

## GPA-Mitteilung 4/2004

Az. 656.620

01.07.2004

### Änderung eines Erschließungsvertrags

An die Stelle der klassischen Erschließung neuer Baugebiete durch die Gemeinde tritt vermehrt die Erschließung durch Dritte<sup>1</sup> auf der Grundlage eines Erschließungsvertrags (§ 124 BauGB). Doch nicht immer gelingt es dem Erschließungsunternehmer, mit allen Eigentümern der Grundstücke, die durch die geplanten Erschließungsmaßnahmen i.S. des § 131 Abs. 1 BauGB erschlossen werden, eine Kostenbeteiligung zu vereinbaren. Im Blick auf den sich abzeichnenden „Einnahmeausfall“ tritt der Erschließungsunternehmer dann an die Gemeinde mit dem Ansinnen heran, den (bestehenden) Erschließungsvertrag zu modifizieren, d.h. die Gemeinde soll die Kosten für die „Fremdanliegergrundstücke“ übernehmen und diesen Aufwand als Erschließungsbeitrag gegenüber diesen Grundstückseigentümern geltend machen.

Eine solche Modifizierung des Erschließungsvertrags ist für die Gemeinde i.d.R. nachteilig. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>2</sup> ist eine Gemeinde nämlich grundsätzlich nicht berechtigt, zu Lasten der Beitragspflichtigen einen Dritten aus einer ihr gegenüber vertraglich begründeten Verpflichtung zur Übernahme von Erschließungskosten zu entlassen. Tut sie es dennoch, ohne dass dafür ausnahmsweise ein rechtfertigender Grund gegeben ist, scheiden diese Kosten als „anderweitig gedeckt“ aus dem beitragsfähigen Erschließungsaufwand aus.

Die Gemeinde kann Erschließungsbeiträge nur verlangen, soweit sie einen „anderweitig nicht gedeckten Aufwand“ hat und dieser Aufwand anlässlich der erstmaligen Herstellung von Erschließungsanlagen i.S. des § 127 Abs. 2 BauGB entstanden ist. Eine „anderweitige Deckung“ i.S. des § 127 Abs. 1 BauGB besteht nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts auch in einem Anspruch der Gemeinde gegen einen Dritten auf Übernahme von Erschließungsaufwendungen aufgrund eines Erschließungsvertrags nach § 124 BauGB. Hat eine

<sup>1</sup> Der Dritte wird oftmals auch als „Erschließungsunternehmer“ bzw. „Erschließungsträger“ bezeichnet.

<sup>2</sup> BVerwG, Urt. v. 09.11.1984 - 8 C 78.83, NVwZ 1985, 346 = BWGZ 1985 634 = EzE § 123 Abs. 3 BBauG, Entsch. Nr. 23.

Gemeinde mit einem Dritten einen Erschließungsvertrag abgeschlossen, muss sie deshalb vorrangig die Ansprüche aus diesem Vertrag verwirklichen. **Sie ist grundsätzlich nicht berechtigt, den Dritten aus einer ihr gegenüber vertraglich begründeten Verpflichtung zu entlassen.** Gibt eine Gemeinde ihre vertraglichen Ansprüche auf oder unterlässt sie es, diese Ansprüche zu realisieren, hat die Gemeinde die sich daraus ergebenden Belastungen selbst zu tragen.<sup>3</sup> Insoweit handelt es sich um keinen erforderlichen Aufwand.<sup>4</sup> Ein Anspruch der Gemeinde gegen einen Dritten auf Übernahme von Erschließungskosten ist demnach immer dann eine „anderweitige Deckung“ im Sinne des § 129 Abs. 1 BauGB, wenn seiner Durchsetzbarkeit keine durchgreifenden rechtlichen und/oder tatsächlichen Hindernisse entgegenstehen. Dabei sind nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts an etwaige rechtliche Hindernisse hohe Anforderungen zu stellen.<sup>5</sup>

Anders wäre es, wenn die (von Anfang an bekannte) Nichtbeteiligung des sog. Fremdanliegers im Verhältnis zum Gesamtvertrag und dessen Kosten so gewichtig ist, dass die volle Kostentragung durch den Dritten **nicht** mehr als **angemessen** angesehen werden kann. Im Blick auf § 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB wäre die Gemeinde in diesem Fall allerdings gehindert, einen Erschließungsvertrag abzuschließen. Ein dennoch abgeschlossener Vertrag wäre grundsätzlich nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre (§ 59 Abs. 3 LVwVfG). Der Regelfall wird allerdings die Nichtigkeit des Vertrags sein, da die Kostentragung fast immer der zentrale Vertragspunkt ist. Allerdings wird sich die Frage, ob eine Nichtigkeit des Erschließungsvertrags vorliegt, nur im konkreten Fall und unter Berücksichtigung aller anderen Faktoren entscheiden lassen (z.B. finanzielle Verhältnisse des Dritten, wirtschaftliche Interessen, Grundstückssituation). Wegen der finanziellen Folgen sollte die Gemeinde grundsätzlich eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung darüber herbeiführen und die Beiladung des Fremdanliegers beantragen, da die Entscheidung des VG auch für ihn erhebliche finanzielle Auswirkungen haben kann.

In einem solchen Fall sollte von Seiten der Gemeinde - wenn sie aus finanziellen Gründen die Erschließung nicht selbst durchführen kann - erwogen werden, mit dem Dritten eine Bau- und Vorfinanzierungsregelung zu vereinbaren<sup>6</sup>. Nach Abschluss der Maßnahme berechnet und erhebt die Gemeinde dann die Erschließungsbeiträge für (alle) erschlossenen

---

<sup>3</sup> Die Durchsetzung des vertraglichen Anspruchs gegen den Dritten ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts weder treuwidrig noch rechtsmißbräuchlich.

<sup>4</sup> BVerwG, Urt. v. 09.11.1984, a.a.O.

<sup>5</sup> BVerwG, Urt. v. 18.09.1981 - 8 C 21.81, DVBl. 1982, 79 = EzE § 125 BBauG, Entsch. Nr. 16.

<sup>6</sup> S. dazu OVG Saarlouis, Urt. v. 07.11.1988 - 1 R 322/87, DÖV 1989, 861 = EzE § 124 Abs. 1 BauGB, Entsch. Nr. 5; BVerwG, Urt. v. 22.03.1996 - 8 C 17.94, BWGZ 1996, 368 = NVwZ 1996, 794 = DVBl. 1996, 1057.

Grundstücke und verrechnet bzw. tilgt mit den Erschließungsbeiträgen die Vorfinanzierung durch den Dritten. Ein „Schönheitsfehler“ bleibt in diesem Fall allerdings: Die Gemeinde hat den Gemeindeanteil nach § 129 Abs. 1 Satz 3 BauGB aus ihren Mitteln (abschließend) zu tragen<sup>7</sup>.

SG 30

---

<sup>7</sup> Ggf. könnte die Gemeinde - je nach Interessenlage des Dritten - in dem Vorfinanzierungsvertrag auch regeln, dass der Gemeindeanteil längerfristig zinslos gestundet wird.