, NVwZ 1989, S.167 (168), die allerdings terminologisch nicht zwischen Ablösung und Erlass gegen Gegenleistung trennen; *Allesch*, DÖV 1988, S.103 (106 f.); *Gern*, KStZ 1985, 81 (82); so für das Kommunalabgabenrecht *Grziwotz*, Baulanderschließung, S.353.

⁹¹¹ *Schmittat*, DNotZ 1991, S.288, (292).

⁹¹² A.A. *Allesch*, DÖV 1988, S.103 (106 f.).

nur, ob darüber hinaus die Tilgung einer bereits entstandenen Abgabenschuld gegen eine Gegenleistung rechtmäßig ist. Eine solche Vereinbarung muss sich nicht nur an Art.56 BayVwVfG messen lassen, sondern auch an Art.54 S.1 BayVwVfG. Es ist daher zunächst zu prüfen, ob abgabenrechtliche Vorschriften entgegenstehen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Gemeinde im Erschließungsbeitragsrecht nach BauGB und BayKAG zur Abgabenerhebung durch Bescheid verpflichtet. Der entstandene Abgabensanspruch ist durch Abgabenbescheid festzusetzen. Er kann nicht durch einen vertraglichen Anspruch ersetzt werden, selbst wenn die versprochene Gegenleistung der Höhe nach dem Beitragsanspruch entspricht. Liegen die Voraussetzungen für einen Erlass nicht vor, ist die vertragliche Vereinbarung schon der Form nach unzulässig und nichtig. Selbst wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Abgabenerlass vorliegen, ist jedoch ein Erlass gegen Gegenleistung inhaltlich rechtswidrig.⁹¹³ In diesen Fällen ist die Gemeinde grundsätzlich verpflichtet, die Beitragsforderung zu erlassen.⁹¹⁴ Hierfür kann sich die Gemeinde keine Gegenleistung versprechen lassen: Ergeben die gesetzlichen Vorschriften, dass eine Beitragsschuld nicht entstanden ist, dürfen gemäß Art.13 I Nr.3a BayKAG i.V.m. § 85 S.1 AO Abgaben nicht erhoben werden. Die hiergegen verstoßende rechtswidrige Vereinbarung ist wegen des Verstoßes gegen zwingende abgabenrechtliche Vorschriften gemäß Art.59 I BayVwVfG i.V.m. § 134 BGB unwirksam.

7. Der Vergleichsvertrag

Der Vergleich ist ein Vertrag, der bezweckt, eine bestehende Ungewissheit über die Sach- oder Rechtslage im Wege gegenseitigen Nachgebens zu regeln, Art.55 BayVwVfG. Aufgrund dieser Ausgangssituation wird die getroffene Regelung regelmäßig nicht mit der wahren Rechtslage übereinstimmen; dem Vergleich wohnt eine „potentielle Gesetzesinkongruenz“ inne.⁹¹⁵

a. Die grundsätzliche Rechtmäßigkeit des Vergleichsvertrags im kommunalen Abgabenrecht

Der Abschluss eines Vergleichsvertrags ist zulässig, da das im kommunalen Abgabenrecht bestehende Vertragsformverbot sich alleine auf die vertragliche Festsetzung der Abgabe bezieht, nicht jedoch Verpflichtun-

⁹¹³ So im Ergebnis auch *OVG Koblenz*, Beschluss vom 9.9.1985, KStZ 1985, S.233 (234).

⁹¹⁴ Siehe oben, 2.Teil:C.I.2.c(2)(d), Seite 109.

⁹¹⁵ *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, S.85.

gen ausschließt, in denen sich die Gemeinde zu einer bestimmten Abgabenerhebung verpflichtet.

Problematisch ist jedoch die inhaltliche Rechtmäßigkeit. Grundsätzlich steht einem Vergleichsvertrag das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Abgabenerhebung⁹¹⁶ entgegen. Etwas Anderes gilt aber dann, wenn eine ausdrückliche Gestattungsregel den Abschluss eines Vergleichsvertrags zulässt.⁹¹⁷ Dies ist im Anwendungsbereich der AO nicht der Fall, so dass dort die Rechtmäßigkeit eines Vergleichsvertrags wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Abgabenerhebung überwiegend abgelehnt wird. Verständigungen werden nur ausnahmsweise im tatsächlichen Bereich zugelassen, soweit sie den abgabenrechtlich erheblichen Sachverhalt betreffen.⁹¹⁸

Im kommunalen Abgabenrecht ist hingegen nach verbreiteter Meinung der Abschluss eines Vergleichs zulässig, der eine rechtliche oder tatsächliche Ungewissheit überwinden soll,⁹¹⁹ obwohl auch in diesem Rechtsbereich das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Abgabenerhebung gilt. Diese Abweichung vom allgemeinen Abgabenrecht wird mit unterschiedlicher Begründung gerechtfertigt.⁹²⁰ Soweit die Vorschriften des BayVwVfG Anwendung finden, kommt es auf eine solche Begründung jedoch gar nicht mehr an, da Art.55 BayVwVfG eine gesetzliche Ermächtigung zum Abschluss von Vergleichsverträgen bietet. In Bayern ist Art.55 BayVwVfG in kommunalabgabenrechtlichen Angelegenheiten gemäß Art.2 I Nr.2 BayVwVfG anwendbar, da die AO insoweit keine Regelung enthält.⁹²¹ Nach a.A. ist Art.55 BayVwVfG nicht anwendbar, da Art.2 I Nr.2 BayVwVfG dahingehend einengend auszulegen ist, dass gerade auf diese Vorschrift nicht verwiesen wird.⁹²² Diese Ansicht wird mit dem Zweck des neuen Art.2 I Nr.2 BayVwVfG begründet, in erster Linie die Anwendbarkeit des Art.80 BayVwVfG zu erhalten. Die Änderung des

⁹¹⁶ Siehe oben, 2.Teil:A.III.2.a, Seite 55.

⁹¹⁷ Heun, DÖV 1989, S.1053 (1060); Tiedemann, DÖV 1996, S.594 (599).

⁹¹⁸ BFH, Urteil vom 31.7.1996, BFHE 181, 103 (106).

⁹¹⁹ BVerwG, Urteil vom 18.11.1977, DÖV 1978, S.611; BVerwG, Urteil vom 14.11.1975, BVerwGE 49, 359 (365); VGH Kassel, Urteil vom 15.2.1996, NVwZ 1997, S.618 (619); Schmid, KStZ 1984, S.61 (66); a.A. Tiedemann, DÖV 1996, S.594; Rodewoldt, Das Kommunalabgabenverfahren, S.257 ff.; Erichsen, VerwArch 70 (1979), S.349 (356).

⁹²⁰ Als Rechtfertigung für die Durchbrechung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Abgabenerhebung werden z.B. das Prinzip der Verhältnismäßigkeit (Jachmann, BayVBl 1993, S.326, 332) oder das Prinzip des Rechtsfriedens (Schick, Vergleiche und sonstige Vereinbarungen zwischen Staat und Bürger im Steuerrecht, S.29 ff.) angeführt; kritisch hierzu Tiedemann, DÖV 1996, S.594 (602 ff.).

⁹²¹ Siehe oben, 3.Teil:A.I.1, Seite 141.

⁹²² Tiedemann, DÖV 1996, S.594 (598).

Art.2 I Nr.2 BayVwVfG bezweckte, die Ergebnisse der Rechtsprechung des *VGH München* zu erhalten.⁹²³ Eine solche teleologische Reduktion ist jedoch abzulehnen, da der *VGH München* vor der Gesetzesänderung nicht nur auf die Regelung des Art.80 BayVwVfG zurückgegriffen hat, sondern auch andere Vorschriften des BayVwVfG – insbesondere Art.55 BayVwVfG⁹²⁴ – entsprechend angewendet hat.⁹²⁵ Die nicht nur punktuelle Verweisung auf das BayVwVfG im Bereich des kommunalen Abgabenrechts lässt auf den Willen des Gesetzgebers schließen, diese Rechtsprechung des *VGH München* zu bestätigen. Art.55 BayVwVfG gestattet somit in kommunalabgabenrechtlichen Angelegenheiten Abweichungen von den gesetzlichen Vorschriften. Ein Vergleichsvertrag, der die Voraussetzungen des Art.55 BayVwVfG erfüllt, ist damit inhaltlich rechtmäßig.

b. Die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen im Einzelnen

Gemäß Art.55 BayVwVfG ist der Vergleichsvertrag wirksam, wenn durch ihn bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage eine bestehende Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird und die Behörde den Abschluss des Vergleichs zur Beseitigung der Ungewissheit nach pflichtgemäßem Ermessen für zweckmäßig hält. An das Vorliegen einer Ungewissheit sind strenge Anforderungen zu stellen, da der Vergleich regelmäßig zur Abweichung von der Gesetzeslage führt.⁹²⁶ Entscheidend ist dabei – wie schon der Wortlaut zeigt („bei verständiger Würdigung“) – nicht auf die (eventuell einseitigen) Vorstellungen der Parteien abzustellen, sondern auf die Sicht eines objektiven Beobachters.⁹²⁷ Eine tatsächliche Ungewissheit liegt danach vor, wenn alle Beweismittel ohne Erfolg ausgeschöpft wurden oder überhaupt nicht vorhanden waren; eine rechtliche Unsicherheit ist gegeben, wenn auch nach sorgfältiger rechtlicher Prüfung ein eindeutiges Ergebnis nicht erzielt wurde.⁹²⁸ Fraglich ist, welcher Aufwand betrieben werden muss, wenn eine Beseitigung der Ungewissheit zumindest möglich erscheint (z.B. durch Einholung weiterer Rechts- oder Sachverständigengutachten). Grundsätzlich ist die Gemeinde gemäß Art.13 I Nr.3a BayKAG i.V.m. § 88 AO zur (gesamten) Sachverhaltsaufklärung verpflichtet. Dieser Pflicht kann sie sich nicht durch den Abschluss von Vergleichsverträgen entziehen. Allerdings ist die Sachverhaltsermittlungspflicht der Gemeinde nicht grenzenlos, sondern wird durch den Verhältnismäßig-

⁹²³ Siehe oben, 3.Teil:A.I.1, Seite 140.

⁹²⁴ *VGH München*, Urteil vom 29.7.1987, NVwZ 1989, S.167 (168).

⁹²⁵ *VGH München*, Urteil vom 24.10.1986, BayVBI 1987, S.335 (337).

⁹²⁶ *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, S.486 f.

⁹²⁷ *VGH München*, Urteil vom 29.7.1987, NVwZ 1989, S.167 (168).

⁹²⁸ *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, S.488.

keitsgrundsatz beschränkt,⁹²⁹ das heißt die Gemeinde ist nicht verpflichtet, Maßnahmen durchzuführen, die außer Verhältnis zu dem zu erzielenden Erfolg stehen. Erst in diesem Bereich ist die Gemeinde zum Abschluss von Vergleichsverträgen befugt, ohne gegen ihre Sachverhaltsermittlungspflicht zu verstoßen.⁹³⁰ Es kann somit festgehalten werden: Eine rechtliche oder tatsächliche Ungewissheit besteht dann, wenn eine Sachverhaltserforschung nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist. In diesem Fall kann eine vertragliche Vereinbarung durch gegenseitiges Nachgeben erreicht werden. Das Nachgeben muss sich dabei auf denselben Punkt beziehen, in dem auch die Ungewissheit besteht.⁹³¹ Nachgeben ist jedes Abrücken von dem im Verfahren günstigenfalls erreichbaren Ergebnis.⁹³² Inhaltlich wird ein Vergleichsvertrag daher häufig einen Abgabenerzicht, eine Ermäßigung oder eine Stundung beinhalten.⁹³³

c. Rechtswidrigkeitsfolgen

Lagen die Voraussetzungen für den Abschluss eines Vergleichsvertrags nicht vor, z.B. weil keine objektive Ungewissheit bestand oder der Vergleich nicht im Wege des gegenseitigen Nachgebens erzielt wurde, ist der Vertrag bereits gemäß Art.59 II Nr.3 BayVwVfG unwirksam. Außerdem ist er nach Art.59 I BayVwVfG i.V.m. § 134 BGB nichtig, da gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Abgabenerhebung verstoßen wurde, ohne dass dies ausnahmsweise nach Art.55 BayVwVfG gerechtfertigt war.

8. Zusammenfassung

Das Gebot, Abgaben durch Bescheid zu erheben und der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit führten dazu, dass eine vorläufige oder endgültige vertragliche Finanzierung von Erschließungskosten nur in eingeschränktem Maße rechtmäßig ist. Eine inhaltlich von der Gesetzeslage abweichende Vereinbarung ist nur möglich, wenn die Voraussetzungen der Ablösung oder eines Vergleichsvertrags vorliegen. Vertragliche Billigkeitsmaßnahmen können nur getroffen werden, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Soweit darüber hinaus vereinzelt eine vertragliche Gestaltungsmöglichkeit bei atypischer Sachverhaltsgestaltung ange-

⁹²⁹ *Stelkens/ Kallerhoff*, in: *Stelkens/ Bonk/ Sachs*, VwVfG, § 24, Rn.36.

⁹³⁰ *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, S.489; so im Ergebnis auch *Ule/ Laubinger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*, § 68, Rn.23.

⁹³¹ *BVerwG*, Urteil vom 14.11.1975, *BVerwGE* 49, 359 (364); *Ule/ Laubinger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*, § 68, Rn.22.

⁹³² *Kopp/ Ramsauer*, VwVfG, § 55, Rn.19.

⁹³³ *Allesch*, *DÖV* 1988, S.103 (107).

nommen wird,⁹³⁴ ist dies im Hinblick auf die dargestellten Grundsätze abzulehnen. Die Gemeinde ist in einem solchen Fall an die durch das Abgaberecht vorgegebenen Billigkeitsmaßnahmen gebunden. Des Weiteren sind insbesondere Vorauszahlungsvereinbarungen möglich, da sie eine endgültige Abrechnung nach abgabenrechtlichen Grundsätzen vorbehalten.

B. Vereinbarungen außerhalb des Abgabenrechts

Vereinbarungen außerhalb des Abgabenrechts kommen dann in Betracht, wenn sich die vertragliche Vereinbarung nicht auf ein Abgabenschuldverhältnis bezieht. Dies kann der Fall sein, weil ein solches Abgabenschuldverhältnis zwischen der Gemeinde und dem Vertragspartner nicht besteht und auch zukünftig nicht zu entstehen hat oder weil sich die Vereinbarung auf das Abgabenschuldverhältnis nicht unmittelbar auswirkt. Ihrer Funktion nach können dabei solche Verträge unterschieden werden, die die Erschließungskosten lediglich vorfinanzieren sollen (Vorfinanzierungsverträge) und solchen, die die Übernahme von Erschließungskosten endgültig vertraglich regeln. Vertragstypen im letzteren Sinne sind insbesondere der Erschließungsvertrag, der Durchführungsvertrag gemäß § 12 BauGB und die sogenannte Mehrkostenvereinbarung.

I. Die Mehrkostenvereinbarung

Die Erschließung von Baugebieten hat sich nach den Erfordernissen der Bebauung und des Verkehrs zu richten, § 123 II BauGB. Dementsprechend bestimmt § 129 I S.1 BauGB, dass nur der insoweit erforderliche Erschließungsaufwand auf die erschlossenen Grundstücke umzulegen ist. Entsprechendes gilt im Rahmen des BayKAG.⁹³⁵ Im Einzelfall kann jedoch gerade der Wunsch eines Anliegers zu Kosten führen, die jenseits dieses erforderlichen Erschließungsaufwands liegen. Für die Gemeinde besteht kein Anlass, den Wünschen eines einzelnen Grundstückseigentümers nachzukommen und für eine abweichende technische Gestaltung der öffentlichen Einrichtung höhere Aufwendungen zu erbringen.⁹³⁶ Erklärt sich die Gemeinde aber bereit, diesen Mehraufwand zu erbringen, kann sich der Grundstückseigentümer dazu verpflichten, die entstehenden Mehrkosten, die nicht den abgabenrechtlichen Regelungen unterliegen, vertraglich zu übernehmen.⁹³⁷ Bei einer solchen Vereinbarung handelt es sich nicht um eine abgabenrechtliche Vereinba-

⁹³⁴ So aber *Knobloch*, KStZ 1975, S.205; *Gern*, KStZ 1979, S.161 (162); *Schmid*, KStZ 1984, S.61 (67).

⁹³⁵ Siehe oben, 2.Teil:C.II.2.a(2), Seite 123.

⁹³⁶ *OVG Lüneburg*, Urteil vom 13.8.1991, NJW 1992, S.1404 (1405).

⁹³⁷ *VGH Mannheim*, Urteil vom 22.6.1992, NVwZ-RR 1993, S.154 (155).

zung. Zwar besteht zwischen den Vertragsparteien ein Abgabenschuldverhältnis. Dies bezieht sich jedoch ausschließlich auf die Abwälzung der der Gemeinde entstandenen erforderlichen Kosten. Nicht von den abgabenrechtlichen Tatbeständen erfasst werden die nicht erforderlichen Kosten der Gemeinde. Insoweit verbleibt ein Spielraum für eine vertragliche Gestaltung.⁹³⁸ Der vertragliche Kostenerstattungsanspruch der Gemeinde besteht neben der Abgabeforderung.

Die vertragliche Übernahme von Mehrkosten kommt insbesondere auch dann in Betracht, wenn der Eigentümer eines Grundstücks ein Anschlussrecht an eine gemeindliche leitungsgebundene Einrichtung erstrebt, das ihm aufgrund satzungsrechtlicher Bestimmung nicht zusteht: Gemäß Art.21 I S.1 GO sind die Gemeindeangehörigen nach den bestehenden allgemeinen Vorschriften berechtigt, die öffentliche Einrichtung zu benutzen – das heißt bei leitungsgebundenen Versorgungseinrichtungen einen Grundstücksanschluss herzustellen. Zu diesem allgemeinen Recht gehört auch das von der Gemeinde geschaffene einschlägige Satzungsrecht, das heißt die Benutzungssatzung für die leitungsgebundene Einrichtung. Da ein Rechtsanspruch auf Erschließung grundsätzlich nicht besteht, und auch kein Anspruch auf Erweiterung einer öffentlichen Einrichtung,⁹³⁹ kann in der Stammsatzung bestimmt werden, für welche Grundstücke ein Anschluss- und Benutzungsrecht besteht und für welche nicht. Die Gemeinde ist berechtigt, das Recht zum Anschluss an ihre öffentlichen Wasserversorgungs- und Entwässerungseinrichtungen auf die innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile gelegenen Grundstücke zu beschränken.⁹⁴⁰ Zudem sehen die Satzungen für leitungsgebundene Einrichtungen regelmäßig den Ausschluss eines Anschlussrechts für solche Grundstücke vor, deren Anschluss an eine bestehende Einrichtung zu unwirtschaftlichen Aufwendungen führen würde, soweit sich nicht der Grundstückseigentümer zur Übernahme der entstehenden Mehrkosten verpflichtet.⁹⁴¹ In diesen Fällen steht es im Ermessen der Gemeinde, ein Anschlussrecht durch Vertrag oder Verwaltungsakt zu erteilen.⁹⁴² Wird das Anschlussrecht (nach Abschluss einer Mehrkostenvereinbarung) aufgrund Verwaltungsakt oder einer vertraglichen Vereinbarung gewährt, unterliegt das nun er-

⁹³⁸ OVG Lüneburg, Urteil vom 13.8.1991, NJW 1992, S.1404 (1405); VGH München, NVwZ-RR 1993, S.154; Grziwotz, Baulanderschließung, S.328; Gössl, VBIBW 1991, S.441 (446 ff.).

⁹³⁹ VGH Mannheim, Urteil vom 22.6.1992, NVwZ-RR 1993, S.154 (155).

⁹⁴⁰ Grziwotz, Baulanderschließung, S.328.

⁹⁴¹ Vgl. z.B. die Mustersatzungen für öffentliche Wasserversorgungs- und Entwässerungseinrichtungen des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren vom 13.7.1989, AIIIMBI 1989, S.579 bzw. vom 31.5.1988, AIIIMBI 1988, S.562, berichtigt am 25.7.1988, AIIIMBI 1988, S.591.

⁹⁴² VGH München, Urteil vom 12.1.1990, NVwZ-RR 1990, S.500 (501).

schlossene Grundstück ohne weiteres den Regelungen der Stammsatzung sowie der Beitrags- und Gebührensatzung, ist somit beitrags- bzw. gebührenpflichtig.⁹⁴³ Der vertragliche Kostenerstattungsanspruch besteht auch hier neben der Abgabenerhebung.

Gegenstand der Mehrkostenvereinbarung sind die Durchführung von Erschließungsmaßnahmen durch die Gemeinde und die Übernahme der Mehrkosten durch den Vertragspartner. Es handelt sich somit um einen öffentlich-rechtlichen, subordinationsrechtlichen Austauschvertrag.⁹⁴⁴ Die Vereinbarung ist im Hinblick auf Art.56 I BayVwVfG grundsätzlich unproblematisch. Sie bedarf gemäß Art.57 BayVwVfG der Schriftform.⁹⁴⁵

II. Vorfinanzierungsverträge

Die Gemeinde kann ihre Erschließungsaufgabe durch eigene Bedienstete ausführen oder zur technischen Durchführung private Werkunternehmer einschalten.⁹⁴⁶ Soweit ihre eigenen finanziellen Mittel nicht ausreichen, kann sie die hierbei entstehenden Kosten durch Aufnahme privatrechtlicher Darlehen finanzieren. Darlehenszinsen werden als Teil des Erschließungs- bzw. Investitionsaufwands im Wege der Abgabenerhebung umgelegt.⁹⁴⁷ Dem abgabenrechtlichen Grundmodell entsprechend finanziert die Gemeinde die Kosten vor und deckt sie nach Herstellung der jeweiligen Anlage durch Abgabenerhebung. Soweit die jeweiligen Voraussetzungen gegeben sind, kann die Gemeinde Vorausleistungen bzw. Vorauszahlungen erheben oder mit den Grundstückseigentümern Ablösungs- oder Vorauszahlungsverträge schließen. Neben den beiden zuletzt genannten abgabenrechtlichen Verträgen bestehen zwei weitere Vertragsgestaltungen, die es der Gemeinde ermöglichen, sich von ihrer Vorfinanzierungslast zu befreien. In beiden Fällen hat in der Zukunft zwischen der Gemeinde und dem Vertragspartner zwar ein Abgabenschuldverhältnis zu entstehen, die vertragliche Gestaltung berührt dieses Abgabenschuldverhältnis jedoch nicht, so dass es sich nicht um abgabenrechtliche Vereinbarungen handelt.⁹⁴⁸ Beide Vertragsgestaltungen werden als Vorfinanzierungsvertrag bezeichnet.

⁹⁴³ *VGH München*, Urteil vom 12.1.1990, NVwZ-RR 1990, S.500 (501).

⁹⁴⁴ *VG Karlsruhe*, Urteil vom 26.11.1999, BWGZ 2000, S.370.

⁹⁴⁵ *OVG Lüneburg*, Urteil vom 13.8.1991, NJW 1992, S.1404 (1405).

⁹⁴⁶ Siehe oben, 1.Teil:C.II.1, Seite 24.

⁹⁴⁷ Siehe zu den Fremdfinanzierungskosten bereits oben, 2.Teil:C.I.2.a(2), Seite 81, Fußnote 414.

⁹⁴⁸ *Schmitz*, in: Stelkens/ Bonk/ Sachs, § 2, Rn.55.

1. Der Werkvertrag mit Fälligkeitsabrede und der „unechte“ Erschließungsvertrag

Der erste Fall des Vorfinanzierungsvertrags lässt sich wiederum in zwei Varianten unterteilen. Beiden ist gemeinsam, dass der Vertragspartner der Gemeinde die technische Durchführung der Erschließung mehr oder weniger übernimmt.

Im ersten Fall schließt der Grundstückseigentümer mit der Gemeinde einen privatrechtlichen Werkvertrag ab, in dem er sich zur Herstellung der von der Gemeinde geplanten Erschließungsanlage(n) gegen Zahlung eines Werklohns verpflichtet. Die Fälligkeit der Werklohnforderung wird bis zum Abschluss des Abgabenerhebungsverfahrens hinausgeschoben. Hinsichtlich des gesamten Gebiets findet eine Veranlagung nach den einschlägigen abgabenrechtlichen Vorschriften statt und auch der Werkunternehmer wird zu Beiträgen herangezogen, soweit er beitragspflichtiger Grundstückseigentümer ist. Allerdings wird es allgemein als zulässig angesehen, eine Vereinbarung zu treffen, nach der die Abgabenerforderung und der Werklohnanspruch verrechnet werden.⁹⁴⁹ Der Vorfinanzierungsvertrag wird daher als Werkvertrag mit einer Fälligkeitsabrede eingeordnet.⁹⁵⁰ Er ist dem Privatrecht zuzuordnen, da der Unternehmer von der Gemeinde lediglich als „Erfüllungsgehilfe“ eingeschaltet wird. Die Besonderheit besteht in diesem Fall lediglich darin, dass vereinbart wird, die Fälligkeit der privatrechtlichen Werklohnforderung aufzuschieben und später mit einer Beitragsforderung zu verrechnen. Alleine diese Verknüpfung macht den privatrechtlichen Werkvertrag aber nicht zu einem öffentlich-rechtlichen Vertrag.

Die Vereinbarung kann aber auch in der Weise gestaltet sein, dass die Gemeinde ihrem Vertragspartner die Erschließung eines bestimmten Gebiets bezüglich einzelner oder sämtlicher Erschließungsanlagen insgesamt überträgt und die ihm entstehenden Erschließungskosten erstattet.⁹⁵¹ In diesem Fall übernimmt der Vertragspartner die endgültige Planung, Vermessung und Herstellung der Erschließungsanlage(n) im Vertragsgebiet. Die Gemeinde überträgt somit ganz oder teilweise die Erschließung eines bestimmten Gebiets. Dieser Vertragstyp wird allgemein als Vorfinanzierungsvertrag oder auch „unechter“ Erschließungsvertrag bezeichnet.⁹⁵² Ein „echter“ Erschließungsvertrag liegt deswegen nicht vor, weil der Vertragspartner der Gemeinde die Erschließungskosten

⁹⁴⁹ *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.32; *Grziwotz*, Bauplanerschließung, S.327.

⁹⁵⁰ *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 124, Rn.2.

⁹⁵¹ Ein Vertragsformular findet sich z.B. bei *Johlen*, Münchener Vertragshandbuch, Band 2, VII.2.

⁹⁵² *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Rn.32.

nicht vertraglich übernimmt; gerade eine solche Kostenvereinbarung ist aber typisches Element des Erschließungsvertrags.⁹⁵³ Die beiden Bezeichnungen beschreiben nur die Funktion bzw. die Abweichung vom Normalfall dieser Vertragsgestaltung. Das sollte aber nicht darüber täuschen, dass es sich in rechtlicher Hinsicht trotzdem um einen Erschließungsvertrag im Sinne des § 124 BauGB handelt. Soweit mit der unterschiedlichen Bezeichnung auch eine unterschiedliche rechtliche Einordnung verbunden wird,⁹⁵⁴ ist dem nicht zu folgen: Ein Vertrag, durch den die Gemeinde die Erschließung hinsichtlich einer oder mehrerer Erschließungsanlagen auf einen Dritten überträgt ist ein (echter) Erschließungsvertrag gemäß § 124 BauGB. Zwar ist es typisch, dass der Vertragspartner der Gemeinde in einem solchen Fall auch die Erschließungskosten ganz oder teilweise übernimmt. Zwingend ist dies – vgl. § 124 II S.2 HS 1 BauGB – aber nicht. Es kann sogar ein Bedürfnis bestehen, dass die Gemeinde die Erschließungskosten übernimmt. Dass dieser Erschließungsvertrag aufgrund der atypischen Kostenvereinbarung eine andere Funktion erhält als der typische Erschließungsvertrag, kann ebenfalls nicht zu einer anderen rechtlichen Einordnung führen. § 124 BauGB findet daher Anwendung.⁹⁵⁵ Hier zeigt sich der Unterschied des „unechten“ Erschließungsvertrags zum Werkvertrag mit Fälligkeitsabrede: Nur bei Abschluss eines Erschließungsvertrags kann sich der Vertragspartner endgültig zu einer Kostenübernahme verpflichten, insbesondere zur Tragung des gemeindlichen Eigenanteils.⁹⁵⁶ Haben die Parteien lediglich einen privatrechtlichen Werkvertrag geschlossen, kann der Werkunternehmer nicht (zusätzlich) vereinbaren, den Gemeindeanteil zu übernehmen. Einer solchen Vertragsgestaltung stehen die abgabenrechtlichen Vorschriften entgegen. § 124 II S.2, S.3 BauGB kann in diesem Fall als eng begrenzte Ausnahmvorschrift nicht analog angewandt werden.⁹⁵⁷

Es ist somit festzuhalten: Ein Vorfinanzierungsvertrag liegt vor, wenn die Gemeinde ihrem Vertragspartner nicht die gesamte Erschließung hinsichtlich einer, mehrerer oder sämtlicher Erschließungsanlagen in einem bestimmten Gebiet überträgt, sondern lediglich als „Erfüllungsgehilfen“ einschaltet und eine besondere Fälligkeits- und Verrechnungsabrede trifft. Dabei handelt es sich insgesamt um eine privatrechtliche Vertrags-

⁹⁵³ OVG Saarlouis, NVwZ-RR 1999, S.796 (797); Fischer, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Rn.32.

⁹⁵⁴ So wohl z.B. Krebs, DÖV 1989, S.969 (972); Rodegra, NVwZ 1997, S.633 (634).

⁹⁵⁵ In diesem Sinne wohl auch BVerwG, Urteil vom 22.3.1996, BVerwGE 101, 12 (23) und Stich, DVBl 1997, S.317 (324).

⁹⁵⁶ Vgl. dazu unten, 3.Teil:B.III.4.a, Seite 190.

⁹⁵⁷ Rodegra, NVwZ 1997, S.633 (635); Brügelmann, BauGB, Anhang zu § 124, Vorbemerkung.

gestaltung. Ein Vorfinanzierungsvertrag liegt seiner Funktion nach ebenfalls vor, wenn der Vertragspartner der Gemeinde die gesamte technische Durchführung hinsichtlich einer, mehrerer oder sämtlicher Erschließungsanlagen in einem bestimmten Gebiet übernimmt und sich die Gemeinde zur Kostenerstattung verpflichtet. Rechtlich ist diese Vertragsart jedoch als Erschließungsvertrag im Sinne des § 124 BauGB einzuordnen. Welchen Vertragstyp die Parteien wählen, hängt von der jeweiligen Interessenlage ab, insbesondere davon, welchen Einfluss sich die Gemeinde vorbehalten will und welche Verpflichtungen der Vertragspartner bereit ist zu übernehmen (lediglich Durchführung und Vorfinanzierung der gemeindlichen Erschließung oder Übertragung und Vorfinanzierung der Erschließung).

2. Der typische Vorfinanzierungsvertrag

Die zweite – typische, aber seltenere⁹⁵⁸ – Form der Vorfinanzierung enthält Teile eines privaten zinslosen Darlehens. Der Grundstückseigentümer übernimmt nicht die technische Durchführung der Erschließung, verpflichtet sich allerdings, die Erschließung vorzufinanzieren. Im Gegenzug verpflichtet sich die Gemeinde, die Erschließung innerhalb eines bestimmten Zeitraums durchzuführen. Der Unterschied zur abgabenrechtlichen Vorauszahlungsvereinbarung besteht darin, dass nicht vereinbart werden muss, dass die Leistung des Vertragspartners im Hinblick auf eine spätere Abgabenschuld erbracht wird und auf diese anzurechnen ist.⁹⁵⁹ Der Zweck der Vereinbarung besteht vielmehr ausschließlich darin, die Gemeinde zur Durchführung der städtebaulichen Maßnahme der Erschließung zu verpflichten.⁹⁶⁰ Diese vertragliche Verpflichtung der Gemeinde hat öffentlich-rechtlichen Charakter und ist auch für Vertragsteile bestimmend, die mit dieser Regelung in Zusammenhang stehen.⁹⁶¹ Das gilt insbesondere für die Verpflichtung der Vorfinanzierung, die bei isolierter Betrachtung ein privatrechtliches Darlehen darstellt. Die Rechtmäßigkeit eines solchen Vertrags richtet sich nach Art.54 ff. BayVwVfG. Es handelt sich um einen subordinationsrechtlichen Austauschvertrag i.S.d. Art.56 I BayVwVfG. Die Leistung des Vertragspartners besteht in der Vorfinanzierung, die Leistung der Gemeinde in der Durchführung der Erschließung und der Rückzahlung des Vorfinanzierungsbetrags. Die Voraussetzung des Art.56 I S.1 BayVwVfG ist er-

⁹⁵⁸ *Maurer/ Bartscher*, Die Praxis des Verwaltungsvertrages im Spiegel der Rechtsprechung, S.55 und 60.

⁹⁵⁹ *OVG Münster*, Urteil vom 19.8.1988, NJW 1989, S.1879; *Maurer/ Bartscher*, Die Praxis des Verwaltungsvertrages im Spiegel der Rechtsprechung, S.55.

⁹⁶⁰ Allerdings können bei der Regelung der Modalitäten der Rückzahlung der Vorfinanzierungsbeträge Anrechnungsvereinbarungen getroffen werden, vgl. z.B. *VGH München*, Urteil vom 4.9.1981, BayVBI 1981, S.754 (755).

⁹⁶¹ *OVG Münster*, Urteil vom 19.8.1988, NJW 1989, S.1876 (1879).

füllt, da die Vorfinanzierung der gemeindlichen Erschließungsaufgabe dient. Die Vorfinanzierung steht in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit der Erschließung, da sie gerade ihrer Finanzierung dient (Art.56 I S.2 BayVwVfG). Die Leistung des Vertragspartners wird i.d.R. auch den gesamten Umständen nach angemessen sein, da er eine vorzeitige Baulanderschließung erhält.⁹⁶²

Ein weiterer Unterschied zu den abgabenrechtlichen Vorauszahlungsvereinbarungen zeigt sich, wenn eine sachliche Beitragspflicht am Grundstück des Vertragspartners nicht mehr entstehen kann – z.B. weil ein beabsichtigter Bebauungsplan nicht erlassen werden darf und die Grundstücke im Erschließungsgebiet daher nicht bebaubar sind: Im Falle der Vorauszahlungsvereinbarung entsteht automatisch ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch, da der vertragliche Zweck der Leistung (Tilgung einer Abgabenschuld) nachträglich entfallen ist.⁹⁶³ Dieser Automatismus gilt nicht bei Vorfinanzierungsverträgen: Ihr Zweck besteht nicht in der Anrechnung des Vorfinanzierungsbetrags auf die spätere Beitragsschuld, sondern in der Vorfinanzierung der Erschließung als solcher. Soweit die Parteien keine ausdrückliche Vereinbarung für diesen Fall getroffen haben, kann eine ergänzende Vertragsauslegung unter Umständen dazu führen, dass der Vertragspartner keinen Erstattungsanspruch gegen die Gemeinde hat.⁹⁶⁴

III. Der Erschließungsvertrag, § 124 BauGB⁹⁶⁵

§ 124 I BauGB lässt ausdrücklich zu, dass die Gemeinde die Erschließung durch Vertrag auf einen Dritten überträgt.⁹⁶⁶ Gegenstand des Erschließungsvertrags können nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähige sowie nicht beitragsfähige Erschließungsanlagen in einem bestimmten Erschließungsgebiet in der Gemeinde sein, § 124 II S.1 BauGB. Der Dritte kann sich gegenüber der Gemeinde verpflichten, die Erschließungskosten ganz oder teilweise zu tragen, § 124 II S.2 HS 1 BauGB.

⁹⁶² OVG Münster, Urteil vom 19.8.1988, NJW 1989, S.1876 (1880).

⁹⁶³ Siehe oben, 3.Teil:A.II.4.b, Seite 163.

⁹⁶⁴ VGH München, Urteil vom 4.9.1981, BayVBI 1981, S.754 ff.

⁹⁶⁵ Die *Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände* hat einen Mustererschließungsvertrag erarbeitet, abgedruckt bei *Richarz/ Steinmetz*, Erschließung in der kommunalen Praxis, S.292 ff.; Vertragsmuster finden sich auch bei *Johlen*, Münchener Vertragshandbuch, Band 2, VII.1; *Vogel*, in: Brügelmann, BauGB, Anhang zu § 124; *Grziwotz*, Baulanderschließung, S.330 ff. (Erschließungs- und Vorfinanzierungsvertrag).

⁹⁶⁶ Vgl. zur historischen Entwicklung des Erschließungsvertrags *Müller*, Öffentliches Vertragsrecht in der Praxis, S.45 ff.

Mit dieser Regelung wird der Gemeinde die Möglichkeit gegeben, ihre Erschließungslast nicht durch eigene Bedienstete oder unter Inanspruchnahme von Werkunternehmern auf ihre Kosten mit der Folge einer Abgabenerhebung nach §§ 127 ff. BauGB bzw. den entsprechenden Vorschriften des BayKAG durchzuführen, sondern die Herstellung der Erschließungsanlagen auf einen Dritten zu übertragen. Unter Herstellung ist dabei – wie grundsätzlich im allgemeinen Erschließungsrecht des BauGB⁹⁶⁷ – nur die erstmalige Herstellung einer Erschließungsanlage, nicht deren Erweiterung oder Verbesserung, zu verstehen. Es handelt sich nicht um eine abgabenrechtliche Vereinbarung, da nicht unmittelbar auf ein Abgabenschuldverhältnis eingewirkt wird. Die Übertragung des wirtschaftlichen Vorgangs der Erschließung auf einen Dritten führt lediglich mittelbar dazu, dass ein Abgabenschuldverhältnis nicht entstehen kann, da der Gemeinde kein beitragsfähiger Aufwand entsteht.⁹⁶⁸

Der Erschließungsvertrag ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag i.S.d. Art.54 S.1 BayVwVfG, da der Vertragsgegenstand öffentlich-rechtlich ist:⁹⁶⁹ Zwar wird nach ganz h.M. dem Dritten nicht die Erschließungslast und somit keine hoheitliche Kompetenz übertragen, sondern lediglich die Durchführung der Erschließung.⁹⁷⁰ Allerdings ist der Dritte auch nicht – wie z.B. der privatrechtlich eingeschaltete Werkunternehmer – lediglich technischer Gehilfe der Gemeinde, sondern führt die der Gemeinde übertragene Aufgabe in selbstständiger Wahrnehmung aus. Ihm werden zumindest insoweit öffentlich-rechtliche Aufgaben übertragen.⁹⁷¹ Gemäß § 124 IV BauGB besteht ein Schriftformerfordernis.⁹⁷² Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich um einen subordinationsrechtlichen Vertrag i.S.d. Art.54 S.2 BauGB, da sich ein Verwaltungsträger und ein Bürger gegenüberstehen.⁹⁷³ Soweit zum Teil eine andere Auffassung

⁹⁶⁷ Siehe oben, 1.Teil:C.I.2, Seite 23

⁹⁶⁸ *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 124, Rn.11.

⁹⁶⁹ *BVerwG*, Urteil vom 23.4.1969, BVerwGE, 32, 37 (39 f.); *BGH*, Urteil vom 30.9.1970, BGHZ 54, 287 (291); *Bick*, DVBl 2001, S.154 (157); *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 124, Rn.10; *Schmidt-Aßmann/ Krebs*, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, S.55; a.A. *Obermayer*, VwVfG, § 56, Rn.46.

⁹⁷⁰ Siehe oben, 1.Teil:C.II.2, Seite 29.

⁹⁷¹ *Ehlers*, NJW 1990, S.800 (802); *Müller*, Öffentliches Vertragsrecht in der Praxis, S.113 f.

⁹⁷² Verpflichtet sich der Erschließungsunternehmer im Erschließungsvertrag zur Übertragung der Erschließungsflächen, bedarf der Vertrag insgesamt der notariellen Beurkundung, *Peters*, ZKF 1991, S.281; *Walker*, Handbuch Städtebaulicher Verträge, Rn.676; a.A. *Birk*, VBIBW 1993, S.457 (461).

⁹⁷³ *Müller*, Öffentliches Vertragsrecht in der Praxis, S.140; so auch – ohne nähere Begründung – *OVG Saarlouis*, Urteil vom 9.6.1994, NVwZ-RR 1995, S.222 (224).

vertreten wird,⁹⁷⁴ ist dies zumindest im Ergebnis praktisch ohne Bedeutung, da der Erschließungsvertrag seit der Gesetzesänderung zum 1.5.1993 einem subordinationsrechtlichen Vertrag angenähert ist. § 124 III S.1 BauGB enthält eine dem Art.56 I S.2 BayVwVfG entsprechende speziellere Regelung. Die Anwendung von Art.59 I BayVwVfG i.V.m. § 134 BGB kompensiert die fehlende Anwendbarkeit des Art.59 II BayVwVfG.⁹⁷⁵ Auch die Nichtanwendbarkeit von Art.61 BayVwVfG ist letztlich ohne Bedeutung: Mit der vertraglichen Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung,⁹⁷⁶ können nur Zahlungsansprüche, kaum aber ein aktives Tun (die Durchführung der Erschließung) durchgesetzt werden.⁹⁷⁷ Die Verpflichtung des Erschließungsunternehmers zur Durchführung der Erschließung wird wirksamer durch eine Erfüllungsbürgschaft⁹⁷⁸ oder eine Vertragsstrafe gesichert.⁹⁷⁹

Der Erschließungsvertrag ist ein städtebaulicher Vertrag, da er die städtebauliche Erschließung regelt.⁹⁸⁰ Er ist abzugrenzen von anderen städtebaulichen Verträgen. Er ist auch nach Einführung des § 11 BauGB, der den städtebaulichen Vertrag regelt, zulässig, vgl. § 11 IV BauGB. Nach wohl h.M. steht der Erschließungsvertrag zum städtebaulichen Vertrag nach § 11 BauGB im Verhältnis der Spezialität und Ausschließlichkeit. Das ergibt sich insbesondere daraus, dass der Gesetzgeber trotz Einführung der Regel des § 11 BauGB die Regelung des Erschließungsvertrags unberührt gelassen hat.⁹⁸¹ § 124 BauGB verdrängt daher § 11 I Nr.1 BauGB, soweit es um die Durchführung der Erschließung geht. Unproblematisch ist auch nach der hier vertretenen Auffassung das Verhältnis zu § 11 I Nr.3 BauGB (Folgekostenvertrag), da der Letztere lediglich eine vertragliche Übernahme von Kosten jenseits der Er-

⁹⁷⁴ Vogel, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.35; Quaas, BauR 1995, S.780 (781); Weyreuther, UPR 1994, S.121 (125).

⁹⁷⁵ Quaas, BauR 1995, S.780 (781).

⁹⁷⁶ Sie kann bei koordinationsrechtlichen Verträgen auch nicht über Art.62 S.2 BayVwVfG vereinbart werden, da diese Vorschrift nur auf die Regelung des BGB und nicht auf § 794 I Nr.5 ZPO verweist.

⁹⁷⁷ Birk, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.492.

⁹⁷⁸ Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6, Rn.34; in diesem Fall steht der Gemeinde das Geld zur Durchführung der Maßnahme zur Verfügung, ohne den Erschließungsvertrag vollstrecken zu müssen, Birk, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.492 und Rn.472; vgl. dazu auch unten, 3.Teil:B.III.2, Seite 181, Fußnote 995.

⁹⁷⁹ Birk, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.220.

⁹⁸⁰ Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6, Rn.3.

⁹⁸¹ Driehaus, BauR 1999, S.862 (863); Richarz/ Steinmetz, Erschließung in der kommunalen Praxis, S.26; Quaas, Kommunales Abgabenrecht, Rn.180; a.A. Löhr, in: B/ K/ L, BauGB, § 11, Rn.1; vgl. zusammenfassend Pfaffenholz DVBl 2001, S.105 (107).

schließung i.S.d. §§ 123 ff. BauGB zulässt.⁹⁸² Des weiteren ist § 124 BauGB zu § 12 BauGB abzugrenzen. Gemäß § 12 BauGB kann sich ein Vorhabenträger zur Durchführung eines Vorhabens und der Erschließung dieses Vorhabens unter (anteiliger) Kostenübernahme verpflichten. § 12 BauGB ist anzuwenden, wenn sich der Vertragspartner der Gemeinde zur Durchführung eines Vorhabens und zur Erschließung dieses Vorhabens verpflichtet. Soll Gegenstand eines Vertrags ausschließlich die Herstellung einer Erschließungsanlage (und nicht noch eines weiteren Vorhabens) sein, geht § 124 BauGB als speziellere Regelung vor.⁹⁸³ Sollen weitere Erschließungsanlagen, die nicht der Erschließung des Vorhabens dienen, auf den Vertragspartner übertragen werden, können die Vertragsparteien neben dem Durchführungsvertrag nach § 12 BauGB auch noch einen Erschließungsvertrag nach § 124 BauGB im Hinblick auf diese Erschließungsanlagen abschließen.

1. Der Vertragspartner der Gemeinde

Fraglich ist, mit wem die Gemeinde einen Erschließungsvertrag abschließen darf, also wer „Dritter“ i.S.d. § 124 BauGB ist. Regelmäßig wird dies ein einzelner Grundstückseigentümer sein. Häufig wird es sich um einen Bauträger handeln, der im Anschluss an die Erschließung die Grundstücke im Vertragsgebiet an private Erwerber weiterveräußert. Selten wird es sich um einen Zusammenschluss mehrerer Grundstückseigentümer handeln.⁹⁸⁴ Möglich ist auch die Übertragung der Erschließung auf einen sogenannten Erschließungsträger. Dabei handelt es sich um einen privaten Dienstleistungsunternehmer, der die Erschließung durchführt und die Kosten mit den Grundstückseigentümern im Erschließungsvertragsgebiet aufgrund privatrechtlicher Vereinbarung abrechnet.⁹⁸⁵ Der Vertragspartner der Gemeinde wird im Folgenden einheitlich als Erschließungsunternehmer bezeichnet. Der Erschließungsunternehmer kann seinerseits wiederum Werkunternehmer zur technischen Durchführung der Erschließung beauftragen.⁹⁸⁶ Auch die Gemeinde kann mit Herstellungsarbeiten beauftragt werden. Dies ist jedoch nur zulässig, soweit nicht die gesamte Erschließung zurück übertragen wird, sondern die Gemeinde lediglich mit einzelnen Aufgaben beauftragt wird.⁹⁸⁷ Geht die vertragliche Gestaltung dahin, der Gemeinde die gesamte Erschlie-

⁹⁸² Siehe oben, 3.Teil:A.II.3, Seite 159.

⁹⁸³ *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.504.

⁹⁸⁴ *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.137 f.

⁹⁸⁵ Vgl. zur rechtlichen Konstruktion im einzelnen *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.139 ff.

⁹⁸⁶ *Weber*, VBIBW 2001, S.95.

⁹⁸⁷ In diesem Sinne wohl auch *Driehaus*, in: Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6, Rn.32; *OVG Münster*, Urteil vom 12.7.1988, KStZ 1989, S.94.

ßung zurück zu übertragen, ist sie gemäß Art.13 I Nr.2b) BayKAG i.V.m. § 42 S.1 AO unwirksam. Eine solche Vertragsgestaltung zielt ausschließlich darauf ab, eine Abgabenerhebung entsprechend den gesetzlichen Vorschriften zu umgehen und ist somit unwirksam.

Fraglich ist, ob die Gemeinde selbst in Form einer von ihr gegründeten Gesellschaft (vgl. Art.92 BayGO) oder eines privatrechtlichen Unternehmens, an dem sie mehrheitlich beteiligt ist, Erschließungsunternehmer sein kann. Dies wird zum Teil bejaht mit dem Hinweis, dass diese Eigengesellschaft und auch das privatrechtliche Unternehmen – anders als Eigenbetriebe der Gemeinde (vgl. Art.88 BayGO) – selbstständige juristische Personen seien.⁹⁸⁸ Fraglich ist jedoch, ob sich alleine mit einem formalen Argument diese Ansicht halten lassen kann. Die Frage, wer Dritter i.S.d. § 124 BauGB ist, ist im Wege der Gesetzesauslegung zu ermitteln.⁹⁸⁹ Kriterien der Auslegung sind insbesondere der Wortsinn, der Bedeutungszusammenhang der Vorschriften, der Wille des historischen Gesetzgebers und objektiv-teleologische Kriterien.⁹⁹⁰ Da § 124 BauGB nicht nur eine Vorschrift des Erschließungsrechts ist, sondern auch gerade eine Alternative zu den abgabenrechtlichen Vorschriften darstellt, ist auch auf die erschließungsbeitragsrechtlichen Vorschriften abzustellen. Entsteht der Gemeinde ein eigener Aufwand, ist sie verpflichtet, diesen Aufwand nach den abgabenrechtlichen Vorschriften umzulegen. Es ist bereits festgestellt worden, dass die Gemeinde einen Aufwand nicht verhindern kann, indem sie auf privatrechtlicher Ebene freiwillige Leistungen der Abgabenschuldigen annimmt.⁹⁹¹ Zumindest aus abgabenrechtlicher Sicht kann nichts anderes gelten, wenn die Gemeinde eine Eigengesellschaft zwischenschaltet, weil auch diese Gestaltung darauf zielt, den Aufwand der Gemeinde zu verhindern und zu einem Kostenersatz auf privatrechtlicher Ebene führt.⁹⁹² Es ist nicht ersichtlich, dass § 124 BauGB von dem abgabenrechtlichen Grundprinzip, dass Gemeinden ihren Aufwand durch Abgabenerhebung zu decken haben, befreien will. Die Bestimmung soll der Gemeinde lediglich die Möglichkeit eröffnen, die Erschließung auf einen privaten Dritten zu übertragen, nicht aber, eine eigentlich nach Abgaberecht vorzunehmende Finanzie-

⁹⁸⁸ Löhrr, in: B/ K/ L, BauGB, § 124, Rn.1; Schmidt-Eichstaedt, BauR 1998, S.899 (903); Richarz/ Steinmetz, Erschließung in der kommunalen Praxis, S.21 f.; Bunzel/ Coulmas/ Schmidt-Eichstaedt, Städtebauliche Verträge, S.188; Dirnberger, in: Jäde/ Dirnberger/ Weiß, BauGB, § 124, Rn.9; Reif/ Gössl/ Ruf, BWGZ 1994, S.200 (219).

⁹⁸⁹ A.A. Bunzel/ Coulmas/ Schmidt-Eichstaedt, Städtebauliche Verträge, S.184, die dies „allein nach praktischen Erwägungen“ entscheiden.

⁹⁹⁰ Larenz/ Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.141 ff.

⁹⁹¹ Siehe oben, 2.Teil:C.I.2.b(1)(b), Seite 89.

⁹⁹² Weber, VBIBW 2001, S.95 (96).

zung zu umgehen.⁹⁹³ § 124 BauGB ist daher dahin auszulegen, dass er eine Vertragsgestaltung, in der die Erschließung auf eine Gesellschaft der Gemeinde übertragen wird, nicht zulässt.⁹⁹⁴

2. Der Inhalt des Erschließungsvertrags

Aus der Vorschrift des § 124 BauGB ergibt sich der notwendige Inhalt des Erschließungsvertrags. Zu regeln ist die Verpflichtung zur Durchführung der Erschließung, die Festlegung des Erschließungsvertragsgebiets und die Kostenverteilung. Daneben sind andere Vertragsinhalte zweckmäßig – wie z.B. etwaige Kontrollrechte der Gemeinde, die Vereinbarung von Sicherheitsleistungen⁹⁹⁵ oder Mängelbeseitigungspflichten. Ferner sind Regelungen zweckmäßig, die die spätere bauplanungsrechtliche Zulässigkeit der zu erschließenden Vorhaben sichern.⁹⁹⁶ Die folgende Darstellung beschränkt sich im Wesentlichen auf den notwendigen Vertragsinhalt, da die Erläuterung sämtlicher zweckmäßiger Vertragsregelungen den Umfang dieser Ausarbeitung sprengen würde. In soweit kann auf die unter Fußnote 965 (Seite 176) angeführten Vertragsmuster verwiesen werden.

⁹⁹³ *Quaas*, BauR 1999, 1113 (1123); *Birk*, BauR 1999, S.205 (207).

⁹⁹⁴ So im Ergebnis auch *Quaas*, BauR 1999, S.1113 (1125); *Vogel*, in: Brügelmann, BauGB, § 124, Rn.19; *Driehaus*, BauR 1999, S.863 ff., mit dem weiteren Hinweis, dass diese Gestaltung zudem dazu führen würde, dass die Gemeinde sich selbst kontrollieren müsste, da der Gemeinde einerseits die Erschließungsverantwortung mit den sich daraus ergebenden Kontrollpflichten verbleibe, sie aber auf der anderen Seite auch wesentlichen Einfluss (vgl. auch Art.92 I Nr.2 BayGO) in der Eigengesellschaft habe.

⁹⁹⁵ Zweckmäßig ist die Vereinbarung einer Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft, insbesondere um Dritte, die Zahlungen an den Erschließungsunternehmer leisten, im Falle der Nichterfüllung des Erschließungsvertrags vor einer Doppelbelastung zu bewahren, *Grziwotz*, VIZ 1997, S.197 (201); vgl. zu dieser Sachverhaltskonstellation unten, 3.Teil:B.III.3, Seite 188.

⁹⁹⁶ Die Gemeinde kann sich im Erschließungsvertrag allerdings grundsätzlich nicht dazu verpflichten einen Bebauungsplan mit einem bestimmten Inhalt zu erlassen, *BGH*, Urteil vom 22.11.1979, NJW 1980, S.826; *Grziwotz*, NZG 1999, S.55; die vom *BVerwG* anerkannten Ausnahmen einer vertraglichen Vorwegbindung führen nur dazu, dass der Bebauungsplan rechtswirksam ist, berühren aber nicht die Unwirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung, *Looman*, NJW 1996, S.1439 (1440); der sicherste Weg ist daher, erst nach Erlass eines rechtswirksamen Bebauungsplans einen Erschließungsvertrag abzuschließen, *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6, Rn.22 bzw. die Wirksamkeit des Erschließungsvertrags an den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bebauungsplans zu koppeln, *Walker*, Handbuch Städtebaulicher Verträge, Rn.669.

a. Die Herstellung und Übertragung von Erschließungsanlagen im Vertragsgebiet

Gegenstand des Erschließungsvertrags können nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähige sowie nicht beitragsfähige Erschließungsanlagen in einem bestimmten Gebiet der Gemeinde sein, § 124 II S.1 BauGB. Dem eindeutigen Wortlaut nach knüpft § 124 BauGB nicht an den erschließungsbeitragsrechtlichen, sondern an den erschließungsrechtlichen Begriff der Erschließung an.⁹⁹⁷ Die Gemeinde muss jedoch hinsichtlich der vertraglich bezeichneten Erschließungsanlage überhaupt die Erschließungslast besitzen, da sie andernfalls nichts zu übertragen hat.⁹⁹⁸ Soweit sich der Vertrag auf eine Erschließungsanlage i.S.d. § 127 II BauGB bezieht, müssen zudem die Voraussetzungen des § 125 BauGB vorliegen.⁹⁹⁹ Diese Voraussetzungen müssen nicht bereits bei Vertragsschluss vorliegen, Art.62 S.2 BayVwVfG i.V.m. § 311a I BGB.¹⁰⁰⁰ Es genügt daher, wenn spätestens zum Zeitpunkt der Übertragung der Erschließungsanlage die Voraussetzungen des § 125 BauGB erfüllt sind.¹⁰⁰¹ Soweit das Grundstück, auf dem die Erschließungsanlage errichtet werden soll, nicht im Eigentum der Gemeinde steht, hat der Erschließungsvertrag die (schuldrechtliche) Verpflichtung des Erschließungsunternehmers zu enthalten, das Eigentum an diesen Grundstücken zu übertragen, damit die Gemeinde sie als öffentliche Einrichtung widmen bzw. betreiben kann. Insoweit bedarf der Erschließungsvertrag der Form des § 311 b I S.1 BGB.¹⁰⁰²

Wie sich aus § 124 II S.1 BauGB ergibt, darf sich der Vertrag nicht auf die Erschließung des gesamten Gemeindegebiets beziehen, sondern nur auf ein bestimmtes Erschließungsgebiet in der Gemeinde. Die Erschließung durch den Erschließungsunternehmer ist somit im Vertrag räumlich zu begrenzen. Aus § 124 II S.1 BauGB ergibt sich hingegen nicht, dass es sich um ein zusammenhängendes Gebiet handeln muss. Eine solche Betrachtungsweise würde auch den Zweck des

⁹⁹⁷ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6, Rn.26.

⁹⁹⁸ *Quaas*, in: Schrödter, BauGB, § 124, Rn.5.

⁹⁹⁹ *Quaas*, in: Schrödter, BauGB, § 124, Rn.7; vgl. zu diesen Voraussetzungen oben, 1.Teil:C.III, Seite 38.

¹⁰⁰⁰ *Grziwotz*, BauR 2001, S.1839 (1843); anders noch die alte Rechtslage: Hier war der Vertrag gemäß Art.62 S.2 BayVwVfG i.V.m. § 306 a.F. BGB grundsätzlich nichtig, *OVG Saarlouis*, Urteil vom 9.6.1994, NVwZ-RR 1995, S.222.

¹⁰⁰¹ *Birk*, VBIBW 1999, S.457 (459); *BVerwG*, Urteil vom 22.3.1996, NVwZ 1996, S.794 (796).

¹⁰⁰² *BVerwG*, Urteil vom 9.11.1984, BVerwGE 70, 247 (254 f.); *BGH*, Urteil vom 5.5.1972, BGHZ 58, 386 (394); *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.123.

§ 124 BauGB – die Bereitstellung von Bauland – erschweren.¹⁰⁰³ Der Begriff des Erschließungsvertragsgebiets ist daher nicht ausschließlich lokal, sondern (auch) funktional zu verstehen. Er umfasst die zu erschließenden Bauflächen und die Flächen der Erschließungsanlagen.¹⁰⁰⁴ Mitumfasst sind damit nicht nur die Erschließungsflächen im eigentlichen Baugebiet, sondern auch die Flächen der sogenannten Außenerschließung (z.B. Herstellung von Zufahrtsstraßen, Brückenbauwerken oder Hauptsammlern).¹⁰⁰⁵ Weiterhin folgt aus § 124 II S.1 BauGB, dass sich die vertragliche Verpflichtung des Erschließungsunternehmers auf eine, mehrere oder alle Erschließungsanlagen im Vertragsgebiet beziehen kann. Er kann sich insbesondere zur wegemäßigen Erschließung durch den Bau von selbstständigen oder unselbstständigen Erschließungsanlagen oder eines Abschnitts hiervon verpflichten¹⁰⁰⁶ oder die Herstellung des Leitungs- und Kanalnetzes für die leitungsgebundenen Erschließungsanlagen im Vertragsgebiet übernehmen.

Das Erschließungsvertragsgebiet kann nicht nur im beplanten oder unbeplanten Innenbereich, sondern auch im Außenbereich der Gemeinde gelegen sein,¹⁰⁰⁷ da auch Außenbereichsgrundstücke erschlossen werden können. Auf die erschließungsbeitragsrechtlichen Grundsätze – danach sind Außenbereichsgrundstücke zumindest nach den Vorschriften des BauGB nicht beitragspflichtig – ist gerade nicht abzustellen (§ 124 II S.1 BauGB).¹⁰⁰⁸ Der Vertragspartner kann sich daher insbesondere auch dazu verpflichten, ein einzelnes Außenbereichsgrundstück auf seine Kosten zu erschließen. Erst diese Verpflichtung kann unter Umständen dazu führen, dass die Erschließung eines vom Erschließungsunternehmer geplanten Vorhabens im Außenbereich ausreichend gesichert ist und dem Vorhaben keine unwirtschaftlichen Aufwendungen der Gemeinde entgegenstehen (vgl. § 35 III Spiegelstrich 3 BauGB).¹⁰⁰⁹ In diesem Fall sichert der Erschließungsvertrag die Erschließung¹⁰¹⁰ und ist

¹⁰⁰³ *Döring*, NVwZ 1984, S.853 (856).

¹⁰⁰⁴ *Quaas*, BauR 1995, S.780 (783 f.), *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6, Rn.30; a.A. *Birk*, VBIBW 1993, S.457 (459), der unter Erschließungsvertragsgebiet lediglich die Flächen der herzustellenden Erschließungsanlagen versteht.

¹⁰⁰⁵ *Döring*, NVwZ 1984, S.853 (856); *Stüer*, DVBI 1995, S.649 (650).

¹⁰⁰⁶ *OVG Münster*, Urteil vom 24.11.1998, NWVBI 1999, S.262 f.

¹⁰⁰⁷ *BVerwG*, Urteil vom 22.3.1972, DÖV 1972, S.827 (828); a.A. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6, Rn.29; *VG Kassel*, Urteil vom 26.11.1999, BWGZ 2000, S.369 (370).

¹⁰⁰⁸ *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, S.46, Fn.85; vgl. zu diesen Grundsätzen oben, 2.Teil:C.I.2.b(2), Seite 91.

¹⁰⁰⁹ Vgl. *Taegen*, in: Berliner Kommentar zum BauGB, § 35, Rn.16.

¹⁰¹⁰ Die Erschließung ist (ausreichend) gesichert, wenn der Erschließungsträger verlässlich bereit ist, die Erschließung rechtzeitig – das heißt bis zur Ingebrauch-

somit zugleich ein sogenannter Erschließungssicherungsvertrag.¹⁰¹¹ Dem steht nicht entgegen, dass sich §§ 123 ff. BauGB grundsätzlich nicht auf die Erschließung eines einzelnen Grundstücks, sondern auf ein gesamtes Gebiet beziehen. § 124 II S.1 BauGB schreibt eine vertragliche Eingrenzung des zu erschließenden Gebiets vor, ermöglicht also auch die Eingrenzung auf ein einziges zu erschließendes Grundstück. Der Vorschrift lässt sich nicht entnehmen, dass das Vertragsgebiet nicht auf ein einzelnes Grundstück eingegrenzt werden könnte.¹⁰¹²

b. Die Kostenübernahme durch den Erschließungsunternehmer

Wesentliches Merkmal des Vertrags ist die Erschließungskostenregelung. In ihr ist zu regeln, wer die Erschließungskosten letztlich zu tragen hat. Der Erschließungsunternehmer muss nicht zwingend die Erschließungskosten übernehmen, vgl. § 124 II S.2 HS 1 BauGB.¹⁰¹³ Unter Erschließungskosten sind sämtliche dem Unternehmer tatsächlich entstehenden Kosten zu verstehen, die die Herstellung der Erschließungsanlage verursacht.¹⁰¹⁴ Gemäß § 124 II S.2 BauGB kann sich der Dritte verpflichten, diese Kosten ganz oder teilweise zu tragen.

§ 124 II S.3 BauGB bestimmt – lediglich klarstellend –, dass § 129 I S.3 BauGB über den Eigenanteil der Gemeinde nicht anzuwenden ist. Dies war bis zur Änderung des § 124 BauGB durch das mit Wirkung zum 1.5.1993 in Kraft getretene Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz vom 22.4.1993¹⁰¹⁵ höchst umstritten.¹⁰¹⁶ Ganz überwiegend war bis dahin von Literatur und Rechtsprechung die Auffassung vertreten worden, die Gemeinde dürfe dem Erschließungsunternehmer nicht mehr an Kosten überbürden, als sie nach abgabenrechtlichen Vor-

nahme des geplanten Vorhabens – vorzunehmen, *Franckenstein*, ZfBR 1998, S.231.

¹⁰¹¹ Soweit man § 124 BauGB auf den Erschließungssicherungsvertrag nicht anwendet, bestimmt sich seine Zulässigkeit als städtebaulicher Vertrag nach § 11 I Nr.1 BauGB, *Driehaus*, in: Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, § 124, Rn.12.; kritisch zum Erschließungssicherungsvertrag *Erbguth/ Rapsch*, DÖV 1992, S.45 (52).

¹⁰¹² A.A. *Vogel*, in: Brügemann, BauGB, § 124, Rn.14; auch nach dieser Auffassung ist der Erschließungssicherungsvertrag jedoch grundsätzlich nach allgemeinen Vorschriften zulässig, da die §§ 123 ff. BauGB gerade nicht entgegenstehen.

¹⁰¹³ Siehe bereits oben, 3.Teil:B.II.1, Seite 174 und unten, 3.Teil:B.III.4.a, Seite 192 jeweils zum „unechten“ Erschließungsvertrag.

¹⁰¹⁴ Der Begriff der Erschließungskosten ist somit ein anderer und weiterer Begriff, als der des Erschließungsaufwands in § 128 BauGB, *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6, Rn.36; *Weyreuther*, UPR 1994, S.121, (129).

¹⁰¹⁵ BGBl I 1993, S.466.

¹⁰¹⁶ Vgl. z.B. *Müller*, Öffentliches Vertragsrecht in der Praxis, S.198 ff.; *Birk*, VBIBW 1984, S.97 (100).

schriften selbst liquidieren könne¹⁰¹⁷, insbesondere sei sie verpflichtet, den Gemeindeanteil zu übernehmen.¹⁰¹⁸ Mit dieser Rechtsprechung sollte in erster Linie der Erwerber eines Baugrundstücks, aber auch der Erschließungsunternehmer geschützt werden.¹⁰¹⁹ Der Gesetzgeber geht demgegenüber jetzt grundsätzlich davon aus, dass sich die Beteiligten selbst schützen: Der Erschließungsunternehmer wird die Kosten nur soweit übernehmen, als er davon ausgeht, dass sich sein Aufwand zu einem späteren Zeitpunkt – z.B. durch einen Verkauf der erschlossenen Grundstücke – amortisiert. Auch der Käufer eines erschlossenen Grundstücks wird einen unter Umständen erhöhten Kaufpreis nur dann bereit sein zu zahlen, wenn er sich hiervon einen Vorteil verspricht. Der Käufer wird nicht durch § 124 III S.1 BauGB geschützt, da diese Vorschrift allein im Verhältnis von Erschließungsunternehmer und Gemeinde gilt.¹⁰²⁰ Etwas anderes gilt nur, wenn die privaten Vertragsparteien ausdrücklich auf § 124 III S.1 BauGB Bezug nehmen.¹⁰²¹ Die Gemeinde ist nicht verpflichtet, auf ihren Vertragspartner dementsprechend einzuwirken.¹⁰²²

Fraglich ist, ob die Regelung des § 124 II S.2 BauGB gegen Art.3 I GG verstößt. *Löhr* nimmt grundsätzlich einen Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung an, da die volle Kostenübernahme durch den Erschließungsunternehmer im Erschließungsvertragsgebiet zu einer höheren Kostenbelastung des Baulanderwerbers führt als in vergleichbaren Gebieten, die durch die Gemeinde erschlossen und abgabenrechtlich abgerechnet werden. Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art.3 I GG setzt voraus, dass wesentlich Gleiches ungleich behandelt wird. Voraussetzung ist also generell, dass zwei vergleichbare Sachverhalte vorliegen.¹⁰²³ Im vorliegenden Fall sind aber schon die Sachverhalte nicht vergleichbar. Die rechtliche Situation des Käufers ist von der des Erschließungsbeitragspflichtigen im Falle der Beitragserhebung grundsätzlich unterschieden.¹⁰²⁴ Das gilt alleine schon deswegen, weil der Käufer die Erschließungskosten freiwillig übernimmt.¹⁰²⁵

¹⁰¹⁷ BVerwG, Urteil vom 23.8.1991, BVerwGE 89, 7 (9).

¹⁰¹⁸ BVerwG, Urteil vom 19.10.1984, NJW 1985, S.642 (643); BVerwG, Urteil vom 23.4.1969, NJW 1969, S.2162 (2163).

¹⁰¹⁹ BVerwG, Urteil vom 23.8.1991, BVerwGE 89, 7 (12 ff.).

¹⁰²⁰ A.A. *Vogel*, in: Brügemann, BauGB, § 124, Rn.56 f.

¹⁰²¹ *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.252.

¹⁰²² BVerwG, Urteil vom 19.10.1984, BVerwGE 70, 204 (210 f.); *Quaas*, BauR 1999, S.1113 (1120).

¹⁰²³ *Jarass/Pieroth*, GG, Art.3 GG, Rn.5 f.

¹⁰²⁴ *BT-Drucksache* 12/3944, S.29.

¹⁰²⁵ So im Ergebnis auch *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6, Rn.38.

Somit steht fest, dass die Vorschriften des Erschließungsbeitragsrechts bzw. des Kommunalabgabenrechts der vertraglichen Kostenregelung grundsätzlich keine Grenzen setzen. Das gilt – entgegen der wohl h.L.¹⁰²⁶ – auch, soweit Gegenstand des Erschließungsvertrags eine nach Landesrecht beitragsfähige Erschließungsanlage ist und das Landesrecht eine Beteiligung der Gemeinde an den Erschließungskosten vorschreibt.¹⁰²⁷ Der Erschließungsvertrag ist keine unmittelbare abgabenrechtliche Vorschrift, sondern eine Vorschrift des Städtebaurechts; er bezieht sich nicht auf die abgabenrechtliche Abwälzung von Erschließungskosten, sondern bildet gerade eine Alternative hierzu.¹⁰²⁸ Die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes ergibt sich aus Art.78 I Nr.18 GG. Der Bundesgesetzgeber ist daher befugt, umfassende Erschließungsregelungen zu normieren, auch wenn sie auf das kommunale Abgabenrecht zentral durchgreifen. Die Ansicht des *BVerwG*, die zwingenden Vorschriften des Abgabenrechts schränken die Gestaltung der Kostenvereinbarung ein, ergab sich demnach auch nicht aus abgabenrechtlichen Grundsätzen, sondern aus der Auslegung des § 124 I BauGB.¹⁰²⁹ Einer solchen Auslegung steht jetzt der eindeutige Wortlaut des § 124 II S.2 BauGB entgegen.¹⁰³⁰ Letztlich führen die unterschiedlichen Ansichten – soweit es um die hier behandelten Wasserversorgungs- und Entwässerungseinrichtungen geht – jedoch kaum zu unterschiedlichen Ergebnissen, da die Gemeinden bei diesen Anlagen zumindest nach den Vorschriften des BayKAG zu einer Eigenbeteiligung regelmäßig nicht verpflichtet sind.¹⁰³¹

c. Die Grenzen der gegenseitigen Pflichten

Gemäß § 124 III S.1 BauGB müssen die vertraglich vereinbarten Leistungen den gesamten Umständen nach angemessen sein und in sachlichem Zusammenhang mit der Erschließung stehen. Die Prüfung bezieht sich in erster Linie auf die Pflicht des Erschließungsunternehmers, die Kosten für die Herstellung einer Erschließungsanlage zu übernehmen.¹⁰³² Ein sachlicher Zusammenhang zwischen Kostenübernahme und Erschließung des Vertragsgebiets besteht, wenn die vertraglich verein-

¹⁰²⁶ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6, Rn.37; *Weyreuther*, UPR 1994, S.121 (127); *Löhr*, in: B/ K/ L, BauGB, § 124, Rn.9; *Quaas*, Kommunales Abgabenrecht, Rn.195; *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. G, Rn.39.

¹⁰²⁷ So auch *Birk*, VBIBW 1993, S.457 (460).

¹⁰²⁸ *BVerwG*, Urteil vom 23.8.1991, BVerwGE 89, 7 (12).

¹⁰²⁹ *BVerwG*, Urteil vom 23.8.1991, BVerwGE 89, 7 (12).

¹⁰³⁰ So auch *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 124, Rn.7.

¹⁰³¹ Siehe oben, 2.Teil:C.I.2.b(1), Seite 127.

¹⁰³² *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.239.

barten Anlagen zur Erschließung der im Vertragsgebiet liegenden Grundstücke notwendig i.S.d. §§ 30 ff. BauGB sind oder zumindest dem geplanten Konzept in diesem Gebiet dienen.¹⁰³³ Die Kostenübernahme ist hinsichtlich solcher Anlagen, die zu einer Erschließung i.S.d. §§ 30 ff. BauGB führen, objektiv angemessen, wenn es sich um erforderliche Kosten i.S.d. §§ 123 II, 129 I BauGB handelt.¹⁰³⁴ Unangemessen ist eine volle Kostenübernahme z.B. dann, wenn entweder auch der Allgemeinheit¹⁰³⁵ oder einer Vielzahl von Grundstücken, die nicht im Eigentum des Erschließungsunternehmers stehen, Vorteile verschafft werden.¹⁰³⁶ Subjektiv angemessen sind die Kosten, die den Erschließungsunternehmer wirtschaftlich nicht überfordern.¹⁰³⁷

Verpflichtet sich der Erschließungsunternehmer im Vertragsgebiet zur Herstellung des Leitungssystems der leitungsgebundenen Wasserversorgungs- und Entwässerungseinrichtungen, kann eine volle Kostenübernahme ebenfalls unangemessen sein. Entschließt sich die Gemeinde, den ihr entstehenden Investitionsaufwand (z.B. für zentrale Einrichtungen oder das Leitungssystem außerhalb des Erschließungsvertragsgebiets) nicht über Beiträge,¹⁰³⁸ sondern über Gebühren zu finanzieren, wird der Erschließungsunternehmer zweifach belastet: Zum einen hat er seine eigenen Erschließungskosten zu tragen. Zusätzlich finanziert er über die Gebühren auch noch den Investitionsaufwand der Gemeinde.¹⁰³⁹ Die Gemeinde hat sich daher an den Erschließungskosten des Erschließungsunternehmers anteilig zu beteiligen oder ihren Investitionsaufwand zumindest teilweise durch Beitragserhebung zu finanzieren.

Verstößt die Kostenvereinbarung gegen das Angemessenheits- oder das Kopplungsverbot, ist sie grundsätzlich nichtig, Art.59 II Nr.4 BayVwVfG.¹⁰⁴⁰ Etwas Anderes gilt, wenn die Parteien für diesen Fall ersatzweise vereinbart haben, dass der Erschließungsunternehmer zumindest die angemessenen Kosten übernimmt.¹⁰⁴¹ Da die Nichtigkeit der Kostenverteilungsregelung nur einen Teil des Erschließungsvertrags be-

¹⁰³³ *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.240.

¹⁰³⁴ *Quaas*, BauR 1995, S.780, (785); *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6, Rn.36.

¹⁰³⁵ *Weyreuther*, UPR 1994, S.121 (129 f.).

¹⁰³⁶ *Döring*, NVwZ 1994, S.853 (854); *Reif/ Gössl/ Ruf*, BWGZ 1994, S.200 (209); vgl. zu den Fremdanliegergrundstücken unten, 3.Teil:B.III.4.a, Seite 190.

¹⁰³⁷ *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.244.

¹⁰³⁸ Vgl. zum Verhältnis von Erschließungsvertrag und Beitragserhebung nach Art.5 BayKAG unten, 3.Teil:B.III.4.b, Seite 193.

¹⁰³⁹ *Walker*, Handbuch Städtebaulicher Verträge, Rn.730.

¹⁰⁴⁰ So im Ergebnis auch *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6, Rn.49; *Fischer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. F, Rn.44.

¹⁰⁴¹ *Grziwotz*, MittBayNot 1995, S.271.

trifft, ist der Erschließungsvertrag insgesamt nichtig, wenn nicht davon auszugehen ist, dass die Vertragsparteien den Erschließungsvertrag auch ohne die Kostenverteilungsregelung geschlossen hätten, Art.59 III BayVwVfG.¹⁰⁴² Dies dürfte praktisch kaum der Fall sein, da die Erschließungskostenvereinbarung regelmäßig der zentrale Punkt des Erschließungsvertrags ist.

3. Die Durchführung des Erschließungsvertrags

Hat sich der Erschließungsunternehmer zu Durchführung und Kostentragung der Erschließung innerhalb eines Erschließungsvertragsgebiets verpflichtet, entsteht der Gemeinde insoweit kein eigener Aufwand. Eine Erhebung von Erschließungsbeiträgen nach BauGB oder BayKAG ist schon von daher ausgeschlossen. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn sich die Gemeinde zur anteiligen Kostenübernahme verpflichtet hat. Die Gemeinde ist dann aufgrund der vorrangigen vertraglichen Kostenregelung gegenüber dem Erschließungsunternehmer gehindert, den ihr entstehenden Aufwand durch eine Beitragsveranlagung abzuwälzen.¹⁰⁴³ Die abgabenrechtlichen Vorschriften werden somit durch den Erschließungsvertrag verdrängt. Ist dies zwischen den Vertragsparteien nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich das Ergebnis zumindest aus der Vertragsauslegung, da die Kostenvereinbarung gerade zu einer alternativen und vorrangigen Kostenverteilung führen soll.¹⁰⁴⁴

Erfüllt der Erschließungsunternehmer seine vertraglichen Pflichten nicht oder nicht vertragsgemäß, kann die Gemeinde Leistungsklage erheben.¹⁰⁴⁵ Außerdem sind gemäß Art.62 S.2 BayVwVfG die Regeln des BGB anwendbar, das heißt die Gemeinde kann den Erschließungsunternehmer insbesondere gemäß Art.62 S.2 BayVwVfG i.V.m §§ 280 I, II, 286 BGB in Verzug setzen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern. Ist der Erschließungsunternehmer insolvent und war die Durchführung der Erschließung auch nicht durch eine Bankbürgschaft gesichert,¹⁰⁴⁶ ist der Anspruch der Gemeinde nicht durchsetzbar. Soweit die Gemeinde die Erschließung selbst weiterführt,¹⁰⁴⁷ ist der Aufwand, der

¹⁰⁴² *Quaas*, BauR 1999, 1113 (1122); *Quaas*, in: Schrödter, BauGB, § 124, Rn.17; *Birk*, VBIBW 1993, S.457 (461).

¹⁰⁴³ *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6, Rn.39; vgl. aber zur besonderen Vertragsgestaltung bei Fremdanliegergrundstücken unten, 3.Teil:B.III.4.a, Seite 192.

¹⁰⁴⁴ *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.238.

¹⁰⁴⁵ *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, S.359; *Ruff*, KStZ 1988, S.220 (221).

¹⁰⁴⁶ Siehe oben, 3.Teil:B.III.2, Seite 181, Fußnote 995.

¹⁰⁴⁷ Soweit sie bereits Baugenehmigungen erteilt hat, ist sie hierzu u.U. sogar verpflichtet; siehe oben, 1.Teil:C.II.4.a, Seite 34.

ihr dabei entsteht, nicht anderweitig gedeckt i.S.d. § 129 I S.1 BauGB, da dem Anspruch gegen den Erschließungsunternehmer ein tatsächliches Hindernis entgegensteht und die Gemeinde aus diesem Grund auf eine Inanspruchnahme des Erschließungsunternehmers verzichten kann.¹⁰⁴⁸ Die Eigentümer der erschlossenen Grundstücke sind in diesem Fall zur Beitragszahlung verpflichtet, selbst wenn sie bereits Zahlungen an den Erschließungsunternehmer geleistet haben.¹⁰⁴⁹ Die öffentlich-rechtliche Beitragspflicht wird durch eine privatrechtliche Vereinbarung mit dem Erschließungsunternehmer nicht berührt.¹⁰⁵⁰ Diese Zahlungen sind nicht auf die Beitragsschuld anzurechnen, selbst dann nicht, wenn die Gemeinde bereits im Rahmen des Erschließungsvertrags – im Hinblick auf diese Fallkonstellation – zugunsten von zukünftigen Bauland-erwerbem auf eine Beitragserhebung verzichtet hat.¹⁰⁵¹ Ob auf die Erhebung eines Beitrags verzichtet werden kann, richtet sich allein nach § 135 V BauGB bzw. Art.13 I Nr.4b und Nr.5a BayKAG i.V.m. §§ 163 I S.1, 227 AO; soweit deren Voraussetzungen nicht vorliegen, ist die Vereinbarung wegen eines Verstoßes gegen die Abgabenerhebungspflicht unwirksam. Ein Verzicht kommt insbesondere im Hinblick auf eine sonst eintretende sachliche Härte in Betracht. Diese wird jedoch regelmäßig schon deswegen nicht vorliegen, weil der Erwerber eines Grundstücks es selbst in der Hand hat, vorzeitige Zahlungen an einen Erschließungsunternehmer durch weitere vertragliche Vereinbarungen zu sichern oder Zahlungen nur entsprechend dem jeweiligen Baufortschritt zu vereinbaren.¹⁰⁵² Sind solche sichernde Vereinbarungen nicht getroffen worden, steht den Grundstückseigentümern hinsichtlich ihrer geleisteten Zahlungen lediglich ein Rückforderungsanspruch gegen den Erschließungsunternehmer zu. Dieser wird in den meisten Fällen aufgrund dessen Illiquidität nicht bzw. nur anteilig zu realisieren sein.¹⁰⁵³

Stellt sich nach Durchführung des Vertrags dessen Nichtigkeit heraus, entstehen Ausgleichsansprüche hinsichtlich der erbrachten Leistungen.¹⁰⁵⁴ Soweit gegen die Gemeinde ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch entsteht, hat sie insoweit einen beitragsfähigen Aufwand, den sie auf die erschlossenen Grundstücke umlegen muss.¹⁰⁵⁵ Die erschließungsvertragliche Kostenvereinbarung steht aufgrund der

¹⁰⁴⁸ BVerwG, Urteil vom 9.11.1984, BVerwGE 70, 247 (258 f.).

¹⁰⁴⁹ Grziwotz, VIP 1997, S.197 (201).

¹⁰⁵⁰ Johlen, DVBI 1972, S.881 (883).

¹⁰⁵¹ BVerwG, Urteil vom 6.6.1975, DÖV 1975, S.717; BVerwG, Urteil vom 8.9.1972, DVBI 1973, S.499.

¹⁰⁵² Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6, Rn.63.

¹⁰⁵³ Grziwotz, NJW 1995, S.1927 (1931).

¹⁰⁵⁴ Reidt, BauR 2001, S.46 (51); Quaas, in: Schrödter, BauGB, § 124, Rn.17.

¹⁰⁵⁵ Quaas, in: Schrödter, BauGB, § 124, Rn.17; Reif/ Gössl/ Ruf, BWGZ 1994, S.200 (208).

schließungsvertragliche Kostenvereinbarung steht aufgrund der Nichtigkeit des Erschließungsvertrags einer Inanspruchnahme des Erschließungsunternehmers nicht entgegen.

4. Besondere Vertragsgestaltungen

Bestimmte Sachverhaltsgestaltungen können dazu zwingen, besondere Vereinbarungen zu treffen, um den tatsächlichen Gegebenheiten Rechnung zu tragen. Das kann zum einen der Fall sein, wenn im Erschließungsvertragsgebiet ein oder mehrere Grundstücke nicht im Eigentum des Erschließungsunternehmers, sondern im Eigentum von sogenannten Fremdanliegern stehen oder wenn sich der Erschließungsunternehmer zur Herstellung einer nach Kommunalabgabenrecht beitragsfähigen leitungsgebundenen Erschließungsanlage verpflichten will. Es kann daher erforderlich werden, verschiedene Vertragstypen, wie z.B. Erschließungsvertrag, Vorfinanzierungsvertrag und privatrechtlichen Werkvertrag miteinander zu kombinieren oder den Erschließungsvertrag als solchen zu modifizieren.

a. Fremdanlieger im Erschließungsvertragsgebiet

Unter Fremdanliegergrundstücken werden solche Grundstücke verstanden, die sich im Erschließungsvertragsgebiet befinden und durch die Maßnahmen des Erschließungsunternehmers erschlossen werden, aber nicht in seinem, sondern dem Eigentum der Gemeinde oder eines Dritten stehen.¹⁰⁵⁶ Da dem Erschließungsunternehmer keine hoheitlichen Rechte übertragen wurden, kann er seinen Erschließungsaufwand nicht durch Abgabenerhebung auf die Fremdanlieger umlegen. Auch die Gemeinde kann keine Abgaben erheben, da ihr im Regelfall kein eigener Aufwand entstanden ist. Dies gilt selbst dann, wenn sie dem Erschließungsträger nachträglich und freiwillig einen Kostenanteil ersetzt, da sie auf den vertraglichen Kostenerstattungsanspruch gegen den Erschließungsunternehmer nicht verzichten kann und daher eine anderweitige Deckung i.S.d. § 129 I S.1 BauGB vorliegt.¹⁰⁵⁷ War der Erschließungsunternehmer auch nicht in der Lage, privatrechtliche Vereinbarungen mit den Fremdanliegern zu treffen, bestehen grundsätzlich auch keine Ansprüche aus GoA oder ungerechtfertigter Bereicherung,¹⁰⁵⁸ so dass der

¹⁰⁵⁶ Quaas, BauR 1995, S.780, (787).

¹⁰⁵⁷ Siehe oben, 2.Teil:C.I.2.b(1)(b), Seite 89.

¹⁰⁵⁸ Vgl. mit ausführlicher Begründung: *BGH*, Urteil vom 8.11.1973, BGHZ 61, 359 (365) und *OVG Saarlouis*, Urteil vom 7.11.1988, DÖV 1989, S.861 (863).

Fremdanlieger letztlich kostenlos die Erschließung seines Grundstücks erlangt.¹⁰⁵⁹

Fraglich ist, ob mit bekannten Vertragsformen oder durch deren Modifizierung diese Problematik befriedigend gelöst werden kann. Ziel einer vertraglichen Gestaltung muss es sein, der Gemeinde einen beitragsfähigen Aufwand zu verschaffen, da nur sie rechtlich in der Lage ist, die Fremdanlieger durch Abgabenerhebung heranzuziehen.¹⁰⁶⁰ Hierzu kommt erstens der Abschluss eines Vorfinanzierungsvertrags in Betracht, zweitens die Modifikation des Erschließungsvertrags.

Wird dem Vertragspartner der Gemeinde nicht die Erschließung als solche übertragen, sondern er lediglich als privater Werkunternehmer bei der Herstellung der Erschließungsanlagen eingeschaltet, entsteht der Gemeinde insoweit ein Aufwand, den sie durch Beitragserhebung decken kann bzw. muss. Herangezogen werden die Grundstücke des Unternehmers und der Fremdanlieger. Der Unternehmer tilgt seine Beitragsforderung durch Verrechnung mit der ihm zustehenden Erstattungsforderung.¹⁰⁶¹ Die Gemeinde trägt den Gemeindeanteil hinsichtlich sämtlicher Grundstücke im Erschließungsgebiet. Der Unternehmer kann sich nicht zur Kostenübernahme nach § 124 III S.2, 3 BauGB verpflichten, da ein Erschließungsvertrag nicht vorliegt und die Vorschrift auch nicht analogiefähig ist.¹⁰⁶² Diese Vertragsgestaltung ist daher nicht geeignet, die Fremdanliegerproblematik befriedigend zu lösen, wenn beabsichtigt ist, dass der Vertragspartner alle Erschließungskosten tragen soll.

Soll der Erschließungsvertrag in der Weise modifiziert werden, dass eine Abgabenerhebung durch die Gemeinde ermöglicht wird, stellt sich schon die grundsätzliche Frage, ob eine Erschließungskostenfinanzierung durch eine Kombination von Abgabenerhebung und Erschließungsvertrag überhaupt zulässig sein kann. *Driehaus* verneint dies mit dem Hinweis, beide Rechtsinstitute stünden im Verhältnis der Alternativität und die Entscheidung für das Rechtsregime des Erschließungsvertrags schliesse den Rückgriff auf abgabenrechtliche Vorschriften aus. Das Gesetz sehe eine Verbindung der beiden Alternativen nicht vor.¹⁰⁶³ Diese

¹⁰⁵⁹ In einer neueren Entscheidung hat der BGH jedoch ausnahmsweise einen Anspruch des Erschließungsunternehmers zugelassen, da die besonderen Umstände des Einzelfalls ergeben hatten, dass auch ein objektiv fremdes Geschäft vorlag und somit der – im Regelfall fehlende – Fremdgeschäftsführungswille vorhanden war, *BGH*, Urteil vom 8.11.2001, NVwZ 2002, S.511 (512).

¹⁰⁶⁰ *Stich*, DVBl 1997, S.317 (34); *Dombert*, BauR 1999, S.588 (589 f.).

¹⁰⁶¹ Vgl. zu dieser Gestaltung *Stüer*, DVBl 1995, S.649 (652 f.); *Dombert*, BauR 1999, S.588 (590), m.w.N.

¹⁰⁶² Siehe oben, 3.Teil:B.II.1, Seite 174.

¹⁰⁶³ So *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6, Rn.11, Rn.39 und Rn.56.

Ansicht ist abzulehnen. Zwar bietet der Erschließungsvertrag der Gemeinde eine Alternative zur Deckung von Erschließungskosten. Den abgabenrechtlichen Vorschriften der §§ 127 ff. BauGB lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass ein Aufwand, der der Gemeinde trotz Abschlusses eines Erschließungsvertrags entstanden ist, nicht im Wege der Beitragserhebung umgelegt werden kann. Ganz im Gegenteil sehen die Vorschriften vor, dass ein Aufwand, der der Gemeinde entsteht, im Wege der Beitragserhebung zu decken ist. Insoweit stellt das Gesetz selbst eine Verbindung zwischen Erschließungsvertrag und Beitragsrecht her. Es ist nicht ersichtlich, warum diese Verbindung durch eine vertragliche Gestaltung nicht soll genutzt werden dürfen. Hat die Gemeinde eine anteilige Kostentragung vereinbart, ist sie verpflichtet, diesen Aufwand im Wege der Beitragserhebung geltend zu machen. Nur im Hinblick auf den Erschließungsunternehmer ist eine Beitragserhebung aufgrund der vorrangigen erschließungsvertraglichen Abrede ausgeschlossen.¹⁰⁶⁴ Grundsätzlich ist es daher zulässig, den Erschließungsvertrag zu modifizieren, um zu einer Abgabenerhebung zu gelangen. Zu diesem Zweck kann der Erschließungsvertrag in zwei Weisen modifiziert werden:

Denkbar ist die Modifikation der Kostenvereinbarung des Erschließungsvertrags dahin, dass die Gemeinde die anteilig auf die Fremdanliegergrundstücke entfallenden Kosten übernimmt und dem Erschließungsunternehmer erstattet.¹⁰⁶⁵ In Höhe dieser Erstattung entsteht der Gemeinde ein eigener Aufwand, den sie nach abgabenrechtlichen Vorschriften umlegen kann.¹⁰⁶⁶ Dabei hat sie jedoch zunächst von diesem Aufwand den Gemeindeanteil abzuziehen und selbst zu tragen und den Aufwand auf sämtliche Grundstücke – also auch die des Erschließungsunternehmers – umzulegen (vgl. §§ 129 I S.1, 131 I BauGB).¹⁰⁶⁷ Die Fremdanlieger zahlen daher nur einen Bruchteil der tatsächlich auf sie entfallenden anteiligen Kosten. Den übrigen Teil trägt die Gemeinde, da die vertragliche Kostenvereinbarung zwischen Erschließungsunternehmer und Gemeinde einer Beitragsforderung gegen den Erschließungsunternehmer entgegenstehen. Eine Modifikation des Erschließungsvertrags dieser Art ist somit ungeeignet, die Erschließungskosten insgesamt auf den Erschließungsunternehmer zu übertragen.

Der Erschließungsvertrag kann auch in der Weise modifiziert werden, dass sich die Gemeinde zur vollen Kostenerstattung verpflichtet. Hat die Gemeinde dem Unternehmer die Erschließung übertragen, liegt ein Vorfinanzierungsvertrag („unechter Erschließungsvertrag“) vor, der in recht-

¹⁰⁶⁴ Siehe bereits oben, 3.Teil:B.III, Seite 176.

¹⁰⁶⁵ *Grziwotz*, Baulanderschließung, S.323.

¹⁰⁶⁶ *Dombert*, BauR 1999, S.588 (592).

¹⁰⁶⁷ *VGH Mannheim*, Urteil vom 5.12.1985, NJW 1986, S.2452 (2453).

licher Hinsicht als ein (modifizierter) Erschließungsvertrag einzuordnen ist.¹⁰⁶⁸ Der Gemeinde entsteht – aufgrund des gegen sie gerichteten vertraglichen Erstattungsanspruchs¹⁰⁶⁹ – ein eigener Aufwand, den sie nach abgabenrechtlichen Vorschriften auf alle Grundstücke im Erschließungsvertragsgebiet umlegt; bei ihr verbleibt zunächst der Gemeindeanteil. Die Beitragsforderungen gegen die Grundstücke des Erschließungsunternehmers werden mit seinem Erstattungsanspruch verrechnet; möglich ist auch, vorher eine Ablösungsvereinbarung zu treffen, dann wird die Ablöseforderung mit dem Erstattungsanspruch verrechnet. In einer weiteren Kostenvereinbarung verpflichtet sich der Erschließungsunternehmer, den nach einer Abgabenerhebung verbleibenden Gemeindeanteil zu übernehmen. Da es sich um einen Erschließungsvertrag handelt, ist diese Vereinbarung im Hinblick auf § 124 S.2, 3 BauGB zulässig.¹⁰⁷⁰ Im Ergebnis trägt der Erschließungsunternehmer sämtliche Kosten der Erschließung, ausgenommen der Kosten, die anteilig für die Fremdanliegergrundstücke entfallen sind. Diese Kosten tragen die Fremdanlieger, abzüglich des Gemeindeanteils. Einzig diese Vertragsgestaltung ist geeignet, das Problem der Fremdanlieger im Erschließungsgebiet befriedigend zu lösen.¹⁰⁷¹

b. Die Herstellung einer leitungsgebundenen Einrichtung

Ist Gegenstand des Erschließungsvertrags eine Wasserversorgungs- oder Entwässerungseinrichtung, können Probleme mit der Beitragsveranlagung nach Art.5 BayKAG auftreten. Anders als z.B. die Herstellung von Anbaustraßen, handelt es sich bei den leitungsgebundenen Einrichtungen um Gesamteinrichtungen.¹⁰⁷² Der Investitionsaufwand wird für die gesamte Einrichtung kalkuliert und auch auf zukünftig zu erschließende Flächen verteilt.¹⁰⁷³ Der Erschließungsunternehmer verpflichtet sich regelmäßig nicht zur Herstellung der Gesamtanlage, sondern nur zur Herstellung des Leitungssystems im Vertragsgebiet. Zentrale Einrichtungen, wie z.B. Pumpenanlagen oder Kläranlagen werden dann von der Gemeinde hergestellt. Auch das übrige Leitungssystem, das zum Teil erst für eine Verbindung des Erschließungsvertragsgebiets mit den zentralen Einrichtungen sorgt, wird von der Gemeinde hergestellt. Insoweit entsteht der Gemeinde ein Investitionsaufwand. Durch den Anschluss an

¹⁰⁶⁸ Siehe oben, 3.Teil:B.II.1, Seite 174.

¹⁰⁶⁹ *Dombert*, BauR 1999, S.588 (591).

¹⁰⁷⁰ *Gemeindetag Baden-Württemberg*, BWGZ 1996, S.371 (372); *Quaas*, BauR 1999, S.1113 (1123).

¹⁰⁷¹ Ein Formulierungsvorschlag einer vertraglichen Vereinbarung findet sich bei *Bunzel/ Coulmas/ Schmidt-Eichstaedt*, Städtebauliche Verträge, S.225 f.

¹⁰⁷² Siehe oben, 2.Teil:C.II.2.a(1), Seite 120.

¹⁰⁷³ Siehe oben, 2.Teil:C.II.2.a(3). Seite 124.

die Gesamteinrichtung wird den Grundstücken des Erschließungsunternehmers durch die übrigen, von der Gemeinde hergestellten Teile ein Vorteil vermittelt.

Nach einer Auffassung verdrängt § 124 BauGB gemäß Art.31 GG die kommunalabgabenrechtlichen Regeln.¹⁰⁷⁴ Eine Beitragsveranlagung kann nach dieser Ansicht nur hinsichtlich zentraler Einrichtungsteile, die nicht Gegenstand des Erschließungsvertrags sind, stattfinden. Dem ist nicht zu folgen. Der Erschließungsvertrag macht von den Grundsätzen der Globalkalkulation nach Art.5 BayKAG keine Ausnahme. Er bietet lediglich die Möglichkeit, hinsichtlich der vom Erschließungsunternehmer hergestellten Anlagenteile eine Kostenregelung zu treffen. Es ist daher mit der ganz h.M.¹⁰⁷⁵ davon auszugehen, dass mit dem Anschluss des vom Erschließungsunternehmer hergestellten Leitungssystems an die gemeindliche Einrichtung eine Beitragspflicht der Grundstücke im Erschließungsvertragsgebiet nach Art.5 BayKAG entsteht.¹⁰⁷⁶ Art.5 I S.5 HS.1 BayKAG verbietet es auch, das Erschließungsvertragsgebiet als Abschnitt gesondert – mit der Folge, dass eine Beitragserhebung mangels Investitionsaufwand der Gemeinde nicht stattfindet – abzurechnen. Vielmehr ist grundsätzlich der kalkulierte Gesamtaufwand¹⁰⁷⁷ der Einrichtung auf alle erschlossenen und künftig zu erschließenden Flächen zu verteilen.¹⁰⁷⁸ Der Erschließungsunternehmer hat daher Erschließungsbeiträge zu leisten und aufgrund des Erschließungsvertrags die eigenen Kosten, die bei der Herstellung des Leitungssystems im Erschließungsvertragsgebiet entstanden sind, zu übernehmen. Es kommt somit zu einer doppelten Belastung des Erschließungsunternehmers.

Diese Doppelbelastung kann vermieden werden, indem die Kostenvereinbarung so gestaltet wird, dass sich die Gemeinde zur Erstattung der Kosten des Erschließungsunternehmers verpflichtet. In diesem Fall steht dem Erschließungsunternehmer eine vertragliche Erstattungsforderung

¹⁰⁷⁴ *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 124, Rn.8.

¹⁰⁷⁵ A.A.: *Ernst*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 124, Rn.7.

¹⁰⁷⁶ *Döring*, NVwZ 1994, S.853 (854); *Grziwotz*, Baulanderschließung, S.324; *Quaas*, BauR 1995, S.780 (786); *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6, Rn.47; *Reif/ Gössl/ Ruf*, BWGZ 1994, S.200 (210); *Kothe*, BWGZ 1994, S.169 (176).

¹⁰⁷⁷ Dabei ist umstritten, ob die Erschließungskosten des Erschließungsunternehmers im Erschließungsvertrag einzubeziehen sind; dies dürfte der Fall sein, da es nicht auf tatsächliche, sondern auf zu kalkulierende Kosten ankommt, unabhängig davon, wer sie tatsächlich trägt, *Birk*, VBIBW 1993, S.457 (464); a.A. *Quaas*, in: Schrödter, BauGB, § 124, Rn.15; *Quaas*, BauR 1995, S.780 (786); *Reif/ Gössl/ Ruf*, BWGZ 1994, S.200 (210).

¹⁰⁷⁸ Siehe oben, 2.Teil:C.I.2.a(4), Seite 124.

zu, mit der er gegen die Beitragsforderung aufrechnen kann.¹⁰⁷⁹ Soweit die Erstattungsforderung die Beitragsforderung übersteigt, kann sich der Erschließungsunternehmer verpflichten, den Differenzbetrag zu übernehmen.¹⁰⁸⁰ Als weitere Lösungsmöglichkeit kann vereinbart werden, dass der Erschließungsunternehmer zwar die Kosten übernimmt, insoweit aber etwaige Beitragsforderungen abgelöst werden.¹⁰⁸¹

5. Zusammenfassung

Wird ein Erschließungsvertrag geschlossen und durchgeführt, entfallen wesentliche Nachteile, die bei einer Erschließung durch die Gemeinde entstehen: Zum einen ist die Gemeinde in personeller Hinsicht weniger eingebunden, da sie nur noch mit Vorbereitungs- und Überwachungsaufgaben betraut ist.¹⁰⁸² Zudem muss sie die Erschließung nicht vor- und mühsam nachfinanzieren, sie wird nicht mit abgabenrechtlich nicht umlagefähigen Kosten belastet und sie wird keinen Widersprüchen und Klagen der herangezogenen Abgabepflichtigen ausgesetzt.¹⁰⁸³ Nachteile können sich hingegen ergeben, wenn der Erschließungsunternehmer finanziell nicht in der Lage ist, die vertraglich vereinbarten Erschließungsmaßnahmen durchzuführen. In diesem Fall kann die Gemeinde verpflichtet sein, die Erschließung auf eigene Kosten zu Ende zu führen.¹⁰⁸⁴ Vor finanziellen Nachteilen kann sich die Gemeinde in diesen Fällen jedoch durch entsprechende Sicherungsmittel schützen.

IV. Die Kostenvereinbarung im Rahmen eines Durchführungsvertrags gemäß § 12 I S.1 BauGB

Die planungsrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben nach § 30 BauGB wird traditionell durch den Bebauungsplan nach § 10 BauGB begründet.¹⁰⁸⁵ Hierdurch schafft die Gemeinde ein städtebauliches Angebot, ohne die betroffenen Grundstückseigentümer oder Dritte zu einer Umsetzung der gemeindlichen Planung zu verpflichten.¹⁰⁸⁶ Es kann aber das Bedürfnis bestehen, in Zusammenarbeit zwischen Gemeinde und einem

¹⁰⁷⁹ Quaas, in: Schrödter, BauGB, § 124, Rn.15; vgl. zu dieser Gestaltung z.B. Vertragsmuster bei *Brügelmann*, BauGB, Anhang zu § 124, Alternative zu § 15 II S.2 des Vertragsmusters zum Erschließungsvertrag.

¹⁰⁸⁰ Quaas, in: Schrödter, BauGB, § 124, Rn.15.

¹⁰⁸¹ Quaas, in: Schrödter, BauGB, § 124, Rn.15; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, § 6, Rn.47.

¹⁰⁸² *Reif/ Gössl/ Ruf*, BWGZ 1994, S.200 (201); *Steenbock*, Gemhlt 1986, S.77 (84).

¹⁰⁸³ Quaas, Kommunales Abgabenrecht, Rn.181.

¹⁰⁸⁴ Siehe oben, 1.Teil:C.II.4.a, Seite 37, Fußnote 146.

¹⁰⁸⁵ *Stüer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. B, Rn.1056.

¹⁰⁸⁶ *Reidt*, NVwZ 1996, S.1; *Grziwotz*, VIZ 1997, S.197 (198).

Investor ein bestimmtes Vorhaben zu planen und unmittelbar und zeitnah zu verwirklichen. Dies kann z.B. durch Kombination eines sogenannten „Bauträgerbebauungsplans“¹⁰⁸⁷, mit einem Erschließungsvertrag und einer vertraglichen Baupflicht (vgl. § 11 I S.2 Nr.2 BauGB) erreicht werden.¹⁰⁸⁸ Ein anderes Instrument, das gerade im Hinblick auf diesen Sachverhalt konzipiert wurde, ist der Erlass eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans gemäß § 12 BauGB.

1. Der vorhabenbezogene Bebauungsplan

Der vorhabenbezogene Bebauungsplan zielt darauf ab, ein bestimmtes Vorhaben planungsrechtlich zuzulassen (vgl. § 30 II BauGB). Der vorhabenbezogenen Bebauungsplan ist ein Unterfall eines Bebauungsplans nach § 10 I BauGB,¹⁰⁸⁹ für den die allgemeinen Vorschriften – z.B. für das Aufstellungsverfahren¹⁰⁹⁰ – gelten, soweit sich nicht aus § 12 II bis VI BauGB etwas anderes ergibt, § 12 I S.2 BauGB.¹⁰⁹¹ § 12 I S.1 BauGB regelt spezielle Voraussetzungen des vorhabenbezogenen Bebauungsplans. Nach § 12 I S.1 BauGB kann die Gemeinde durch einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan die Zulässigkeit von Vorhaben bestimmen, wenn der Vorhabenträger auf der Grundlage eines mit der Gemeinde abgestimmten Plans zur Durchführung der Vorhaben und der Erschließungsmaßnahmen (Vorhaben- und Erschließungsplan) bereit und in der Lage ist und sich zur Durchführung innerhalb einer bestimmten Frist und zur Tragung der Planungs- und Erschließungskosten ganz oder teilweise vor dem Beschluss nach § 10 I BauGB verpflichtet (Durchführungsvertrag). Grundlage eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans sind somit der Vorhaben- und Erschließungsplan und der Durchführungsvertrag.¹⁰⁹² Ist ein vorhabenbezogener Bebauungsplan wirksam zustandegekommen, ist das geplante Vorhaben planungsrechtlich zulässig (§ 30 II BauGB) und dem Vorhabenträger nach Durchführung des Baugenehmigungsverfahrens eine Baugenehmigung zu erteilen, soweit nicht noch andere rechtliche Vorschriften, die im bauaufsicht-

¹⁰⁸⁷ Das heißt einen Bebauungsplan, dem das Konzept eines Investors zugrundeliegt.

¹⁰⁸⁸ *Grziwotz*, MittBayNot 1999, S.44; *Jäde*, in: *Jäde/ Dirnberger/ Weiß*, BauGB, § 12, Rn.1.

¹⁰⁸⁹ *Thurrow*, UPR 2000, S.16 (17); *Krautzberger*, in: *B/ K/ L*, BauGB, § 12, Rn.2.

¹⁰⁹⁰ Vgl. ausführlich zum Verfahren bei Erlass eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans *Krautzberger*, in: *E/ Z/ B/ K*, BauGB, § 12, Rn.132 ff.; einen Großteil seiner Beschleunigungswirkung verliert der vorhabenbezogene Bebauungsplan dadurch, dass ein „normales“ Bebauungsplanverfahren durchzuführen ist, *Thurrow*, UPR 2000, S.16 (17).

¹⁰⁹¹ *Glombik*, LKV 1999, S.392 (393); *Krautzberger*, in: *E/ Z/ B/ K*, BauGB, § 12, Rn.20.

¹⁰⁹² *Stüer*, in: *Handbuch des öffentlichen Baurechts*, Kap. B, Rn.1057.

lichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind, entgegenstehen, vgl. Art.72 I S.1 BayBO.¹⁰⁹³ Der rechtliche – und unter Umständen auch wirtschaftliche – Nachteil, den die Durchführungspflicht mit sich bringt,¹⁰⁹⁴ kann durch die Ermöglichung einer beschleunigten Durchführung des Vorhabens ausgeglichen werden.

§ 12 BauGB umfasst somit ein Paket aus drei Teilen: Den Vorhaben- und Erschließungsplan und den Durchführungsvertrag, die beide Grundlage des vorhabenbezogenen Bebauungsplans sind.¹⁰⁹⁵ Kernstück ist der vom Vorhabenträger ausgearbeitete und mit der Gemeinde abgestimmte Vorhaben- und Erschließungsplan.¹⁰⁹⁶ Der Plan stellt das Vorhaben und die Erschließungsmaßnahmen dar. Er ist nicht an die Festsetzungsmöglichkeiten nach § 9 BauGB i.V.m. BauNVO gebunden, § 12 III S.2 BauGB. Der Vorhaben- und Erschließungsplan wird (unter Umständen einziger) Teil des späteren vorhabenbezogenen Bebauungsplans, § 12 III S.1 BauGB. Der vorhabenbezogene Bebauungsplan transformiert damit den Vorhaben- und Erschließungsplan in gemeindliches Recht.¹⁰⁹⁷ Modifiziert die Gemeinde den Vorhaben- und Erschließungsplan bei dieser Transformation, ist der vorhabenbezogene Bebauungsplan grundsätzlich nichtig, da ihm kein abgestimmter Vorhaben- und Erschließungsplan zugrunde liegt. Dies gilt nur dann nicht, wenn sich die Modifikation nicht erkennbar auf das Vorhaben oder die Erschließung auswirkt.¹⁰⁹⁸

Entscheidend für die Durchführung des Vorhabens und der Erschließung sowie die Kostentragung hinsichtlich Planung und Erschließung ist der Durchführungsvertrag. Die folgende Darstellung beschränkt sich daher im Wesentlichen auf den Durchführungsvertrag nach § 12 I S.1 BauGB.

¹⁰⁹³ Der vorhabenbezogene Bebauungsplan ersetzt nicht eine nach Landesrecht erforderliche Baugenehmigung, *Turiaux*, NJW 1999, S.391 (392).

¹⁰⁹⁴ Vgl. ausführlich zu zulässigen Vertragsgestaltungen, die die Durchführungspflicht des Vorhabenträgers mildern können *Turiaux*, NJW 1999, S.393 f.

¹⁰⁹⁵ *Stich*, DVBl 1997, S.317 (319); *Schliepkorte*, der Vorhaben- und Erschließungsplan, S.7.

¹⁰⁹⁶ *Turiaux*, NJW 1999, S.391 (392); *Wirth*, BauR 1999, S.130 (131).

¹⁰⁹⁷ *Jäde*, in: *Jäde/ Dirnberger/ Weiß*, BauGB, § 12, Rn.32.

¹⁰⁹⁸ *Reidt*, LKV 2000, S.417 (418); so wohl auch *Jäde*, in: *Jäde/ Dirnberger/ Weiß*, BauGB, § 12, Rn.39 und *Krautzberger*, in: *E/ Z/ B/ K*, BauGB, § 12, Rn.118.

2. Der Durchführungsvertrag¹⁰⁹⁹

Durch den Durchführungsvertrag verpflichtet sich der Vorhabenträger auf der Grundlage des Vorhaben- und Erschließungsplans zur Durchführung des Vorhabens und der Erschließungsmaßnahmen innerhalb einer bestimmten Frist unter (teilweiser) Tragung der Planungs- und Erschließungskosten. Es handelt sich um einen städtebaulichen Vertrag im Sinne des § 11 BauGB,¹¹⁰⁰ so dass insbesondere § 11 II BauGB Anwendung findet.¹¹⁰¹ Der Durchführungsvertrag muss Bezug nehmen auf den Vorhaben- und Erschließungsplan und er muss die unbedingte Leistungspflicht¹¹⁰² und den hinreichend bestimmten Zeitraum¹¹⁰³ der Leistungserbringung durch den Vorhabenträger regeln. Er muss spätestens bis zum Satzungsbeschluss vorliegen, § 12 I S.1 BauGB.¹¹⁰⁴ Er bedarf gemäß Art.57 BayVwVfG der Schriftform, soweit er die Verpflichtung zur Übertragung von Grundstücken enthält zudem der Form des Art.62 S.2 BayVwVfG i.V.m. § 311b I BGB.¹¹⁰⁵ Der Durchführungsvertrag wird nicht Teil des späteren vorhabenbezogenen Bebauungsplans.¹¹⁰⁶ Er muss daher im Rahmen der Bürgerbeteiligung nach § 3 II S.1 BauGB nicht öffentlich ausgelegt werden.¹¹⁰⁷ Für die vertraglichen Vereinbarungen gelten daher auch nach Inkrafttreten des vorhabenbezogenen Bebauungsplans – z.B. im Hinblick auf Leistungsstörungen, Unwirksamkeit oder Auflösung – vertragsrechtliche Grundsätze.¹¹⁰⁸

¹⁰⁹⁹ Ein Vertragsmuster findet sich z.B. bei *Johlen*, Münchener Vertragshandbuch, Band 2, VII.5. und bei *Bunzel/ Coulmas/ Schmidt-Eichstaedt*, Städtebauliche Verträge, S.276 ff.

¹¹⁰⁰ *Stüer*, Städtebaurecht 2001, S.59 f.; *Krautzberger*, in: B/ K/ L, BauGB, § 12, Rn.13.

¹¹⁰¹ *Reidt*, BauR 1999, S.909 (917).

¹¹⁰² *OVG Bautzen*, Urteil vom 14.7.1995, NVwZ 1995, S.181 (182).

¹¹⁰³ *Turiaux*, NJW 1999, S.391 (393); ausreichend ist dabei eine nur feste Fixierung mit flexiblem Anfangsdatum, Bsp.: Verpflichtung, innerhalb von 3 Monaten nach Bekanntmachung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans einen Bauantrag zu stellen und innerhalb von 36 Monaten nach Erteilung der Genehmigung Vorhaben und Erschließungsanlagen fertigzustellen, vgl. *Krautzberger*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 12, Rn.21.

¹¹⁰⁴ *Wirth*, BauR 1999, S.130 (133).

¹¹⁰⁵ *Jäde*, in: *Jäde/ Dirnberger/ Weiß*, BauGB, § 12, Rn.26; *Krautzberger*, in: B/ K/ L, § 12, Rn.15.

¹¹⁰⁶ § 12 III S.1 BauGB bestimmt dies ausschließlich für den Vorhaben- und Erschließungsplan.

¹¹⁰⁷ *OVG Münster*, Urteil vom 16.10.1997, NVwZ-RR 1998, S.632 (633).

¹¹⁰⁸ *Jäde*, in: *Jäde/ Dirnberger/ Weiß*, BauGB, § 12, Rn.31.

a. Das Vorhaben und der Vorhabenträger

Als Vorhaben im Sinne des § 12 BauGB ist nach wohl h.M. nicht nur ein Vorhaben im Sinne des § 29 I BauGB zu verstehen, sondern auch eine Gesamtheit von einzelnen Vorhaben im Sinne des § 29 I BauGB, die zusammen den Gegenstand des Vorhabens ausmachen.¹¹⁰⁹ Vorhabenträger kann jede natürliche Person, Personenmehrheit oder juristische Person sein.¹¹¹⁰ Fraglich ist, ob auch die Gemeinde in Form einer von ihr gegründeten Gesellschaft (vgl. Art.92 BayGO) Vorhabenträgerin sein kann. Insbesondere für den Fall, dass Grundstücke im Eigentum der Gemeinde stehen, kann – ebenso wie bei einem privaten Vorhabenträger – eine vorhabenbezogene Bebauungsplanung tatsächlich erforderlich sein.¹¹¹¹ Die Frage, wer Vorhabenträger i.S.d. § 12 BauGB ist, ist im Wege der Gesetzesauslegung zu ermitteln. Anders als beim Erschließungsvertrag ist dabei auf abgabenrechtliche Vorschriften grundsätzlich keine Rücksicht zu nehmen. Vorhabenträger kann daher – anders als beim Erschließungsvertrag – auch eine von der Gemeinde beherrschte Gesellschaft sein.¹¹¹² Das gilt auch, wenn das Vorhaben in der Folge an einen privaten Dritten veräußert wird. Bei Veräußerung eines gemeindlichen Grundstücks, das von der veräußernden Gemeinde erschlossen wurde, entsteht hinsichtlich der nach § 127 II BauGB beitragsfähigen Erschließungsanlagen die Beitragspflicht erst im Zeitpunkt der Übereignung des Grundstücks.¹¹¹³ Zumindest insoweit ist bei der Auslegung des § 12 BauGB ein abgabenrechtlicher Kontext zu beachten. Bei der Durchführung eines gemeindlichen Vorhabens inklusive Erschließung und Kostenübernahme durch eine Gesellschaft der Gemeinde, werden die von der Gesellschaft übernommenen Erschließungskosten bei einer Veräußerung des Grundstücks im Rahmen des privatrechtlichen Kaufvertrags weitergegeben. Eine Beitragserhebung findet nicht statt, da der Gemeinde kein beitragsfähiger Aufwand entstanden ist. Der Durchführungsvertrag eröffnet damit der Gemeinde die Möglichkeit, Erschließungskosten auf privatrechtlichem Weg weiterzugeben. Dies ist jedoch vom Gesetzgeber – anders als bei § 124 BauGB¹¹¹⁴ – offensichtlich gewollt, da § 12 III S.2 HS 2 BauGB ausdrücklich bestimmt, dass die

¹¹⁰⁹ *Reidt*, BauR 1998, S.909 (913); *Krautzberger*, in: B/ K/ L, BauGB, § 12, Rn.9; *Jäde*, in: Jäde/ Dirnberger/ Weiß, BauGB, § 12, Rn.5 ff.; *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.504.

¹¹¹⁰ *Reidt*, LKV 2000, S.417.

¹¹¹¹ *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.498.

¹¹¹² So auch *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.499; *Krautzberger*, in: B/ K/ L, BauGB, § 12, Rn.12; *Schliepkorte*, Der Vorhaben- und Erschließungsplan, S.9 f.; a.A. *Jäde*, in: Jäde/ Dirnberger/ Weiß, BauGB, § 12, Rn.13 f.

¹¹¹³ Siehe oben, 2.Teil:C.I.2.c(1)(a), Seite 98; anders bei den nach BayKAG beitragsfähigen Erschließungsanlagen, vgl. dazu oben, 2.Teil:C.II.2.b(2), Seite

¹¹¹⁴ Siehe oben, 3.Teil:B.III.1, Seite 180.

§§ 127 bis 135 BauGB nicht anwendbar sind. Eine Gesellschaft der Gemeinde kann daher auf der Grundlage eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans ein Vorhaben und dessen Erschließung durchführen und bei einer Veräußerung die Vorhaben- und Erschließungskosten auf privatrechtlichem Wege weitergeben.

b. Die Durchführung der Erschließung

Der Vorhabenträger hat die erforderliche Erschließung des Vorhabens durchzuführen. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts ist es nicht zulässig, dass sich die Gemeinde zur Durchführung der Erschließung verpflichtet und der Vorhabenträger lediglich zum (vertraglichen) Kostenersatz.¹¹¹⁵ Fraglich ist, ob der Anwendungsbereich des § 12 BauGB eröffnet ist, wenn eine Erschließung ausnahmsweise nicht notwendig ist, weil eine ausreichende Erschließung bereits besteht. Dies könnte im Hinblick auf den Wortlaut des § 12 I S.1 BauGB zu bejahen sein. Zu beachten ist jedoch auch der Zweck des § 12 I S.1 BauGB. Dieser besteht darin, die Durchführung von Bauvorhaben zu beschleunigen. Die Vorschrift ist daher dahin zu verstehen, dass die Erschließung nur im Falle ihrer Notwendigkeit vom Vorhabenträger durchzuführen ist, da andernfalls der Anwendungsbereich des § 12 BauGB erheblich eingeschränkt würde.¹¹¹⁶ Ist die Erschließung des Vorhabens nicht notwendig, bezieht sich der Durchführungsvertrag allein auf das geplante Vorhaben.

Fraglich ist, was unter Erschließung i.S.d. § 12 I BauGB zu verstehen ist. Nach einer Ansicht hat der Vorhabenträger lediglich die Erschließungsanlagen im Sinne des § 127 II BauGB herzustellen, da § 12 III S.2 BauGB nur die §§ 127 ff. BauGB und nicht auch die kommunalabgabenrechtlichen Vorschriften ausschließt.¹¹¹⁷ Dieser Auffassung ist schon deshalb nicht zu folgen, weil § 12 III S.2 BauGB lediglich klarstellt, dass im Rahmen der Kostenverteilungsregelung zwischen Gemeinde und Vorhabenträger die erschließungsbeitragsrechtlichen Vorschriften keine Rolle spielen, das heißt die Gemeinde z.B. nicht einen Eigenanteil nach § 129 I S.2 BauGB übernehmen muss. Auf den Umfang der durchzuführenden Erschließung hat § 12 III S.2 BauGB keinen Einfluss. Da es bei der vorhabenbezogenen Bebauungsplanung um eine zeitnahe Umsetzung und Erschließung eines Vorhabens geht, ist daher mit der Erschließung i.S.d. § 12 I BauGB vielmehr die Erschließung des Vorhabens i.S.d. § 30 II BauGB gemeint.¹¹¹⁸ Die Erschließung muss daher mindestens

¹¹¹⁵ A.A. Menke, NVwZ 1998, S.577 (578).

¹¹¹⁶ VGH Mannheim, DVBl 1997, S.841 (842); Menke, NVwZ 1997, S.577 (578); Glombik, LKV 1999, S.392 (395).

¹¹¹⁷ Reidt, LKV 2000, S.417 (421).

¹¹¹⁸ Döring, NVwZ 1994, S.852 (855); vgl. zu den unterschiedlichen Erschließungsbegriffen bereits oben, 1.Teil:B, Seite 15.

mindestens den Anschluss an das öffentliche Straßennetz, die Versorgung mit Elektrizität und Wasser und die Abwasserbeseitigung umfassen.¹¹¹⁹ Da es ausschließlich um die Einzelerschließung des geplanten Vorhabens geht, ist Maßstab der Erschließung das geplante Vorhaben und nicht des gesamten Baugebiets. Der Vorhaben- und Erschließungsplan bildet die Grundlage zum Bau der Erschließungsanlagen; § 125 BauGB findet insoweit keine Anwendung.¹¹²⁰ Die Regelungen über die Erschließung des Vorhabens können auch in einer getrennten Vereinbarung erfolgen, die auch als Erschließungsvertrag nach § 124 BauGB ausformuliert und ausgestaltet sein kann.¹¹²¹ Im Rahmen eines Erschließungsvertrags kann sich der Vorhabenträger darüber hinaus verpflichten, ein vertraglich bestimmtes Gebiet insgesamt unter vollständiger oder anteiliger Kostenübernahme zu erschließen.

c. Die Kostenregelung

Die gesamten Kosten der für das Vorhaben notwendigen Erschließung sind im Regelfall vom Vorhabenträger zu übernehmen, völlig unabhängig von der Beitragsfähigkeit der Anlagen und Kosten; § 12 III S.2 HS 2 BauGB schließt die Anwendbarkeit der §§ 127 bis 135 BauGB ausdrücklich aus. Insbesondere wenn auch sogenannte Fremdanliegergrundstücke von den Erschließungsmaßnahmen profitieren, stellt sich die Frage, ob die Kostenverteilung unangemessen i.S.d. § 11 II S.1 BauGB und somit unwirksam ist.¹¹²² Dies wird zum Teil schon deswegen verneint, weil die durch den Vorhabenträger durchzuführende Erschließung streng objekt- und vorhabenbezogen und daher immer angemessen sei.¹¹²³ Dem dürfte zumindest in dieser Allgemeinheit nicht zuzustimmen sein.¹¹²⁴ Auch die Kostenverteilung des Erschließungsvertrags ist nur dann unangemessen, wenn sich im Vertragsgebiet ein unverhältnismäßig großer Teil von Fremdanliegergrundstücken befindet. Dieser Gesichtspunkt ist auf die Kostenverteilungsregelung des Durchführungsvertrags zu übertragen. Bringt die vorhabenbezogene Erschließung einem verhältnismäßig großen Teil von Fremdanliegergrundstücken einen erschließungsrechtlichen Vorteil, kann die alleinige Übernahme der Erschließungskosten durch den Vorhabenträger unverhält-

¹¹¹⁹ *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.510; *Krautzberger*, in: *E/ Z/ B/ K*, BauGB, § 12, Rn.52 und § 30, Rn.16; *VGH Mannheim*, Beschluss vom 25.11.1996, DVBl 1997, S.841.

¹¹²⁰ *Johlen*, Münchener Vertragshandbuch, Band 2, VII.5, Anm.4.

¹¹²¹ *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.510.

¹¹²² Vgl. zum entsprechenden Fall beim Erschließungsvertrag oben, 3.Teil:B.III.2.c, Seite 187.

¹¹²³ *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.512.

¹¹²⁴ So im Ergebnis auch *Reidt*, BauR 1999, S.909 (917).

nismäßig sein. Aufgrund der vorhabenbezogenen Erschließung ist eine solche Situation aber zumindest unwahrscheinlich. Fraglich ist, ob bei dieser Sachverhaltsgestaltung die Kostenregelung in der Weise modifiziert werden kann, dass der Gemeinde ein beitragsfähiger Aufwand entsteht, den sie auf die Fremdanlieger umlegen kann. Dies wird vereinzelt deswegen verneint, weil § 12 III S.2 HS 2 BauGB die §§ 127 ff. BauGB ausschließt.¹¹²⁵ Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen: § 12 III S.2 HS BauGB kann die erschließungsbeitragsrechtlichen Vorschriften schon deswegen nicht ausschließen, weil der Bundesgesetzgeber bei Erlass dieser Vorschrift insoweit nicht mehr gesetzgebungsbefugt war. Die Vorschrift kann daher nur in der Weise verstanden werden, dass bei der Kostenvereinbarung erschließungsbeitragsrechtliche Vorgaben nicht zu beachten sind. Soweit aber der Gemeinde aufgrund der Kostenvereinbarung entsteht, ist sie grundsätzlich verpflichtet, diesen Aufwand im Wege der Abgabenerhebung nach BauGB bzw. BayKAG geltend zu machen. Es ist daher zulässig, die Kostenverteilung in der Weise zu regeln, dass der Gemeinde ein beitragsfähiger Aufwand entsteht.¹¹²⁶ Hinsichtlich der Einzelheiten kann auf die Ausführungen zum Erschließungsvertrag verwiesen werden.¹¹²⁷

d. Leistungsstörungen

Erfüllt der Vorhabenträger seine Verpflichtung nicht fristgemäß, kann die Gemeinde die sich aus der vertraglichen Vereinbarung ergebenden Rechte geltend machen, insbesondere Schadensersatz gemäß Art. 62 S.2 BayVwVfG i.V.m. § 280 I, II, 286 BGB fordern oder – soweit vertraglich gemäß Art.62 S.2 BayVwVfG i.V.m. §§ 336 ff. BGB vereinbart – eine Vertragsstrafe fordern. Daneben besteht gemäß § 12 VI S.1 BauGB die weitere Möglichkeit, den vorhabenbezogenen Bebauungsplan aufzuheben. In diesem Fall entstehen dem Vorhabenträger keine Plangewährleistungsansprüche nach §§ 39 ff. BauGB, § 12 VI S.2 BauGB. Bei der Wahl des jeweiligen Mittels hat die Gemeinde einen weiten Entscheidungsspielraum; beide Vorgehensweisen können unter Umständen auch gleichzeitig angewandt werden (z.B. Satzungsauflhebung und Vertragsstrafe).¹¹²⁸ Eine bereits erteilte Baugenehmigung ist im Fall der Aufhebung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans grundsätzlich gemäß Art.49 II Nr.4 BayVwVfG zu widerrufen.¹¹²⁹

¹¹²⁵ *Bunzel/ Coulmas/ Schmidt-Eichstaedt*, Städtebauliche Verträge, S.275.

¹¹²⁶ *Reidt*, BauR 1999, S.909 (917); *Stüer*, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kap. B, Rn.1066.

¹¹²⁷ Siehe oben, 3.Teil:B.III.4.a, Seite 192.

¹¹²⁸ *Krautzberger*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 12, Rn.157.

¹¹²⁹ *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.543.

Erfüllt der Vorhabenträger seine Verpflichtung fristgemäß, aber mangelhaft, kommen allein vertragliche Sanktionen in Betracht, § 12 VI S.1 BauGB gilt für diesen Fall nicht. In diesem Fall besteht insbesondere gemäß § 62 S.2 BayVwVfG i.V.m. §§ 634 ff. BGB¹¹³⁰ das Recht auf Nachbesserung, Kündigung oder Schadensersatz.¹¹³¹

Eine Leistungsstörung kann sich auch aus dem Verhalten der Gemeinde ergeben. Eine Leistungsstörung liegt z.B. dann vor, wenn die Gemeinde nach Abschluss des Durchführungsvertrags den vorhabenbezogenen Bebauungsplan nicht beschließt oder ihn später aufhebt, ergänzt oder ändert. Das Recht der Gemeinde zur Planung, das heißt zum Nichterlass eines vorhabenbezogenen Plans oder zur Aufhebung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans wird durch den Durchführungsvertrag nicht eingeschränkt.¹¹³² Die Gemeinde ist daher befugt, den vorhabenbezogenen Bebauungsplan nicht zu beschließen oder später durch einen anderen Bebauungsplan zu ersetzen. Dann ist fraglich, ob eine schadensersatzpflichtige Pflichtverletzung im Sinne des Art.62 S.2 BayVwVfG i.V.m. § 280 I BGB vorliegt. Dies ist jedoch grundsätzlich zu verneinen, da die Gemeinde sich durch den Abschluss des Durchführungsvertrags nicht zum Erlass eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans verpflichtet.¹¹³³ Ein Ersatzanspruch ist ausnahmsweise dann anzunehmen, wenn die Gemeinde grundlos den Bebauungsplan nicht erlässt, obwohl sie beim Vertragspartner ein entsprechendes Vertrauen erweckt hat. In diesem Fall hat die Gemeinde ihre Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechtsgüter des Vertragspartner verletzt (Art.62 S.2 BayVwVfG i.V.m. §§ 280, 241 II, 311 BGB).¹¹³⁴ Im Fall der Aufhebung oder Änderung eines zunächst erlassenen vorhabenbezogenen Bebauungsplans können sich daneben Ersatzansprüche aus §§ 39 ff. BauGB ergeben. Diese Vorschriften sind anwendbar. § 12 III S.2 BauGB schließt die §§ 39 ff. BauGB nicht aus, da dieser Ausschluss nur bei Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans, nicht jedoch bei dessen Änderung gilt.¹¹³⁵ Auch § 12 VI S.2 BauGB schließt Ansprüche nicht aus, da sich die Vorschrift auf den Fall des § 12 VI S.1 BauGB bezieht. Nur in diesem Fall ist die Aufhebung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans sanktionslos möglich.

¹¹³⁰ *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.555.

¹¹³¹ Vgl. speziell zu sogenannten Altlastenfällen *Fischer*, DVBI 2001, S.258 (262 f.).

¹¹³² *Krautzberger*, in: E/ Z/ B/ K, BauGB, § 12, Rn.159 und 163.

¹¹³³ *Fischer*, DVBI 2001, S.258 (259); *Spannowsky*, UPR 1996, S.201 (209); *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.552.

¹¹³⁴ *Birk*, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, Rn.552.

¹¹³⁵ *Krautzberger*, in: B/ K/ L, BauGB, § 12, Rn.31.

3. Zusammenfassung

Der vorhabenbezogene Bebauungsplan dient in erster Linie zur zügigen Durchführung eines konkreten Vorhabens. Dies beinhaltet auch die Erschließung dieses Vorhabens, aber auch nur dieses Vorhabens. Eine Erschließung i.S.d. § 123 BauGB, das heißt die Erschließung eines gesamten Baugebiets, findet dabei nicht statt. § 12 BauGB ist daher nicht geeignet, die Erschließung eines gesamten Baugebiets zu ermöglichen.

Schlussbetrachtung

Die Erschließung von Baugebieten erfordert die Herstellung von Erschließungsanlagen, das heißt solcher Anlagen, die die Baureifmachung der Grundstücke ermöglichen oder erleichtern. Zu diesen Anlagen zählen insbesondere die zum Anbau bestimmten Straßen und die leitungsgebundenen Versorgungseinrichtungen, aber z.B. auch Kinderspielplätze und Grünflächen.

Träger der Erschließungslast ist in erster Linie die Gemeinde. Sie hat daher die durch Bebauungsplan ausgewiesenen Gebiete zu erschließen. Die Erschließungsanlagen sind so herzustellen, dass sie den Erfordernissen der Bebauung und des Verkehrs entsprechen. Dabei wird die Gemeinde von der Rechtsaufsichtsbehörde beaufsichtigt.

Die Kosten, die der Gemeinde bei der Erfüllung dieser Aufgabe entstehen, kann sie zum Teil durch Erhebung von Kommunalabgaben auf die Eigentümer der erschlossenen Grundstücke abwälzen. Das Kommunalabgabenrecht führt aus unterschiedlichen Gründen nicht zu einer vollen Kostendeckung. Zum einen zählen schon nicht alle Erschließungsanlagen zum Kreis der abgabefähigen Anlagen. Zum anderen ist die Gemeinde verpflichtet, sich an den Herstellungskosten zu beteiligen, soweit auch der Allgemeinheit Vorteile verschafft werden. Im Bereich des kommunalen Abgabenrechts nach BauGB hat sich die Gemeinde zwingend mit 10% am beitragsfähigen Aufwand zu beteiligen. Weitere Nachteile bringt das Kommunalabgabenrecht dadurch, dass die Gemeinde die Erschließungskosten grundsätzlich vorzufinanzieren hat und erst nach der Fertigstellung der Anlagen nachfinanzieren kann. Eine Nachfinanzierung entfällt nur dann, soweit die Gemeinde mit den künftigen Abgabepflichtigen Ablösungsvereinbarungen geschlossen hat. Einseitige Instrumente, die Vorfinanzierungslast zumindest teilweise zu mildern, sind im Bereich des Beitragsrechts nach BauGB die Abschnittsbildung, die Kosten-spaltung und die Erhebung von Vorausleistungen. Im Bereich des Beitragsrechts für die leitungsgebundenen Versorgungseinrichtungen besteht lediglich die Möglichkeit, Vorauszahlungen zu erheben. Stattdessen kann die Gemeinde versuchen die Erschließung durch Vorauszahlungsvereinbarungen mit den Anliegern teilweise vorzufinanzieren oder durch Abschluss eines Vorfinanzierungsvertrags die Erschließung insgesamt durch einen Dritten vorzufinanzieren zu lassen. In beiden Fällen findet im Anschluss an die Fertigstellung der Erschließungsanlagen ein Abgabenerhebungsverfahren statt.

Eine alternative Form der Erschließungskostenfinanzierung bietet der Erschließungsvertrag. Durch ihn kann die Gemeinde die Erschließung und die Erschließungskosten auf einen Dritten übertragen. Die Gemeinde ist nicht verpflichtet einen Kostenanteil zu übernehmen. Eine Abga-

benerhebung findet grundsätzlich nicht mehr statt. Selbst wenn sich im Erschließungsvertragsgebiet Fremdanliegergrundstücke befinden, kann der Erschließungsvertrag in der Weise gestaltet werden, dass die Fremdanlieger entsprechend ihren Vorteilen an den Erschließungskosten des Erschließungsunternehmers zu beteiligten sind. In diesem Fall erhebt die Gemeinde Abgaben von ihnen.

Ein weitere Möglichkeit, einzelne Vorhaben zu erschließen, bietet § 12 BauGB. Der Vorhaben- und Erschließungsplan zielt jedoch auf die Durchführung eines oder mehrerer Vorhaben im Sinne des § 29 BauGB und ist somit regelmäßig nicht geeignet, ein gesamtes Baugebiet zu erschließen.

Ideales Instrument zu Finanzierung der Erschließung von Baugebieten ist somit der Erschließungsvertrag, da die Gemeinde nicht mit Kosten belastet wird und sich auch der Verwaltungsaufwand im günstigsten Fall auf ein Minimum reduziert.

Literaturverzeichnis

- ACHTERBERG, NORBERT, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7.Auflage, Heidelberg 1988.
- ALLESCH, ERWIN, Welche Vorschriften gelten im Widerspruchsverfahren in Kommunalabgabensachen, BayVBI 1992, S.621 ff.
- ALLESCH, ERWIN, Zur Bedeutung des § 2 II Nr.1 der Verwaltungsverfahrensgesetze im Kommunalabgabenrecht, DÖV 1990, S.270 ff.
- BATTIS, ULRICH/ KRAUTZBERGER, MICHAEL/ LÖHR, ROLF-PETER, Baugesetzbuch, Kommentar, 8.Auflage, München 2002, zit.: Bearbeiter, in: B/ K/ L, BauGB.
- BAUER, MARTIN/ HUB, GÜNTER, Kommunale Abgaben in Bayern, München 1983, zit.: Bauer/ Hub, Kommunale Abgaben in Bayern.
- BEUSHAUSEN, WOLFGANG, Kommunale Beiträge – Rechtfertigung und Tatbestand, KStZ 1998, S.41 ff.
- BICK, ULRIKE, Städtebauliche Verträge, DVBI 2001, S.154 ff.
- BIELLENBERG, WALTER, Abwälzung der Folge- oder Nachfolgekosten bei Erschließungen?, DVBI 1967, S.255 ff.
- BIRK, HANS-JÖRG, Der Erschließungsvertrag, VBIBW 1984, S.94 ff.
- BIRK, HANS-JÖRG, Die neuen städtebaulichen Verträge, VBIBW 1993, S.457 ff.
- BIRK, HANS-JÖRG, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98, 3.Auflage, Stuttgart, u.a. 1999, zit.: Birk, Die städtebaulichen Verträge nach BauGB 98.
- BIRK, HANS-JÖRG, Städtebauliche Verträge und Erschließungsvertrag – Gemeinsamkeiten und Unterschiede, BauR 1999, S.205 ff.
- BLÜMEL, WILLI, Das verfassungsrechtliche Verhältnis der kreisangehörigen Gemeinden zu den Kreisen, VerwArch 75 (1984), S.197 ff.
- BOETTCHER, ENNO, Doch ein grober Keil? Zur Geltung des Verwaltungsverfahrensrechts für Kommunalabgabenverfahren, BayVBI 1991, S.291.
- BOETTCHER, ENNO, Erwiderung zu Allesch (BayVBI 1991, S.621), BayVBI 1991, S.623.

- BOGNER, WALTER/ STEENBOCK, REIMER/ DEWENTER, MARLIES/ KLÖCKNER, WERNER, Handbuch des Erschließungsrechts, 6.Auflagen, 1998.
- BOHLEY, ERICH/ FOOHS, LUDWIG, Handbuch des gemeindlichen Steuerrechts, Band I: Das bayerische Gemeindeabgabenrecht, Stand: Januar 1994, München, zit.: Bohley/Foohs, Handbuch des gemeindlichen Steuerrechts, Band I.
- BRAUN, JÜRGEN, Die Erschließung von Bauland nach dem BBauG, Würzburg 1967, zit.: Braun, Die Erschließung von Bauland nach dem BBauG.
- BROSCHKE, HARTMUT, Vorausleistung auf Erschließungsbeiträge: Zur Frage ihrer Erstattung bei bestandskräftigem Heranziehungsbescheid, KStZ 1978, S.81 ff.
- BRÜGELMANN, HERMANN, Baugesetzbuch, Kommentar, Stand: Februar 1998, Stuttgart, u.a., zit.: Bearbeiter, in: Brügelmann, BauGB.
- BRÜNING, CHRISTOPH, Der Private bei der Erledigung kommunaler Aufgaben – insbesondere der Abwasserbeseitigung und der Wasserversorgung, Berlin 1997, zit.: Brüning, Christoph, Der Private bei der Erledigung kommunaler Aufgaben.
- BUHL, JÖRG-ALFRED, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg zum Erschließungs- und Erschließungsbeitragsrecht, VBIBW 1984, S.166 ff.
- BUNZEL, ARNO/ COULMAS, DIANA/ SCHMIDT-EICHSTAEDT, GERD, Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2.Auflage, Berlin 1999, zit.: Bunzel/ Coulmas/ Schmidt-Eichstaedt, Städtebauliche Verträge.
- BURMEISTER, JOACHIM, Der Begriff des „Fiskus“ in der heutigen Verwaltungsrechtsdogmatik, DÖV 1975, S.695 ff.
- CHOLEWA, ERNST WERNER, Zweifelsfragen aus dem Recht der Erschließung und des Erschließungsbeitrages, KStZ 1962, S.28 ff.
- CHOLEWA, ERNST WERNER, Erschließungsbeitragsrecht, Erschließung und Erschließungsbeiträge nach dem BBauG, 3.Auflage, Köln 1967, zit.: Cholewa, Erschließungsbeitragsrecht.
- CHOLEWA, WERNER/ DAVID, JOACHIM/ DYONG, HARTMUT/ VON DER HEIDE, HANS J./ SAILER, WOLFGANG, Baugesetzbuch, Kommentar, 3.Auflage, München 1994, zit.: Bearbeiter, in: Cholewa/ Dyong/ von der Heide/ Sailer, BauGB.

- COLUMBUS, JOACHIM, Beitragssatzung und endgültige Herstellung der Erschließungsanlage, BauR 1974, S.386 ff.
- CORELL, CATHRIN, Problembereiche und Möglichkeiten des öffentlich-rechtlichen Vertrags, DÖV 1998, S.363 ff.
- CZEPANSKI, ERICH, Ein Jahr BauGB – das neue Erschließungsbeitragsrecht in der Praxis bewährt?, KStZ 1988, S.197 ff.
- DAHLKE-PIEL, SUSANNE, Beitragsrechtlicher Vorteil, Grundstücksbegriff und Teilflächenabgrenzung aus der Sicht des Baurechts, LKV 2000, S.426 ff.
- DAVID, JOACHIM, Das Erschließungsbeitragsrecht in der Rechtsprechung des BVerwG 1990 und 1991, NVwZ 1992, S.431 ff.
- DAVID, JOACHIM, Die erschlossenen Grundstücke (§ 131 I BBauG) in der Rechtsprechung des BVerwG, BauR 1983, S.120 ff.
- DAVID, JOACHIM, Die Verteilung des beitragsfähigen Erschließungsaufwands, KStZ 1979, S.201 ff.
- DEGENHART, CHRISTOPH, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 17.Auflage, Heidelberg 2001, zit.: Degenhart, Staatsrecht I.
- DIETZEL, ERNST, Kommunales Beitragsrecht: Vorteilsbegriff, LKV 1992, S.330.
- DOMBERT, MATTHIAS, Fremdanliegerproblematik und Erschließungsvertrag: Anmerkungen zum Urteil des BVerwG vom 22.3.1996 – 8 C 17.94, BauR 1999, S.588 ff.
- DONHAUSER, ERNST/ HÜRHOLZ, WERNER/ SCHWINGHAMMER, HELMUT/ PETERS, DETLEF, Kommunalabgabenrecht in Bayern, Stand: April 2001, München, zit.: Donhauser/ Hürholz/ Schwinghammer/ Peters, Kommunalabgabenrecht in Bayern.
- DÖRING, RAINER, Verträge zur Erschließung von Bauland, NVwZ 1994, S.854 ff.
- DREIER, HORST, Grundgesetz, Band II, Artikel 20-82, Tübingen 1998, zit.: Bearbeiter, in: Dreier, Grundgesetz.
- DRIEHAUS, HANS-JOACHIM, Der Anlagenbegriff im Erschließungs- und Straßenausbaubeitragsrecht, ZMR 1997, S.445 ff.
- DRIEHAUS, HANS-JOACHIM, Der Begriff des Vorteils im Erschließungs-, Straßenausbau- und Anschlussbeitragsrecht, ZMR 1996, S.462 ff.

- DRIEHAUS, HANS-JOACHIM, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6.Auflage, München 2001, zit.: Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge.
- DRIEHAUS, HANS-JOACHIM, Können gemeindliche Erschließungseigentumsvereine Dritter i.S.d. § 124 BauGB sein?, BauR 1999, S.862 ff.
- DRIEHAUS, HANS-JOACHIM, Rechtmäßigkeit der Straßenherstellung als Voraussetzung für das Entstehen der Beitragspflicht im Erschließungsbeitragsrecht, ZMR 1998, S.540 ff.
- DRIEHAUS, HANS-JOACHIM, § 125 BauGB – Zwischen Bauplanungs- und Erschließungsbeitragsrecht, in: Berkemann, Jörg/ Gaentzsch, Günter, u.a., Planung und Plankontrolle, Köln, u.a. 1995, zit.: Driehaus, in: Planung und Plankontrolle.
- EHLERS, DIRK, Rechtsfragen der freien Wohlfahrtspflege – dargestellt am Beispiel der Nichtsesshaftenhilfe, NJW 1990, S.800 ff.
- ERBGUTH, WILFRIED/ WAGNER, JÖRG, Bauplanungsrecht, 3.Auflage, München 1998, zit.: Erbguth/ Wagner, Bauplanungsrecht.
- ERBGUTH, WILFRIED, Sicherung des kommunalen Beitragsaufkommens durch Nacherhebungspflicht und schlichte Rechtsanwendung, NVwZ 1989, S.531 ff.
- ERBGUTH, WILFRIED/ RAPSCH, ARNULF, Der öffentlich-rechtliche Vertrag in der Praxis: Rechtliche Einordnung und Rechtsfragen von Erschließungsabreden, DÖV 1992, S.46 ff.
- ERICHSEN, HANS-UWE, Zur Anwendung der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder in der kommunalen Abgabenverwaltung, VerwArch 70 (1979), S.349 ff.
- ERICHSEN, HANS-UWE/ SCHERZBERG, ARNO, Examensklausur Öffentliches Recht – Der teure Gewerbepark, Jura 1994, S.212 ff.
- ERNST, WERNER/ HOPPE, WERNER, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, 2.Auflage, München 1981, zit.: Ernst/ Hoppe, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht.
- ERNST, WERNER/ ZINKHAHN, WILLY/ BIELENBERG, WALTER/ KRAUTZBERGER, MICHAEL, Baugesetzbuch, Kommentar, Stand: Mai 2000, München, zit.: Bearbeiter, in: E/ Z/ B/ K, BauGB.

- FINKELNBURG, KLAUS/ ORTLOFF, KARSTEN-MICHAEL, Öffentliches Baurecht I, Bauplanungsrecht, 5.Auflage, München 1998, zit.: Finkelnburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht I.
- FINKLER, FRANZ, Das Erschließungsrecht, Göttingen 1967, zit.: Finkler, Erschließungsrecht.
- FISCHER, HARTMUT, Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche bei gescheiterten vorhabenbezogenen Bebauungsplänen, DVBl 2001, S.258 ff.
- FLOHR, ECKHARD, Die Kostenerstattung bei erfolgreichem Widerspruch gegen die Heranziehung zu Abgaben nach dem Kommunalabgabengesetz, KStZ 1978, S.21 ff.
- FORSTHOFF, ERNST, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10.Auflage, München 1973, zit.: Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts.
- FREIHERR VON UND ZU FRANCKENSTEIN, GEORG, Inhalt und Dauer des Erschließungsanspruchs – Der qualifizierte Bebauungsplan und seine Bedeutung für die Erschließung –, ZfBR 1998, S.231 ff.
- GATHER, HANS-HERBERT, Erschließungsrecht, Düsseldorf 1982, zit.: Gather, Erschließungsrecht.
- GATHER, HANS-HERBERT, Überblick über das Erschließungsrecht, DWW 2001, S.8 ff.
- GEIGER, HARALD, Auf einen groben Klotz einen groben Keil? oder Eine Meisterleistung des Gesetzgebers, BayVBl 1991, S.107.
- GEMEINDETAG BADEN-WÜRTTEMBERG, Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 22.3.1996, Az. 8 C 17.94, BWGZ 1996, S.371 f.
- GERN, ALFONS, Der Verzicht auf Kommunalabgaben, KStZ 1985, S.81 ff.
- GERN, ALFONS, Die Zulässigkeit der Vertragsform zu Festsetzung von Kommunalabgaben, KStZ 1997, S.161 ff.
- GERN, ALFONS, Deutsches Kommunalrecht, 3.Auflage, Baden-Baden 2001, zit.: Gern, Deutsches Kommunalrecht. Fernleihe
- GIEHL, FRIEDRICH, Verwaltungsverfahrensrecht in Bayern, Stand: September 2000, München, zit.: Giehl, Verwaltungsverfahrensrecht in Bayern.
- GLOMBIK, SABINE, Der vorhabenbezogene Bebauungsplan, LKV 1999, S.392 ff.

- GLORIA, CHRISTIAN, Der Anspruch auf Erschließung, NVwZ 1991, S.720 ff.
- GÖLDNER, DETLEF, Gesetzmäßigkeit und Vertragsfreiheit im Verwaltungsrecht, JZ 1976, S.352 ff.
- GÖSSL, ERNST, Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes Baden-Württemberg zum Beitragsrecht – eine kritische Zwischenbilanz, VBIBW 1991, S.441 ff.
- GRZIWOTZ, HERBERT, Ausbau-, Anschlussbeiträge und Grundstücksverkehr, MittBayNot 1993, S.137 ff.
- GRZIWOTZ, HERBERT, Baulanderschließung, München 1993, zit.: Grziwotz, Baulanderschließung.
- GRZIWOTZ, HERBERT, Buchbesprechung: Hans-Joachim Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, MittBayNot 1995, S.271.
- GRZIWOTZ, HERBERT, Public Private Partnership – Gemischtwirtschaftliche Unternehmen zur Baulanderschließung?, NZG 1999, S.55 ff.
- GRZIWOTZ, HERBERT, Schuldrechtsmodernisierung und Gestaltung von Verträgen im öffentlichen Recht und Städtebaurecht, BauR 2001, S.1839 ff.
- GRZIWOTZ, HERBERT, Sicherungsprobleme für Investoren bei städtebaulichen Verträgen, VIZ 1997, S.197 ff.
- GRZIWOTZ, HERBERT, Städtebauliche Verträge zu Lasten Dritter?, NJW 1995, S.1927 ff.
- GRZIWOTZ, HERBERT, VEP und Vertragsgestaltung, MittBayNot 1999, S.44 ff.
- GRZIWOTZ, HERBERT, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, München 2002, zit.: Grziwotz, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht.
- GURLIT, ELKE, Verwaltungsvertrag und Gesetz, Tübingen 2000, zit.: Gurlit, Verwaltungsvertrag und Gesetz.
- GUTTENBERGER, FRANZ, Wirksame und unwirksame Vereinbarungen über Erschließungs- und Ausbaubeiträge und sonstige kommunale Abgaben, MittBayNot 1990, S.73 ff.
- HANISCH, WERNER, Die gesicherte Erschließung in § 30 BBauG, BauR 1978, S.341 ff.

- HATOPP, WILHELM, Nochmals: Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Verweisung in § 12 des kommunalen Abgabengesetzes vom 21.10.1969 (KAG) für das Land Nordrhein-Westfalen auf Bestimmungen der AO, KStZ 1980, S.92 f.
- HEISE, DETLEF, Zur Bedeutung des § 125 BBauG für die Erschließungsbeitragspflicht, KStZ 1969, S.53 f.
- HEITZER, SEBASTIAN/ OESTREICHER, ERNST, Bundesbaugesetz, Kommentar, 7.Auflage, Berlin, u.a. 1980, zit.: Heitzer/ Oestreicher, Bundesbaugesetz.
- HEUN, WERNER, Die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge im Bereich der Kommunalabgaben, DÖV 1989, S.1053 ff.
- HOFMANN-HOEPPEL, JOCHEN, Die Verdichtung der gemeindlichen Erschließungslast zur Erschließungspflicht, BauR 1993, S.520 ff.
- HÖLZL, JOSEF/ HIEN, ECKART, Gemeindeordnung mit Verwaltungsgemeinschaftsordnung und Bezirksordnung, Kommentar, Stand: Juli 2000, München, zit.: Hölzl/ Hien, Gemeindeordnung.
- HONSDORF, WOLFGANG/ DETTNER, MANFRED, Zur Entstehung der Beitragspflicht bei planunterschreitendem und planüberschreitendem Ausbau nach § 125 Abs.1a BBauG, KStZ 1984, S.47 ff.
- HOPPENBERG, MICHAEL, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Stand: Mai 2000, München, zit.: Bearbeiter, in: Handbuch des öffentlichen Baurechts.
- HÖRSTEL, REINHARD, Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip als Schranken öffentlich-rechtlicher Gebühren und Beitragssätze, BauR 1997, S.14 ff.
- ISENSEE, JOSEF, Äquivalenz, Kostenausgleich, Verbandssolidarität im Abgabenrecht, in: Gedächtnisschrift für Wilhelm Karl Geck, Herausgeber: Fiedler, Wilhelm/ Ress, Georg, Köln, u.a. 1989, S.355 ff., zit.: Isensee, in: Gedächtnisschrift für Geck.
- ISENSEE, JOSEF/ KIRCHHOF, PAUL, Handbuch des Staatsrechts, Band I, 2.Auflage, Heidelberg 1995, zit.: Bearbeiter, in: Isensee/ Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band I.
- ISENSEE, JOSEF/ KIRCHHOF, PAUL, Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 2.Auflage, Heidelberg 1999, zit.: Bearbeiter, in: Isensee/ Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IV.

- JACHMANN, MONIKA, Vereinbarungen über Erschließungsbeiträge im Rahmen von Grundstücksverträgen mit Gemeinde, BayVBI 1993, S.326 ff.
- JACHMANN, MONIKA, Vereinbarungen über Erschließungsbeiträge im Rahmen von Grundstücksverträgen mit Gemeinde, Regensburg 1991, zit.: Jachmann, Vereinbarungen über Erschließungsbeiträge im Rahmen von Grundstücksverträgen mit Gemeinde.
- JÄDE, HENNING/ DIRNBERGER, FRANZ/ WEIß, JOSEF, BauGB/ BauNVO, Kommentar, 3.Auflage, Stuttgart, u.a. 2002, zit.: Bearbeiter, in: Jäde/ Dirnberger/ Weiß, BauGB.
- JARASS, HANS/ PIEROTH, BODO, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 6.Auflage, München 2002, zit.: Jarass/ Pieroth, Grundgesetz.
- JESSEN, STEPHANIE, Die Privatisierung der Abwasserbeseitigung aus gebührenrechtlicher Sicht, Berlin 2001, zit.: Jessen, Die Privatisierung der Abwasserbeseitigung aus gebührenrechtlicher Sicht.
- JOHLEN, HERIBERT, Aktuelle Fragen des Erschließungsvertragsrechts, (§ 123 III BBauG), DVBI 1972, S.881 ff.
- KALLERHOFF, DIETER, Die Gesetzgebungskompetenz für das Erschließungsbeitragsrecht, Münster 1994, zit.: Kallerhoff, Die Gesetzgebungskompetenz für das Erschließungsbeitragsrecht.
- KATZ, ALFRED, Staatsrecht, 14.Auflage, Heidelberg 1999, zit.: Katz, Staatsrecht.
- KEMPEN, BERNHARD, Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung, München 1989, zit.: Kempen, Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung.
- KIRCHHOF, FERDINAND, Die Höhe der Gebühr, Berlin 1981, zit.: Kirchhof, Die Höhe der Gebühr.
- KIRCHHOF, PAUL, Die Finanzierung des Leistungsstaates, Jura 1983, S.505 ff.
- KLAUSING, JÜRGEN, Beitragsfähiger Erschließungsaufwand: Fremdfinanzierungskosten, DVBI 2001, S.516 ff.
- KLAUSING, JÜRGEN, Die Ablösung als Institut des Beitragsrechts, in: Baurecht aktuell – Festschrift für Felix Weyreuther, Herausgeber: Hans-Joachim Driehaus/ Birk, Hans-Jörg, Köln, u.a. 1993, zit.: Klausning, in: FS für Felix Weyreuther.

- KLEIN, FRANZ, Abgabenordnung, Kommentar, 7.Auflage, München 2000, zit.: Bearbeiter, in: AO.
- KLENKE, REINHARD, Typisierung abgabenrechtlicher Tatbestände als Ausdruck des verfassungsrechtlichen Konkordanzgebots, KStZ 1998, S.129 ff.
- KLINKHARDT, INGO, Kommunale Kreditlast als Erschließungsaufwand, NVwZ 1999, S.47 ff.
- KNACK, HANS-JOACHIM, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 7.Auflage, Köln, u.a. 2000, zit.: Bearbeiter, in: Knack, VwVfG.
- KNEMEYER, FRANZ-LUDWIG, Bayerisches Kommunalrecht, 10.Auflage, Stuttgart, u.a. 2000, zit.: Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht.
- KNOBLOCH, GUSTAV, Spezielle Fragen bei der Erhebung von Kanalbenutzungsgebühren, KStZ 1975, S.205 ff.
- KOPP, FERDINAND/ RAMSAUER, ULRICH, VwVfG, Kommentar, 7.Auflage, München 2000, zit.: Kopp/ Ramsauer, VwVfG.
- KOTHE, PETER, Zur Entstehung einer aktuellen Erschließungspflicht, BWGZ 1994, S.169 ff.
- KRAUTZBERGER, MICHAEL/ SÖFKER, WILHELM, Baugesetzbuch mit BauNVO, 6.Auflage, München, u.a. 2001, zit.: Krautzberger/ Söfker, BauGB.
- KREBS, WALTER, Konsensuales Verwaltungshandeln im Städtebau, DÖV 1989, S.969 ff.
- KREGEL, BERND, Erhebung von Erschließungsbeiträgen nach § 125 BBauG, KStZ 1980, S.143 ff.
- KREGEL, BERND, Erschließungsanlagenplanung nach dem Baugesetzbuch, NVwZ 1988, S.1102 ff.
- KREGEL, BERND, Örtliche Straßenplanung, Berlin 1983, zit.: Kregel, Örtliche Straßenplanung.
- KUNIG, PHILIP, Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten, DVBI 1992, S.1193 ff.
- KUSCHNERUS, ULRICH, Die „verwaltungspraktikable“ Abrechnung von Lärmschutzanlagen, NVwZ 1989, S.528 ff.

- LARENZ, KARL/ CANARIS, CLAUS-WILHELM, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.Auflage, Berlin, u.a. 1995, zit.: Larenz/ Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft.
- LICKTEIG, HELLA, Die Anwendbarkeit der Abgabenordnung und des Verwaltungsverfahrensgesetzes auf Kommunalabgaben in Baden-Württemberg, Konstanz 1985, zit.: Lickteig, Die Anwendbarkeit der AO.
- LINKE, BRUNO, Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Verweisung in § 12 des kommunalen Abgabengesetzes vom 21.10.1969 (KAG) für das Land Nordrhein-Westfalen auf Bestimmungen der AO, KStZ 1980, S.29 f.
- LOOMAN, GUDULA, „Ausverkauf von Hoheitsrechten“ in Verträgen zwischen Bauherren und Gebietskörperschaften, NJW 1996, S.1439 ff.
- LUDYGA, HANS-JOACHIM/ STEINER, ERICH, Erschließungsbeitrag nach dem Baugesetzbuch, Stand: Juli 1993, München, zit.: Ludyga/ Steiner, Erschließungsbeitrag nach dem BauGB.
- VON MANGOLDT, HERMANN/ KLEIN, FRIEDRICH/ STARCK, CHRISTIAN, Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 4.Auflage, München 2000, zit.: von Mangoldt/ Klein/ Starck, GG.
- MANSTEIN, WOLFRAM, Der öffentlich-rechtliche Vertrag in der Praxis des Notars, MittRhNotK 1995, S.1 ff.
- MASSON, CHRISTOPH/ SAMPER, RUDOLF, Bayerische Kommunalgesetze, Stand: Juli 2001, München, zit.: Masson/ Samper, Bayerische Kommunalgesetze.
- MAUNZ/ THEODOR, DÜRIG, GÜNTER, Grundgesetz, Kommentar, Stand: Juli 2001, München, zit.: Bearbeiter, in: Maunz/ Dürig, Grundgesetz.
- MAURER, HARTMUT, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13.Auflage, München 2000, zit.: Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht.
- MAURER, HARTMUT, Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, JuS 1976, S.485 ff.
- MAURER, HARTMUT, Der Verwaltungsvertrag – Probleme und Möglichkeiten, in: Hill, Hermann, Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, Baden-Baden 1990, S.15 ff., zit.: Maurer, in: Verwaltungshandeln durch Verträge.

- MAURER, HARTMUT/ BARTSCHER, BRUNO, Die Praxis des Verwaltungsvertrags im Spiegel der Rechtsprechung, 2.Auflage, Kostanz 1997, zit.: Maurer/ Bartscher, Die Praxis des Verwaltungsvertrags im Spiegel der Rechtsprechung.
- MELLILUS, KLAUS, Aus der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, MDR 1996, S.223 ff.
- MENKE, RAINARD, Der vorhabenbezogene Bebauungsplan, NVwZ 1997, S.577 ff.
- MERK, BEATE MARIA, Legislative und judikative Einflussnahme auf die Kommunen bei der abgabenrechtlichen Behandlung ihrer öffentlichen Einrichtungen, Würzburg 1991, zit.: Legislative und judikative Einflussnahme.
- MÜLLER, AXEL JOSEF, Öffentliches Vertragsrecht in der Praxis – Der Erschließungsvertrag als Handlungsform im besonderen Teil des öffentlich-rechtlichen Schuldrechts, Bonn 1995, zit.: Müller, Öffentliches Vertragsrecht in der Praxis.
- VON MÜLLER, HEINRICH WOLFGANG, Zulässigkeit und Grenzen einer erschließungsrechtlichen Abweichung von Bebauungsplan nach dem ergänzenden Absatz 1a des § 124 BBauG, BauR 1979, S.372 ff.
- VON MÜNCH, INGO/ KUNIG, PHILIP, Grundgesetz-Kommentar, Band 3, Art.70 bis Art.146, 3.Auflage, München 1996, zit.: v. Münch/ Kunig, GG.
- NIERWERTBERG, RÜDIGER, Privatrechtliche Regeln im Öffentlichen Recht: Zinsen bei Erstattung vertraglicher Vorauszahlung auf die Erschließungskosten?, NVwZ 1989, S.535 ff.
- OBERMAYER, KLAUS, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3.Auflage, Neuwied 1999, zit.: Obermayer, VwVfG.
- OEHLER, GERHARD, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Kommentar, Stand: März 2000, München, zit.: Oehler, KAG.
- PAKEERUT, WORACHET, Die Entwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrages, Berlin 2000, zit.: Pakeerut, Die Entwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrages.
- PEINE, FRANZ-JOSEPH, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6.Auflage, Heidelberg 2002, zit.: Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht.

- PETERS, DETLEF, Erschließungsvertrag: Zulässiger Inhalt, Fremdanlieger, Formerfordernis, Durchsetzbarkeit, ZKF 1991, S.281 ff.
- PFAFFENHOLZ, NIKOLAUS, Fachtagung „Der Vertrag im Städtebau“ am 20./21.September 2000 in Bonn, DVBI 2001, S.105 ff.
- PIEPER, GOSWIN, Zulässigkeit und Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Verhältnis Staat und Bürger, insbesondere im Vergleich zur Funktion des Verwaltungsakts, DVBI 1967, S.11 ff.
- PUNKE, JÜRGEN, Verwaltungshandeln durch Vertrag, Kiel 1988, zit.: Punkte, Verwaltungshandeln durch Vertrag.
- QUAAS, MICHAEL, Der Erschließungsvertrag nach § 124 BauGB, BauR 1995, S.780 ff.
- QUAAS, MICHAEL, Erschließungskosten in der Bauland- und Projektentwicklung, BauR 1999, S.1113 ff.
- QUAAS, MICHAEL, Kommunales Abgabenrecht, München 1997, zit.: Quaas, Kommunales Abgabenrecht.
- QUAAS, MICHAEL, Erschließungs- und Erschließungsbeitragsrecht, München 1985, zit.: Quaas, Erschließungs- und Erschließungsbeitragsrecht.
- RABE, KLAUS/ STEINFORT, FRANK/ HEINTZ, DETLEF, Bau- und Planungsrecht, 4.Auflage, Köln 1997, zit.: Rabe/ Steinfort/ Heintz, Bau- und Planungsrecht.
- REIDT, OLAF, Chancen und Risiken des Vorhaben- und Erschließungsplans, NVwZ 1996, S.1 ff.
- REIDT, OLAF, Der „neue“ Vorhaben- und Erschließungsplan/ vorhabenbezogene Bebauungsplan nach dem BauROG, BauR 1998, S.909 ff.
- REIDT, OLAF, Praxisrelevante Fragen zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan, LKV 2000, S.417 ff.
- REIF, KARL, Anmerkungen zu BVerwG, Urteil vom 30.5.1997, Az. 8 C 6.96, BWGZ 1997, S.790 ff.
- REIF, KARL/ GÖSSL, ERNST/ RUF, DIETMAR, Der Erschließungsvertrag nach § 124 BauGB, BWGZ 1994, S.200 ff.

- RICHARZ, HANS/ STEINMETZ, CHRISTIANE, Erschließung in der kommunalen Praxis, 2.Auflage, Bonn 2000, zit.: Richarz/ Steinmetz, Erschließung in der kommunalen Praxis.
- RINKE, WINFRIED, Verrechnung der Vorausleistung zugunsten des Rechtsnachfolgers, KStZ 1992, S.101 ff.
- RITTER, MANFRED, Zur Beitragskalkulation leitungsgebundener Einrichtungen nach Art.5 KAG, BayVBl 1982, S.647.
- RODEGRA, JÜRGEN, Die Berücksichtigung von Fremdanliegern beim Abschluss von Erschließungsverträgen, NVwZ 1997, S.634 ff.
- RODEWOLDT, DIRK, Das Kommunalabgabenverfahren, Kiel 1991, zit.: Rodewoldt, Das Kommunalabgabenverfahren.
- RUFF, ERWIN, Leistungsstörungen bei der Abwicklung von Erschließungsverträgen, KStZ 1988, S.220 ff.
- RYBAK, HUBERTUS/ HOFMAN, HANS, Verteilung der Gesetzgebungsrechte zwischen Bund und Ländern nach der Reform des Grundgesetzes, NVwZ 1995, S.230 ff.
- SACHS, MICHAEL, Grundgesetz, Kommentar, 2.Auflage, München 1999, zit.: Sachs, GG.
- SANNWALD, RÜDIGER, Die Reform des Grundgesetzes, NJW 1994, S.3313 ff.
- SCHERZBERG, ARNO, Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages, JuS 1992, S.205 ff.
- SCHICK, WALTER, Vergleiche und sonstige Vereinbarungen zwischen Staat und Bürger im Steuerrecht, München 1967, zit.: Schick, Vergleiche und sonstige Vereinbarungen zwischen Staat und Bürger im Steuerrecht.
- SCHIEDER, HANS/ HAPP, MICHAEL, Bayerisches Kommunalabgabengesetz, Kommentar, Stand: Juli 1994, Köln, zit.: Schieder/ Happ, Bayerisches Kommunalabgabengesetz.
- SCHIEDER, HANS/ WEBER, STEFANIE, Die Einrichtungseinheit – neue gesetzliche Regelung, BayVBl 1992, S.265 ff.
- SCHINDLER, WOLFGANG, Äquivalenzprinzip und Übermaßverbot, KStZ 1992, S.47 ff, 65 ff.

- SCHLETTE, VOLKER, Die Verwaltung als Vertragspartner, Tübingen 2000, zit.: Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner.
- SCHLICHTER, OTTO/ STICH, RUDOLF, Berliner Schwerpunkte-Kommentar zum BauGB 1998, Köln, u.a. 1998, zit.: Schlichter: Berliner Schwerpunkte-Kommentar zum BauGB 1998.
- SCHLICHTER, OTTO/ STICH, RUDOLF, Berliner Kommentar zum BauGB, 2.Auflage, Köln 1995, zit.: Bearbeiter, in: Berliner Kommentar zum BauGB.
- SCHLIEPKORTE, JÖRG, Der Vorhaben- und Erschließungsplan, 2.Auflage, Bonn 1998, zit.: Schliepkorte, Der Vorhaben- und Erschließungsplan.
- SCHMIDT-BLEIBTREU, BRUNO/ KLEIN, FRANZ Kommentar zum Grundgesetz, 9.Auflage, Neuwied 1999, zit.: Bearbeiter, in: Schmidt-Bleibtreu/ Klein, GG.
- SCHMIDT, HANSDIETER, Zur Rechtswirksamkeit von Auskünften, Bescheinigungen und Verträgen im Kommunalabgabenrecht, KStZ 1984, S.61 ff.
- SCHMIDT, HANS/ BOGNER, MICHAEL/ STEENBOCK, REIMER, Handbuch des Erschließungsrechts, 5.Auflage, Stuttgart, u.a. 1981, zit.: Schmidt/ Bogner/ Steenbock, Handbuch des Erschließungsrechts.
- SCHMIDT, HANS/ BOGNER, MICHAEL/ STEENBOCK, REIMER, Handbuch des Erschließungsrechts, Stand: ?, Stuttgart, u.a.
- SCHMIDT-AßMANN, EBERHARD, Besonderes Verwaltungsrecht, 11.Auflage, Berlin, u.a. 1999, zit.: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht.
- SCHMIDT-AßMANN, EBERHARD/ KREBS WALTER, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2.Auflage, Berlin, u.a. 1992, zit.: Schmidt-Aßmann/ Krebs, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge.
- SCHMIDT-EICHSTAEDT, GERD, Der Dritte im Baugesetzbuch, BauR 1998, S.899 ff.
- SCHMITTAT, KARL-OSKAR, Die Ablösung von Erschließungsbeiträgen im Grundstückskaufvertrag mit Gemeinden, DNotZ 1991, S.288 ff.
- SCHMITTAT, KARL-OSKAR, Die Satzung als Voraussetzung der Beitragspflicht nach den §§ 127 ff. BBauG, DVBl 1983, S.313 ff.

- SCHNEIDER, THOMAS, Abgabenarten und deutsches Abgabensatzung, VBIBW 1988, S.161 ff.
- SCHRÖDTER, HANS, Baugesetzbuch, Kommentar, 6.Auflage, München 1998, zit.: Bearbeiter, in: Schrödter, BauGB.
- SCHUSTER, HELMUT, Wirksame rechtswidrige öffentlich-rechtliche Verträge, Tübingen 1990, zit.: Schuster, Wirksame rechtswidrige öffentlich-rechtliche Verträge.
- SCHÜTZE, ROLF A./ WEIPERT, LUTZ, Münchener Vertragshandbuch, Band 2, Handels- und Wirtschaftsrecht, 4.Auflage, München 1997, zit.: Bearbeiter, in: Münchener Vertragshandbuch, Band 2.
- SCHWERDTFEGGER, GUNTHER, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 10.Auflage, München 1997, zit.: Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung.
- SEIFERT, DIETER/ HÖMIG, KARL-HEINZ, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6.Auflage, Baden-Baden 1999, zit.: Seifert/ Hömig, GG.
- SELLNER, DIETER, Aktuelle Probleme des Erschließungsbeitragsrechts, NJW 1986, S.1073 ff.
- SELLNER, DIETER, Gültige Beitragssatzung als Voraussetzung für die Entstehung der Erschließungsbeitragspflicht, BauR 1974, S.3 ff.
- SILBERKUHL, PETER, Zur Rückwirkung von Erschließungsbeitragssatzungen und zur Anwendung mehrerer Satzungen bei der Abrechnung einer Erschließungsanlage, KStZ 1979, S.41 ff.
- SILBERKUHL, PETER, Zum Verteilungsmaßstab in Erschließungsbeitragssatzungen, KStZ 1978, S.201 ff.
- SONTHEIMER, JÜRGEN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag im Steuerrecht, Köln 1987, zit.: Sontheimer, Der verwaltungsrechtliche Vertrag im Steuerrecht.
- SPANNOWSKY, WILLI, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, Berlin 1994, zit.: Spannowsky, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen.
- SPANNOWSKY, WILLI, Städtebauliche Verträge als Instrument zur Bewältigung komplexer städtebaulicher Entwicklungsmaßnahmen bei der Wiedernutzung von Brachflächen?, UPR 1996, S.201 ff.

- STADLER, KLAUS, Umlegungsrecht und Erschließungsrecht – Änderungen durch die BauGB-Novelle 1998, ZfBR 1998, S.12 ff.
- STEENBOCK, REIMER, Erschließungsvertrag und Ausbaubeiträge, Gemhlt 1986, S.77 ff.
- STELKENS, PAUL/ BONK, JOACHIM/ SACHS, MICHAEL, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 6.Auflage, München 2001, zit.: Bearbeiter, in: Stelkens/ Bonk/ Sachs, VwVfG.
- STERN, KLAUS, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, VerwArch 49 (1958), S.106 ff.
- STICH, RUDOLF, Die heutige Bedeutung vertraglicher Regelungen zwischen Gemeinden und Investoren für die städtebauliche Entwicklung, DVBl 1997, S.317 ff.
- STOBER, ROLF, Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 3.Auflage, Stuttgart, u.a. 1996, zit.: Stober, Kommunalrecht in der BRD.
- STÜER, BERNHARD, Der städtebauliche Vertrag, DVBl 1995, S.649 ff.
- STÜER, BERNHARD, Städtebaurecht 2001, Osnabrück 2001, zit.: Stüer, Städtebaurecht 2001.
- TAEGEN, ERICH, Möglichkeiten der Einbeziehung von Umweltschutzanlagen in den Erschließungsbeitrag, DVBl 1977, S.518 ff.
- THALHEIMER, HARRY, Baulanderschließung und notarieller Kaufvertrag, BWNotZ 1997, S.79 ff.
- THEDIK, KARL F., Erhebung von Vorausleistungen nach dem BauGB, KStZ 1991, S.61 ff.
- THEIL, VOLKER/ BEUMUK, MARTIN, Erschließungsbeitrag für die öffentlichen, nicht befahrbaren Verkehrsanlagen (§ 127 II Nr.2 BauGB), Gemhlt 1990, S.226 ff.
- THIEM, HANS, Allgemeines kommunales Abgabenrecht, Köln 1981, zit.: Thiem, Allgemeines kommunales Abgabenrecht.
- THUROW, BIRGITTA, Der vorhabenbezogene Bebauungsplan – ein zukunftsweisendes Planungsinstrument, UPR 2000, S.16 ff.
- TIEDEMANN, PAUL, Der Vergleichsvertrag im kommunalen Abgabenrecht, DÖV 1996, S.594 ff.

- TIPKE, KLAUS/ KRUSE, WILHELM, Kommentar zur AO und FGO, Stand: November 2001, Köln, zit.: Tipke/ Kruse, Abgabenordnung.
- TRAUB, HORST, Verwirrende Tiefenbegrenzung im Beitragsrecht, KStZ 1991, S.47 ff.
- TURIAUX, ANDRÉ, Der vorhabenbezogene Bebauungsplan § 12 BauGB: Beschleunigungspotential, Durchführungsverpflichtung und praktische Probleme, NJW 1999, S.391 ff.
- UBBER, THEO, Der Beitrag als Institut der Finanzverfassung, Köln 1993, zit.: Ubberr, Der Beitrag als Institut der Finanzverfassung.
- UECHTRITZ, MICHAEL, Keine Inzidentprüfung des Bebauungsplans im Beitragsverfahren?, NVwZ 1990, S.734 ff.
- UECHTRITZ, MICHAEL, Korrektur fehlerhafter Erschließungsbeitragsbescheide, VBIBW 1989, S.81 ff.
- ULE, CARL HERMANN/ LAUBINGER, HANS-WERNER, Verwaltungsverfahrenrecht, 4.Auflage, Köln, u.a. 1995.
- VOGEL, KLAUS, Vorteil und Verantwortlichkeit, in: Festschrift für Willi Geiger, Herausgeber: Faller, Hans Joachim/ Kirchhof, Paul/ Träger, Ernst, Tübingen 1989, S.518 ff., zit.: Vogel, in: FS Geiger.
- VOGELSANG, KLAUS/ LÜBKING, UWE/ JAHN, HELGA, Kommunale Selbstverwaltung, 2.Auflagen, Berlin 1997, zit.: Vogelsang/ Lübking/ Jahn, Kommunale Selbstverwaltung.
- WAECHTER, KAY, Kommunalrecht, 3.Auflage, Köln, u.a. 1997, zit.: Waechter, Kommunalrecht.
- WALKER, GOTTHILF, Handbuch Städtebaulicher Verträge, Band I, Baden-Baden 1999, zit.: Walker, Handbuch Städtebaulicher Verträge.
- WEBER, CLAUS, Die Erhebung von Erschließungsbeiträgen nach Abschluss von Ablösungsvereinbarungen im Sinne von § 133 III S.5 BauGB, KStZ 1997, S.125 ff.
- WEBER, CLAUS, Vertragliche Vereinbarungen im kommunalen Beitragsrecht?, KStZ 2000, S.3 ff.
- WEYREUTHER, FELIX, Der rechtliche Zusammenhang von Erschließung, Erschließungssicherung und Erschließungsbeitragsrecht, DVBl 1970, S.3 ff.

- WEYREUTHER, FELIX, Die Zulässigkeit von Erschließungsverträgen und das Erschließungsbeitragsrecht, UPR 1994, S.121 ff.
- WEYREUTHER, FELIX, Über die Erforderlichkeit von Bebauungsplänen, DVBI 1981, S.369 ff.
- WEYREUTHER, FELIX, Interessengegensätze im Erschließungsbeitragsrecht, in: Westermann, Harry/ Menger, Christian-Friedrich/ Bielenberg, Walter u.a., Festschrift für Werner Ernst, München 1980, zit.: Weyreuther, in: FS Werner Ernst.
- WIENS, GERHARD, Die erschließungsbeitragsrechtliche Notwendigkeit von Grünanlagen nach Art.5a BayKAG, BayVBI 1998, S.485 ff.
- WILKE, DIETER, Gebührenrecht und Grundgesetz, Münster 1973, zit.: Wilke, Gebührenrecht und Grundgesetz.
- WIRTH, AXEL, Der Bauherr als Baubehörde: Chancen des Vorhaben- und Erschließungsplan, BauR 1999, S.130 ff.
- WITTERN, ULRICH, Zur Abgeltung von Erschließungsbeiträgen mit dem Grundstückskaufpreis, NVwZ 1991, S.751 ff.
- WOLFF, HANS J./ BACHOF, OTTO/ STOBER, ROLF, Verwaltungsrecht I, 11.Auflage, München 1999, zit.: Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht I.
- ZIEGLER, JÜRGEN, Planungs-, Erschließungs- und Beitragsrecht bei Immissionsschutzanlagen, Parkflächen, Grünanlagen und Kinderspielplätzen, KStZ 1981, S.147ff.
- ZSCHOCH, ANDREAS, Der Erschließungsvertrag und der Vertrag über die kommunalen Folgelasten, Münster 1976, zit.: Zschoch, Der Erschließungsvertrag und der Vertrag über die kommunalen Folgelasten.

Lebenslauf

Geburtsdatum: 29.09.1971

Geburtsort: Kirchen

Schulbesuch: 1978-1982, Grundschule Alsdorf
1982-1984, Orientierungsstufe
1984-1991, Freiherr-vom-Stein-Gymnasium Betzdorf, Abitur (03.06.1991)

Zivildienst: Rettungswache Kirchen (DRK-Kreisverband Altenkirchen), 01.07.1991-30.9.1992

Studium: Ab Wintersemester 1992/1993 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Würzburg

Abschluss: 18.07.97, 1. Staatsexamen in Würzburg

Referendardienst: Ab 05.04.1999

Abschluss: 05.06.2002, 2. Staatsexamen vor dem Landesjustizprüfungsamt München