



Gemeindeprüfungsanstalt
Baden-Württemberg

GPA-Mitteilung 4/2021

20.08.2021

Erschließungsverträge

Die GPA-Mitteilung 11/2006 wird durch diese GPA-Mitteilung ersetzt.

Inhalt

1	Einleitung	3
2	Rechtsnatur und Gegenstand des Erschließungsvertrags	4
2.1	Rechtsnatur	4
2.2	Vertragsgegenstand, Rechtsbeziehung zwischen der Gemeinde und Dritten	5
2.3	Abgrenzung zum Werkvertrag und zu Abgabenverträgen	8
2.3.1	Klassischer Werkvertrag	8
2.3.2	Sonderfall: Gemeinde ist Alleineigentümerin aller Grundstücke im Erschließungsvertragsgebiet	8
2.3.3	Rechtlich zulässige Abgabenverträge	8

3	Vertragstypen des Erschließungsvertrags	11
3.1	Allgemeines, Rechtsgrundlagen	11
3.2	Echter Erschließungsvertrag	11
3.2.1	Erschließungsvertrag mit einem grundstücklosen Erschließungsunternehmer (Vertragstyp 1)	11
3.2.2	Erschließungsvertrag mit einem Erschließungsunternehmer, der Eigentümer aller Grundstücke ist (Vertragstyp 2)	12
3.2.3	Erschließungsvertrag mit mehreren Grundstückseigentümern (Vertragstyp 3)	13
3.2.4	Modifizierter (echter) Erschließungsvertrag (Vertragstyp 4)	13
3.2.5	Gemeinde verpflichtet sich zur anteiligen Tragung der Erschließungskosten (Vertragstyp 5)	14
3.2.6	Nur teilweise Übertragung der Erschließung auf ein Erschließungsunternehmen (Vertragstyp 6)	14
3.3	Vorfinanzierungsvertrag – sog. unechter Erschließungsvertrag, Baubetreuungsvertrag (Vertragstyp 7)	14
4	Weitere Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten	15
4.1	Erschließungsunternehmer – Grundstückseigentümer	15
4.2	Gemeinde – Grundstückseigentümer	16
4.3	Gemeinde – Erschließungsunternehmer – Fremdanlieger	16
4.4	Verhältnis von Erschließungsvertrag und privater Kostenvereinbarung	17
4.5	Störungen bei der Vertragserfüllung	17
4.5.1	Erfüllungsbürgschaft oder Treuhandkonto	17
4.5.2	Aufgabe eines Anspruchs, Rückabwicklung	19
5	Leitungsgebundene Erschließungsanlagen	20
5.1	Anschlussbeiträge für Grundstücke im Erschließungsvertragsgebiet	20
5.2	Beitragserhebung durch Dritte	22
5.3	Kostenbeteiligung der Gemeinde	22
5.4	Auswirkungen auf die Globalberechnung	24
5.5	Auswirkungen auf die Gebührenkalkulation	24

1 Einleitung

Die Erschließung, also die Baureifmachung von Bauland nach den Festsetzungen eines Bebauungsplans¹, obliegt der Gemeinde als öffentlich-rechtliche Aufgabe (§ 123 Abs. 1 BauGB); sie hat die Erschließungsanlagen entsprechend den Erfordernissen der Bebauung und des Verkehrs kostengünstig und spätestens bis zur Fertigstellung der anzuschließenden baulichen Anlagen benutzbar herzustellen (§ 123 Abs. 2 BauGB). Das Bundesrecht stellt die Gemeinde in § 123 Abs. 1 BauGB vor eine sog. **Regieentscheidung**: Entweder führt sie die Erschließung in Eigenregie durch, mit der Folge, dass sie die ihr entstandenen Kosten unter dem Rechtsregime der §§ 33 ff. KAG durch die Erhebung von Erschließungsbeiträgen auf die Eigentümer der von der Erschließungsanlage erschlossenen Grundstücke umlegt oder sie überträgt die **Durchführung der Erschließung und ihre finanzielle Abwicklung** durch Erschließungsvertrag (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB) auf einen Dritten, der sie in Fremddregie durchführt und seine Erschließungskosten privatrechtlich durch vertraglich vereinbarte Kostenerstattungen mit den Grundstückseigentümern oder – soweit er Eigentümer der Grundstücke im Erschließungsvertragsgebiet ist – über Grundstücksverkaufserlöse refinanziert. Auch dabei trägt die Gemeinde aber stets die sich aus § 123 Abs. 1 BauGB ergebende **Erschließungslast als solche**.² Sie bleibt daher auch im Fall der Übertragung der Erschließung auf einen Dritten für die Durchführung der Erschließung verantwortlich (z.B. wenn der Dritte seinen Verpflichtungen aus dem Erschließungsvertrag nicht nachkommt), weshalb sie den Dritten so zu überwachen hat, dass die Maßnahmen ordnungsgemäß durchgeführt werden.

Seit dem 21.06.2013 kann eine Gemeinde nach der Rechtsänderung der §§ 11 und 124 BauGB durch das Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung von Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts (BGBl. I 2013 S. 1548) (wieder) einen Erschließungsvertrag mit kommunalen Eigengesellschaften abschließen.

Die Übertragung der Erschließung auf Dritte ist vorteilhaft und wegen der Finanznot vieler Gemeinden auch oft die einzige Möglichkeit zur Erschließung neuer Baugebiete. Beim echten Erschließungsvertrag erspart sich die Gemeinde im Regelfall (vgl. Abschn. 3.2.1 – 3.2.3) die Vorfinanzierungskosten und den Verwaltungsaufwand (keine Erschließungsbeitragsenerhebung). Ferner kann die Gemeinde die vollen Kosten abwälzen, da ihre Beteiligung in Höhe von mindestens 5 % der beitragsfähigen Erschließungskosten entfällt (§ 23 Abs. 1 KAG).

¹ Liegt ein Bebauungsplan nicht vor, dürfen Erschließungsanlagen nur hergestellt werden, wenn die Gemeinde festgestellt hat, dass die Erschließungsanlagen den in § 1 Abs. 4 bis 7 BauGB bezeichneten Anforderungen entsprechen (§ 125 Abs. 2 BauGB), ggf. einschließlich erforderlicher Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen (§ 1a Abs. 3 BauGB).

² BVerwG, Urt. v. 22.08.1975 – IV C 7.73, Beschl. v. 06.05.2008 – 9 B 18/08.

Darüber hinaus erlaubt § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB eine vertragliche Regelung über Erschließungskosten dahingehend, dass das Erschließungsunternehmen nicht nur die nach Bundes- und Landesrecht beitragsfähigen, sondern auch die nicht beitragsfähigen Erschließungsanlagen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung herstellt (vgl. Abschn. 2.2).

Erschließungsverträge i.S. des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB gibt es in vielfältigen Ausgestaltungen mit zahlreichen Varianten. Der Erschließungsvertrag ist insbesondere von Verträgen abzugrenzen, die zwar von der Gemeinde im „Umfeld“ der Erschließung neuer Baugebiete vereinbart werden, nach denen aber die Erschließungskosten weder ganz noch teilweise vom Dritten (endgültig) übernommen werden (z.B. Vorfinanzierungsverträge).

Da in dieser Mitteilung nicht jede Konstruktion und Kombination aufgeführt werden kann, **werden ausgewählte Probleme anhand von einigen Grundtypen** in kompakter Form für die kommunale Praxis dargestellt.

2 Rechtsnatur und Gegenstand des Erschließungsvertrags

2.1 Rechtsnatur

Der Erschließungsvertrag i.S. des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB ist ein koordinationsrechtlicher öffentlich-rechtlicher Vertrag i.S. der §§ 54 ff. LVwVfG zwischen der Gemeinde und einem Dritten. Er bedarf der Schriftform (§ 54 Abs. 1 GemO, § 11 Abs. 3 BauGB, § 57 LVwVfG); werden im Erschließungsvertrag auch Grundstücksübereignungen geregelt, muss er notariell beurkundet werden (§ 311b Abs. 1 BGB). Soweit die §§ 54 bis 61 LVwVfG keine Regelungen treffen, verweist § 62 LVwVfG ergänzend auf das BGB, wobei in erster Linie die Vorschriften über den Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB) und die Verjährungsregelungen (§§ 194 ff. BGB) in Frage kommen.

Auch bei Abschluss eines Erschließungsvertrags hat sich die Herstellung der Erschließungsanlagen i.S. des § 33 KAG nach den Festsetzungen eines wirksamen Bebauungsplans zu richten (s. § 125 Abs. 1 BauGB¹). Sind die Voraussetzungen des § 125 BauGB (also einschließlich des Planungssurrogats nach § 125 Abs. 2 i.V.m. § 1 Abs. 4 bis 7 BauGB) auf Dauer nicht erfüllt, ist der Erschließungsvertrag nichtig.²

¹ Soweit § 125 Abs. 1 BauGB auf die Erschließungsanlagen des § 127 Abs. 2 BauGB verweist, sind nach § 49 Abs. 8 KAG darunter die Erschließungsanlagen des § 33 KAG zu subsumieren.

² VGH, Beschl. v. 29.10.2014 – 2 S 2378/13, OVG Saarlouis, Ur. v. 09.06.1994 – 1 R 20/92, VGH, Ur. v. 25.07.1985 – 2 S 107/83.

Ist jedoch zum Zeitpunkt des Abschlusses des Erschließungsvertrags der Bebauungsplan noch nicht beschlossen, ist dies unschädlich, wenn dem Erlass eines Bebauungsplans, der die Herstellung der im Vertrag vorgesehenen Anlagen ausweist, keine durchgreifenden Hindernisse entgegenstehen und die Vertragspartner die Erfüllung des Vertrags für den Fall der Rechtsverbindlichkeit des Bebauungsplans gewollt hätten.¹ Dies gilt für das Planungssurrogat nach § 125 Abs. 2 BauGB entsprechend. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte die Wirksamkeit des Erschließungsvertrags von dem Inkrafttreten des Bebauungsplans abhängig gemacht werden.

Das Zeitfenster für den Abschluss von Erschließungsverträgen ist mit der Integration des Erschließungsvertrags in den § 11 BauGB durch das Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung von Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts kleiner geworden. Besteht infolge einer bauplanungsrechtlich gesicherten Erschließung bereits Baurecht, kann mit Blick auf § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB ein Erschließungsvertrag nicht mehr rechtswirksam abgeschlossen werden (vgl. GPA-Mitt. 2/2014).

2.2 Vertragsgegenstand, Rechtsbeziehung zwischen der Gemeinde und Dritten

Kennzeichnend für den echten Erschließungsvertrag (Abschn. 3.2.1 – 3.2.3) ist, dass der Dritte die im Vertrag genannten Erschließungsanlagen in dem abgegrenzten Erschließungsgebiet im **eigenen Namen** und auf **eigene Rechnung (einschließlich des Gemeindeanteils)** herstellt bzw. herstellen lässt und die Anlagen danach (abgesehen von gemeindlichen Kostenbeteiligungen für leitungsgebundene Erschließungsanlagen, s. Abschn. 5.3) ohne Gegenleistung, d.h. unentgeltlich auf die Gemeinde überträgt, die sie (durch Widmung) der öffentlichen Nutzung zuführt (vgl. u.a. BVerwG, Urt. v. 01.12.2010 – 9 C 8.09). Dies hat zur Folge, dass der Gemeinde – da sie die Durchführung der Erschließung vollständig übertragen hat – keine beitragsfähigen Kosten i.S.v. § 35 KAG entstehen. Gleichwohl liegt eine Übertragung der Erschließung i.S. des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB nicht vor, wenn sich die Gemeinde in dem Erschließungsvertrag umfangreiche Befugnisse vorbehält, die praktisch auf ein unbeschränktes Recht zur Selbstvornahme hinauslaufen (vgl. BVerwG, Urt. v. 01.12.2010, a.a.O.).

Bei Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Erschließungsvertrag wird der Dritte rein privatrechtlich tätig; er ist kein hoheitlich „Beliehener“ der Gemeinde.

Vertragsgegenstand können nach Bundes- und Landesrecht beitragsfähige sowie nicht beitragsfähige Erschließungsanlagen sein (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB). Der Begriff der Erschließungsanlage in diesem Sinne deckt sich nicht mit dem Begriff der Erschließungsanlage in § 33 KAG, sondern geht darüber hinaus. Demzufolge ist der Begriff der von einem Dritten ganz

¹ BVerwG, Urt. v. 22.03.1996 - 8 C 17/94.

oder teilweise übernommenen Erschließungskosten weitergehender, als der Begriff der beitragsfähigen Erschließungskosten i.S. des § 35 Abs. 1 KAG. Gegenstand eines Erschließungsvertrags können daher insbesondere die Herstellung von Entwässerungs- und Wasserversorgungsanlagen, d.h. der leitungsgebundenen Erschließungsanlagen sein. In Frage kommen auch Anlagen, die in § 33 KAG nicht genannt sind bzw. solche Anlagen, für die die Gemeinde ihr in § 20 Abs. 3 KAG eingeräumtes Ermessen satzungsrechtlich dahingehend ausgeübt hat, keine Erschließungsbeiträge zu erheben (s. § 20 Abs. 3 KAG) oder für die eine Erhebung von Erschließungsbeiträgen nach § 35 Abs. 2 KAG sogar ausgeschlossen ist (z.B. Tunnel und Brücken). Entscheidend ist der Sachzusammenhang mit der Erschließung i.S. des § 123 BauGB; die Erschließungsanlage muss der Bebaubarkeit der im Erschließungsgebiet liegenden Grundstücke dienen. D.h. auch, dass die Gemeinde für die Herstellung i.S. des § 123 Abs. 1 BauGB zuständig ist und diese nicht einem Dritten obliegt.¹ Die Erschließungslast der Gemeinde endet für die jeweilige Erschließungsanlage mit deren erstmaliger endgültiger Herstellung (vgl. BVerwG Urt. v. 28. 10. 1981 – 8 C 4/81). Historische oder vorhandene, beitragsfreie Straßen sowie Verbesserungen und Erneuerungen von bereits erstmals endgültig hergestellten Erschließungsanlagen können nicht Gegenstand eines Erschließungsvertrags sein.²

Eine Grenze für die Aufnahme von Anlagen in den Erschließungsvertrag ergibt sich allerdings aus § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB. Der Begriff der Angemessenheit bezieht sich bei öffentlich-rechtlichen Verträgen auf die vereinbarten Leistungen und die gesamten Umstände des Vertrags. **Danach müssen Leistung und Gegenleistung immer angemessen sein** (ordnungsgemäße Erschließung, keine Luxusausstattung³) und die Maßnahmen müssen in sachlichem Zusammenhang mit der Erschließung des Baugebiets stehen (Koppelungsverbot). Ferner darf sich aus der vertraglichen Vereinbarung auch keine unzumutbare Belastung für den Vertragspartner ergeben.⁴ Nach gefestigter Rechtsprechung müssen die vertraglichen Leistungen nicht nur im Verhältnis zum Zweck des Vertrags (Erschließung des Vertragsgebiet), sondern auch im Verhältnis untereinander ausgewogen sein. Letzteres erfordert eine wirtschaftliche Betrachtung des Gesamtvorgangs.

¹ BVerwG, Urt. v. 25.11.1981 - 8 C 10.81, Urt. v. 10.08.2011 – 9 C 6.10.

² Driehaus/Raden, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 10. Aufl., Rdnr. 39 zu § 6.

³ Nach § 123 Abs. 2 BauGB sollen die Erschließungsanlagen „kostengünstig“ hergestellt werden.

⁴ Eine solche Konstellation könnte sich u.U. ergeben, wenn von den herzustellenden Erschließungsanlagen eine Vielzahl von Grundstücken erschlossen werden, deren Eigentümer nicht bereit sind, mit dem Erschließungsunternehmer eine (privatrechtliche) Vereinbarung über eine Kostenbeteiligung zu schließen (Fremdanlieger). Ist der Gemeinde diese Situation bekannt, so sollte sie nach den Umständen des Einzelfalls - im Blick auf die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung - keinen (echten) Erschließungsvertrag vereinbaren (s. Abschn. 4.3 sowie BVerwG, Urt. v. 10.08.2011, a.a.O.).

Soweit der Dritte nicht nur dem Erschließungsvertragsgebiet dienende Erschließungsanlagen herstellt (z.B. Regenrückhaltebecken für die Straßenentwässerung, Bau einer Druckwasserab-
leitung), kann dem Gebot der Angemessenheit durch eine anteilige Kostentragung der Ge-
meinde Rechnung getragen werden.

Ein unter Verstoß gegen das Angemessenheitsgebot oder Koppelungsverbot abgeschlossener Erschließungsvertrag hat grundsätzlich seine Nichtigkeit zur Folge (§ 59 Abs. 1, LVwVfG i.V.m. § 134 BGB). Beschränkt sich die Nichtigkeit nur auf einen Teil des Vertrags, dürfte nach § 59 Abs. 3 LVwVfG der gesamte Vertrag nichtig sein, sofern nach dem mutmaßlichen Parteiwillen nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den unwirksamen Teil abgeschlossen worden wäre (§ 59 Abs. 3 LVwVfG).¹

Der Erschließungsvertrag bestimmt konkret und abschließend die vom Dritten zu errichtenden Erschließungsanlagen nach Art, Umfang und Baustandard. Gleichwohl darf sich eine Gemeinde in einem Erschließungsvertrag kein unbeschränktes Recht zur Selbstvornahme sichern (vgl. BVerwG, Urt. v. 01.12.2010, a.a.O.).²

Zur Sicherung der Durchführung der Erschließung soll die Gemeinde geeignete Sicherungsmittel vereinbaren, wie z.B. eine Erfüllungs-³ und eine Mängelgewährleistungsbürgschaft. Alternativ kann bei einem grundbesitzlosen Erschließungsunternehmer die Vertragserfüllung durch Einzahlung der Erschließungskostenanteile auf ein Treuhandkonto gesichert werden.

Wird der Erschließungsvertrag erfüllt, entfällt die in § 23 Abs. 1 KAG vorgesehene Beteiligung der Gemeinde in Höhe von mindestens 5 % der beitragsfähigen Erschließungskosten (§ 11 Abs. 2 Satz 3 BauGB). Auch erhebt die Gemeinde bei den Grundstückseigentümern keine Erschließungsbeiträge, weil sie infolge der anderweitigen Deckung keine eigenen Kosten hat. Sofern die Gemeinde in Einzelfällen bereits Ablösungen über den Erschließungsbeitrag i.S. des § 26 KAG vereinbart hat, sind diese Verträge wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage aufzuheben. Hinsichtlich der leitungsgebundenen Erschließungsanlagen für Wasser und Abwasser bleibt nach § 20 Abs. 4 Satz 2 KAG die Anschlussbeitragspflicht unberührt (s. Abschn. 5.1).

Da es sich um einen koordinationsrechtlichen (Austausch-)Vertrag handelt, stehen der Gemeinde zur Durchsetzung der vom Dritten übernommenen Pflichten keine hoheitlichen Mittel zur Verfügung (z.B. Leistungsbescheid oder Verwaltungsakt). Sie kann zur Durchsetzung ihrer Ansprüche nur die allgemeine Leistungsklage beim Verwaltungsgericht erheben.

¹ Driehaus/Raden, a.a.O., Rdnr. 58 zu § 6.

² Die im Vertragsmuster des Gemeindetags zugunsten der Gemeinde enthaltenen Zustimmungsvorbehalte sind Ausfluss des gemeindlichen Leistungsbestimmungsrechts und beinhalten in der Gesamtschau kein unbeschränktes Recht zur Selbstvornahme.

³ S. Abschn. 4.4.1.

2.3 Abgrenzung zum Werkvertrag und zu Abgabenverträgen

2.3.1 Klassischer Werkvertrag

Hier führt die Gemeinde die Erschließung in Eigenregie durch, indem sie nach §§ 631 ff. BGB Unternehmer mit der tatsächlichen Durchführung der Erschließungsmaßnahmen beauftragt. Der Bauunternehmer führt die im Einzelnen übertragenen Bauleistungen¹ im Namen und auf Rechnung der Gemeinde durch, wodurch die Gemeinde Auftraggeberin der Bauleistungen bleibt.

2.3.2 Sonderfall: Gemeinde ist Alleineigentümerin aller Grundstücke im Erschließungsvertragsgebiet

Ist die Gemeinde Alleineigentümerin aller zu erschließenden Grundstücke des Erschließungsvertragsgebiets und schließt sie formal einen Erschließungsvertrag nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB über die Erschließung durch nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähige Erschließungsanlagen mit einem Dritten, handelt es sich materiell-rechtlich um keinen Erschließungsvertrag nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB. Soweit in diesem Fall regelmäßig vereinbart wird, dass die Gemeinde die betreffenden Grundstücke vollerschlossen veräußert, „verkauft“ die Gemeinde ihre Erschließungsleistungen auf der Grundlage eines zivilrechtlichen Kaufvertrags. Über diesen Weg gibt sie die Erschließungskosten losgelöst vom Erschließungsbeitragsrecht an die Grundstückseigentümer weiter. Dafür besteht keine rechtliche Grundlage.² Hinzu kommt, dass auch in diesem Fall die Gemeinde die geltenden Vergabevorschriften zu beachten hat. Denn wirtschaftlich ist diese Situation so zu bewerten, wie wenn die Gemeinde die Erschließung selbst durchführen würde. Dem Erschließungsunternehmen ist es daher verwehrt, eine nicht VOB/A-konforme Ausschreibung mit Nachverhandlungsmöglichkeiten vorzunehmen.

2.3.3 Rechtlich zulässige Abgabenverträge

Die strikte Bindung der Verwaltung an das Gesetz in abgabenrechtlichen Angelegenheiten schließt es aus, dass Abgabengläubiger und Abgabenschuldner von den gesetzlichen Regelungen abweichende Vereinbarungen treffen, sofern nicht das Gesetz dies ausnahmsweise gestattet (BVerwG, Urt. v. 12.12.2012 – 9 C 12/11).³

¹ Auch die Beauftragung eines Generalunternehmers (Generalunternehmervertrag) kommt in Betracht; kennzeichnend dafür ist, dass dieser sämtliche Bauleistungen, einschließlich der Ingenieurleistungen, übernimmt.

² Vgl. BVerwG, Urt. v. 22.08.1975, a.a.O.; Daran ändert auch nichts die am 12.12.2020 in Kraft getretene Regelung in § 20 Abs. 4 KAG (vgl. GPA-Mitt. 2/2014).

³ VGH, Urt. v. 11.03.2020 – 3 S 2381/01, BVerwG, Urt. v. 16.05.2000 – 4 C 4.99.

Macht die Gemeinde die Schaffung von Baurecht (hier: Einbeziehung eines Außenbereichsgrundstücks in den beplanten Innenbereich) von der vertraglichen Verpflichtung des bauwilligen Grundstückseigentümers zur Zahlung der Erschließungskosten abhängig, die angefallen wären, wenn das Grundstück von vornherein in das Baugebiet einbezogen worden wäre, die Erschließungsanlagen aber bereits abgerechnet sind, ist der verwaltungsrechtliche Vertrag insoweit unwirksam (BVerwG, Urt. v. 16.05.2000 – 4 C 4.99).¹

Ablösungsverträge

Kennzeichnend für den Ablösungsvertrag ist, wie sich auch im Wortlaut des § 26 Abs. 1 Satz 2 KAG zeigt, dass die Beitragsschuld vor ihrem Entstehen in der Weise abgegolten wird, dass sie in dem Zeitpunkt ihres Entstehens nicht mehr begründet werden kann. Die Ablösevereinbarung ist damit auf eine vorweggenommene Tilgung einer künftig entstehenden Beitragsschuld gerichtet; die Ablösung von Teilforderungen ist unzulässig. Mit der Ablösevereinbarung wird eine abschließende vertragliche Regelung über die Belastung eines Grundstücks mit Beiträgen getroffen.² Die Tilgungswirkung erstreckt sich auf das Grundstück in der Flächenausdehnung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

Vorauszahlungsvereinbarung

Die Möglichkeit der Vorauszahlungsvereinbarung ist zwar gesetzlich nicht geregelt, aber allgemein anerkannt. Unabhängig von der Regelung zur Vorauszahlungserhebung in § 25 KAG können Vorauszahlungen vertraglich vereinbart werden. Nicht nur Geldleistungen, sondern auch Sachleistungen können Gegenstand von Vorauszahlungsvereinbarungen in Anrechnung auf die künftige Beitragsschuld sein. Mit Blick auf das strenge Abgabenrecht muss die Vorauszahlungsvereinbarung ausdrücklich oder sinngemäß den Vorbehalt der endgültigen Abrechnung nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen durch Beitragsbescheid enthalten.³

¹ Der Grundsatz von Treu und Glauben steht der einseitigen Rückabwicklung eines nichtigen Austauschvertrags nicht allein deshalb entgegen, weil die Leistung der Gemeinde unwiederbringlich und unwiderruflich erbracht worden ist. Vielmehr müssen besondere im Verhalten oder der Person des Erstattungsbegehrenden liegende Umstände hinzutreten.

² Die Gegenleistung des Privaten kann nicht nur durch Geldleistung, sondern auch in Form einer Landabtretung erfolgen.

³ BVerwG, Urt. v. 22.08.1975, a.a.O.

Sonderfall: ¹Abschluss eines Kostenabwälzungsvertrags nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 i.V.m. Nr. 3 BauGB i.V.m. § 20 Abs. 4 Satz 1 KAG ²

Mit der Änderung in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB durch das Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung von Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts wurde explizit die Abwälzung von Erschließungskosten als Folgekosten klargestellt. Infolge der verfassungsrechtlichen Zweifel an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, Folgekostenverträge auch für beitragsfähige Erschließungsanlagen zuzulassen, wurde das Kommunalabgabengesetz durch das Gesetz zur Änderung des Kommunalabgabengesetzes und der Gemeindeordnung (GBl. 2020, 1095 ff.) in § 20 Abs. 4 Satz 1 KAG um eine Regelung ergänzt, wonach die vertragliche Übernahme beitragsfähiger Kosten auch im Rahmen städtebaulicher Verträge möglich ist. Damit wurde vor dem Hintergrund der fehlenden bundesrechtlichen Kompetenz im Erschließungs- und Anliegerbeitragsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) und im Interesse einer Erleichterung vertraglichen Handelns, Rechtssicherheit hinsichtlich des Anwendungsbereichs der städtebaulichen Verträge auf nach Landesrecht beitragsfähige Erschließungsanlagen geschaffen. Infolge dieser Rechtsänderung können eigene beitragsfähige Erschließungskosten der Gemeinde vertraglich als Folgekosten vereinbart werden; Kosten für nicht beitragsfähige Erschließungsanlagen sind von der Neuregelung nicht umfasst. Dessen ungeachtet schließt der Abschluss eines solchen Kostenübertragungsvertrags dem Grunde nach die Entstehung von Anschluss- und Erschließungsbeiträgen nicht aus und wirkt auch nicht als Regimeentscheidung (vgl. GPA-Mitteilung 2/2014, Birk, Städtebauliche Verträge, 5. Aufl., Rdnr. 256 a sowie BayVGh, Urt. v. 06.06.2019 – 6 B 19.246 ³). Die Vertragsparteien können auf die entstehenden Anschluss- und/oder Erschließungsbeitragspflichten mit entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen (zum Beispiel Anrechnung der Beitragsschuld auf die vertraglich übernommenen Kosten) reagieren.

¹ Bis zum 20.06.2013, dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung der Innenentwicklung von Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts, war ein Vertrag über in Eigenregie der Gemeinde durchgeführte Erschließungsmaßnahmen einer vertraglichen Kostenregelung nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aus Gründen der Beitragserhebungspflicht des § 127 BauGB nicht zugänglich (BVerwG, Urt. v. 01.12.2010, a.a.O., Urt. v. 18.11.1977 – IV C 104/74, Urt. v. 23.04.1969 – IV C 15/67, Driehaus/Raden, a.a.O., Rdnrn. 83 ff. zu § 6, Ewer, NVwZ 2013, 1318, Rechtliche Zulässigkeit von reinen Erschließungskosten-Vereinbarungen in städtebaulichen Verträgen? Birk, Städtebauliche Verträge, 5. Aufl., Rdnr. 246 ff., a.A. Krautzberger in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Rdnr. 160 zu § 11 BauGB).

² Vgl. GPA-Mitt. 2/2014 sowie u.a. BVerwG, Urt. v. 24.03.2011 – 4 C 11.10.

³ Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat entschieden, dass Zahlungen (oder Zahlungsverpflichtungen) aus einem städtebaulichen Vertrag über erschließungsbeitragsfähige Kosten grundsätzlich eine anderweitige Deckung darstellen und folgerichtig neben dem gemeindlichen Eigenanteil von den beitragsfähigen Erschließungskosten abzuziehen sind, bevor die verbleibenden (umlagefähige) Kosten auf die erschlossenen Grundstücke verteilt werden.

3 Vertragstypen des Erschließungsvertrags

3.1 Allgemeines, Rechtsgrundlagen

Bei Erschließungsverträgen gibt es verschiedene Vertragstypen und innerhalb dieser Typen Mischformen oder Varianten. Im Schrifttum wird grob zwischen sog. **echten und unechten Erschließungsverträgen** unterschieden.

Zwei Grundtypen des **echten Erschließungsvertrags** nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB sind der

- Erschließungsvertrag mit einem grundstückslosen **Erschließungsunternehmer** (Vertragstyp 1; s. Abschn. 3.2.1) und der
- Erschließungsvertrag mit einem oder mehreren **Grundstückseigentümern** (Vertragstypen 2 und 3; s. Abschn. 3.2.2 und 3.2.3)

Da der Gemeinde bei den echten Erschließungsverträgen (Vertragstypen 1 bis 3) bei vollständiger Übertragung der Herstellung der Erschließungsanlagen keine erschließungsbeitragsfähigen Kosten entstehen, können auch **keine Erschließungsbeiträge** erhoben werden. Die nach dem KAG satzungsgemäßen **Anschlussbeiträge** für die Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung sind dagegen zu erheben bzw. (anteilig) zu verrechnen.

Ein Erschließungsvertrag, der nur die Kostenübernahme für die übertragene Herstellung der wegemäßigen und leitungsgebunden Erschließung beinhaltet, dürfte in der Praxis der Ausnahmefall sein. In der Regel werden zusätzlich weitere vertragliche Regelungen für eine Kostentragung im Erschließungsvertrag getroffen (siehe Abschn. 3.2.4 – 3.2.6).

Der **unechte Erschließungsvertrag** (Vertragstyp 7; s. Abschn. 3.3) ist kein Erschließungsvertrag i.S. des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB.

3.2 Echter Erschließungsvertrag

3.2.1 Erschließungsvertrag mit einem grundstücklosen Erschließungsunternehmer (Vertragstyp 1)

Die Gemeinde schließt mit einem Erschließungsunternehmer (z.B. einem Ingenieurbüro oder einem kaufmännischen Unternehmen) einen Erschließungsvertrag, der i.d.R. erst dann wirksam wird, wenn es dem Erschließungsunternehmer gelingt, mit allen Grundstückseigentümern je-

weils **Kostenerstattungs- und Kostentragungsverträge** abzuschließen ¹. Der Erschließungsunternehmer ist Vertragspartner der Gemeinde. Er schuldet der Gemeinde Dienstleistungen zur Durchführung der Erschließungsmaßnahmen und die spätere Übergabe der Erschließungsanlagen.

Der Erschließungsunternehmer vergibt i.d.R. die Bauleistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung an Dritte. Nach Fertigstellung aller Anlagen rechnet der Erschließungsunternehmer sämtliche Kosten (Baukosten, eigene Entgelte, Vorfinanzierungskosten und dergl.) mit den Grundstückseigentümern nach den Kostenerstattungs- und Kostentragungsverträgen ab und übergibt die Erschließungsanlagen (abgesehen von einer gemeindlichen Kostenbeteiligung für leitungsgebundene Erschließungsanlagen, s. Abschn. 5.3) unentgeltlich der Gemeinde. Das wirtschaftliche Risiko trägt ausschließlich der Erschließungsunternehmer. Zwischen dem Erschließungsvertrag und den privaten Kostenerstattungsverträgen besteht eine Akzessorietät (vgl. BVerwG, Urt. v. 01.12.2010, a.a.O., s. Abschn. 4.4).

Nicht selten wird zur Vorfinanzierung der auf die Grundstücke der Gemeinde entfallenen Planungs- und Erschließungskosten oder zum Grunderwerb ein gesonderter Finanzierungsvertrag mit dem Erschließungsunternehmen geschlossen, wobei die Erlöse aus dem Verkauf der Grundstücke zur Verminderung des Finanzierungsaufwands an das Erschließungsunternehmen weiterzuleiten sind. In diesem Zusammenhang verpflichtet sich in der Regel die Gemeinde, soweit die erstattungsfähigen Kosten nach der Schlussrechnung die Einnahmen übersteigen, den entsprechenden Betrag (Saldo) an das Erschließungsunternehmen innerhalb einer bestimmten Frist nach Zugang der prüfaren Schlussrechnung auszugleichen. Dabei wird zugleich vereinbart, dass sich der Erschließungsunternehmer verpflichtet, nach dem vereinbarten Saldoausgleich die im Erschließungsgebiet gelegenen Grundstücksflächen, die noch nicht veräußert sind, an die Gemeinde ohne Vereinbarung eines Kaufpreises zu übertragen. Letzteres ändert nichts an der Qualifizierung als echter Erschließungsvertrag.

3.2.2 Erschließungsvertrag mit einem Erschließungsunternehmer, der Eigentümer aller Grundstücke ist (Vertragstyp 2)

In einem Erschließungsgebiet sind die Grundstücke in der Hand des Erschließungsunternehmers. Dieser beabsichtigt seine Grundstücke zu erschließen. Die erschlossenen Grundstücke sollen unbebaut oder bei Bauträgern ggf. auch bebaut an Kaufinteressenten veräußert werden. Die Gemeinde schließt mit dem Grundstückseigentümer einen Erschließungsvertrag.

¹ Ggf. entsprechende Vertragsformulierung (aufschiebende Bedingung).

Danach lässt der Erschließungsunternehmer als Eigentümer aller Grundstücke des Erschließungsvertragsgebiets die Erschließungsanlagen herstellen und übergibt diese der Gemeinde (abgesehen von einer gemeindlichen Kostenbeteiligung für leitungsgebundene Erschließungsanlagen, s. Abschn. 5.3) unentgeltlich in deren Unterhaltungslast. Der Erschließungsunternehmer wird die bei ihm anfallenden Erschließungskosten über Grundstücks- oder Wohnungsverkäufe refinanzieren. Er trägt das volle wirtschaftliche Risiko.

3.2.3 Erschließungsvertrag mit mehreren Grundstückseigentümern (Vertragstyp 3)

In einem Erschließungsgebiet sind die Grundstücke nicht in einer Hand. Die Grundstückseigentümer schließen einen Gesellschaftsvertrag (§§ 705 ff. BGB), d.h. sie bilden eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GbR) und bevollmächtigen zugleich einen Gesellschafter oder einen Dritten (z.B. ein Ingenieurbüro oder ein auf dem Gebiet der Erschließung kundiges Unternehmen) mit der Geschäftsführung. Der bevollmächtigte Geschäftsführer schließt für die GbR mit der Gemeinde einen Erschließungsvertrag.

Im Erschließungsvertrag verpflichtet sich die GbR – vertreten durch den Geschäftsführer – zur Herstellung und kostenlosen Übergabe der Erschließungsanlagen an die Gemeinde. Die GbR regelt unter den Gesellschaftern die Verteilung der Erschließungskosten (z.B. nach dem Maßstab „Grundstücks- oder Geschossfläche“). Das wirtschaftliche Risiko trägt die GbR bzw. die Gesellschafter haften nach der herrschenden Akzessorietätstheorie für die Verbindlichkeiten der GbR akzessorisch, persönlich und grundsätzlich unbeschränkt mit ihrem Privatvermögen (analog § 128 HGB).

3.2.4 Modifizierter (echter) Erschließungsvertrag (Vertragstyp 4)

Von der Rechtsprechung wurde mit Blick auf die Fremdanliegerproblematik der modifizierte Erschließungsvertrag entwickelt (vgl. GPA-Mitt. 7/2020). Die Gemeinde verpflichtet sich, bei Vertragsabschluss dem Erschließungsunternehmer die beitragsfähigen Aufwendungen zu erstatten, wodurch ihr beitragsfähige Erschließungskosten (einschließlich des Gemeindeanteils) entstehen. Auf dieser Grundlage werden die Fremdanlieger zum Erschließungsbeitrag herangezogen. Vertraglich wird im Regelfall vereinbart, dass die Gemeinde die erhobenen Erschließungsbeiträge an das Erschließungsunternehmen weiterleitet. Für die Grundstücke des Erschließungsunternehmers und der Fremdanlieger, die mit dem Erschließungsunternehmen eine private Kostenerstattung abgeschlossen haben, wird die Beitragsforderung mit dem Erstattungsanspruch des Erschließungsunternehmers verrechnet (vgl. Abschn. 4.3).

3.2.5 Gemeinde verpflichtet sich zur anteiligen Tragung der Erschließungskosten (Vertragstyp 5)

Die Gemeinde verpflichtet sich zur vollständigen oder teilweisen Übernahme des Gemeindeanteils (§ 11 Abs. 2 Satz 3 BauGB) oder der sonstigen Erschließungskosten. Infolge der mit dem Abschluss eines Erschließungsvertrags verbundenen Regimeentscheidung kommen die erschließungsbeitragsrechtlichen Regelungen nicht zur Anwendung, weshalb beitragsfähige Erschließungskosten bei der Gemeinde nicht entstehen können. Hinzu kommt, dass die mit dem Dritten getroffene Kostenvereinbarung der Begründung beitragsfähiger Erschließungskosten entgegensteht.¹

3.2.6 Nur teilweise Übertragung der Erschließung auf ein Erschließungsunternehmen (Vertragstyp 6)

Überträgt die Gemeinde die Erschließung nur teilweise auf einen Dritten, liegt eine anderweitige Deckung nur für diese Teilmaßnahmen vor. Demzufolge entstehen Erschließungsbeiträge, soweit die Herstellung von Teilmaßnahmen der Erschließung nicht übertragen, sondern von der Gemeinde in Eigenregie hergestellt werden.²

3.3 Vorfinanzierungsvertrag – sog. unechter Erschließungsvertrag, Baubetreuungsvertrag (Vertragstyp 7)

Der Dritte (z.B. eine Baubetreuungsgesellschaft oder ein Ingenieurbüro) übernimmt die Vorfinanzierung und vergibt die Bauleistungen (evtl. auch mit Tätigkeiten im Rahmen der Umlegung, mit Ingenieurleistungen zur Erschließungsplanung, mit der Bauvermessung und dgl.) **zunächst** im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Nach Fertigstellung aller Anlagen erhält der Dritte, spätestens nach Beitragserhebung durch die Gemeinde, zu dem vertraglich festgelegten Zeitpunkt die Kosten (Baukosten, Betreuungskosten, Vorfinanzierungskosten und dgl.) erstattet und übergibt die Erschließungsanlagen.

¹ vgl. Driehaus/Raden, a.a.O., Rdnr. 52 zu § 6.

² BayVGH, Urt. v. 09.11.2010 - 6 BV 09.676, BVerwG, Beschl. v. 29.09.2011 - 9 B 6.11: Das Bundesverwaltungsgericht konnte die Frage, ob § 124 BauGB a.F. (heute § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB) eine Beschränkung des Gegenstands eines Erschließungsvertrags auf einen Teil der Erschließung erlaube (hier: auf Maßnahmen zur technischen Herstellung einer Straße) offenlassen, da sowohl bei Bejahung als auch bei Verneinung der Frage eine Beitragspflicht besteht.

Die Erstattungspflicht der Gemeinde umfasst neben den gesamten beitragsfähigen Erschließungskosten auch den Gemeindeanteil.¹

Die auf die Grundstücke des Dritten entfallenden Erschließungsbeiträge werden bei der Erstattung der angefallenen Kosten durch die Gemeinde entsprechend verrechnet.²

Da der Gemeinde Aufwand für die Herstellung von Erschließungsanlagen entsteht, ist sie nach dem KAG verpflichtet, die satzungsgemäßen Erschließungs- und Anschlussbeiträge zu erheben.

4 Weitere Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten

4.1 Erschließungsunternehmer – Grundstückseigentümer³

Ist der Dritte selbst Eigentümer der zu erschließenden Grundstücke, ist er bei Verkauf, Vermietung oder Verpachtung oder sonstiger Nutzung und Verwertung der Grundstücke frei von öffentlich-rechtlichen Bindungen. Es gilt die zivilrechtliche Vertragsfreiheit, auch in Bezug auf die Höhe der Kostenbeteiligung durch die Vertragspartner.

Ist der Dritte nicht Eigentümer und führt er die Erschließung durch, so trifft er mit den Grundstückseigentümern privatrechtliche Vereinbarungen über deren Kostenbeteiligung. Diese sind aber nicht verpflichtet, einen solchen Vertrag abzuschließen.⁴

¹ § 124 Abs. 2 Satz 3 BauGB a.F. bzw. § 11 Abs. 2 Satz 3 BauGB ist nur auf echte Erschließungsverträge anwendbar. Döring und Rodegra vertreten die Auffassung, dass die in dieser Ausschlussvorschrift festgesetzte Grenze der Ermächtigung der Gemeinde, Kosten durch Erschließungsverträge abwälzen zu dürfen, nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zwingend restriktiv auszulegen sei. Im Hinblick auf ihre Schutzfunktion sei sie als gesetzliches Verbot der Vereinbarung einer weitergehenden Kostenabwälzung mit der Folge zu verstehen, dass unzulässige Verträge, weil verbotsverletzend, kraft Bundesrechts jedenfalls in der Reichweite des Verbotsverstößes teilnichtig seien (vgl. BVerwG, Urt. v. 23.08.1991 – 8 C 61/9 sowie Rodegra, Die Berücksichtigung von Fremdanliegern beim Abschluss von Erschließungsverträge, NVwZ 1997, 633 sowie Döring, NVwZ 1994, 853, 855).

² Vgl. OVG Saarland, Urt. v. 07.11.1988 – 1 R 322/87. Kennzeichnend für einen Vorfinanzierungsvertrag ist ein umfassender Kostenerstattungsanspruch des Erschließungsunternehmers gegen die Gemeinde, von dem lediglich der auf die im Eigentum des Erschließungsunternehmers stehenden Grundstücke entfallende Teil der umlagefähigen Erschließungskosten ausgeschlossen ist.

³ Hierzu zählen auch die „Eigentümer-Gesellschaften“ (= Gesellschaft bürgerlichen Rechts - GbR), die gemeinsam, ggf. durch Beauftragung eines Dritten zur Wahrnehmung der Geschäftsführung, die Erschließung durchführen.

⁴ Hinsichtlich des Problems der sog. Fremdanlieger wird auf die Abschn. 3.2.4 und 4.3 verwiesen.

4.2 Gemeinde – Grundstückseigentümer

Wird der Erschließungsvertrag erfüllt, entstehen zwischen der Gemeinde und den Grundstückseigentümern grundsätzlich keine Rechtsbeziehungen. Insbesondere erhebt die Gemeinde keinen Erschließungsbeitrag, weil der Dritte die Erschließungskosten übernimmt und der Gemeinde somit aufgrund der anderweitigen Deckung keine erschließungsbeitragsfähigen Kosten entstehen (s. §§ 20 Abs. 2, 38 Abs. 1 KAG). Soweit die Gemeinde die Erschließung von Teilmaßnahmen nicht auf einen Dritten übertragen hat, sondern in Eigenregie herstellt, sind die von den Erschließungsanlagen erschlossenen, bevorteilten Grundstückseigentümer zum Erschließungsbeitrag heranzuziehen (vgl. Abschn. 3.2.6). Beitragspflichten für leitungsgebundene Einrichtungen (Wasser, Abwasser) bleiben davon unberührt (s. Abschn. 5.1).

4.3 Gemeinde – Erschließungsunternehmer – Fremdanlieger

Erschließen die Anlagen, die vom Erschließungsunternehmer hergestellt werden, auch Grundstücke, die nicht in seinem Eigentum stehen (sog. Fremdanlieger), hat er keine Möglichkeit, die Grundstückseigentümer „zwangsweise“ an den Kosten für die Herstellung der Erschließungsanlagen zu beteiligen. Der Erschließungsunternehmer kann die ihm entstandenen Kosten gegenüber den Grundstückseigentümern nur geltend machen, wenn er mit ihnen (privatrechtliche) Vereinbarungen trifft. Gelingt ihm dies nicht, hat er keinen Anspruch auf (anteiligen) Kostenerersatz, weder aus Geschäftsführung ohne Auftrag noch aus ungerechtfertigter Bereicherung.¹

Die Gemeinde kann die Eigentümer der „Fremdanlieger-Grundstücke“ zu Erschließungsbeiträgen nur heranziehen, wenn ihr Kosten entstanden sind, die sie aus Rechtsgründen zu tragen hat. Diese Voraussetzung kann nach herrschender Meinung allerdings nicht dadurch geschaffen werden, dass die Gemeinde dem Erschließungsunternehmer – ohne dazu verpflichtet zu sein – den auf die Fremdanlieger-Grundstücke entfallenden Kostenanteil nachträglich erstattet und von diesen Grundstückseigentümern Erschließungsbeiträge erhebt.² Es empfiehlt sich deshalb in diesen Fällen – soweit es nicht zum Abschluss eines modifizierten, echten Erschließungsvertrags kommt (s. Abschn. 3.2.4) – auf den sog. Vorfinanzierungsvertrag (unechter Erschließungsvertrag, s. Abschn. 3.3) auszuweichen.

¹ BGH, Urf. v. 08.11.1973 - VI ZR 246/72.

² GPA-Mitt. 7/2020.

4.4 Verhältnis von Erschließungsvertrag und privater Kostenvereinbarung

Die vertraglichen Beziehungen in dem „Dreiecksverhältnis“ zwischen Gemeinde, Erschließungsunternehmer und Grundstückseigentümer, der sich gegenüber dem Erschließungsunternehmer vertraglich zur Kostentragung verpflichtet hat, sind in besonderer Weise mit der Folge aufeinander ausgerichtet, dass eine Nichtigkeit des Erschließungsvertrags nicht allein den vertraglichen Rechtsgrund für die Leistungen im Verhältnis Gemeinde und Erschließungsunternehmer, sondern auch im Verhältnis Erschließungsunternehmer und Grundstückseigentümer entfallen lässt (vgl. BVerwG, Urt. v. 01.12.1989, a.a.O.). Es besteht insoweit eine Akzessorietät¹ zwischen dem öffentlich-rechtlichen Erschließungsvertrag und der privatrechtlichen Kostenvereinbarung. Letzteres ist insbesondere dann anzunehmen, wenn sich der Grundstückseigentümer mit schuldbefreiender Wirkung zum Eintritt in den zwischen der Gemeinde und dem Erschließungsunternehmen geschlossenen städtebaulichen- und Erschließungsvertrag verpflichtet hat.²

Zur Frage der Rückabwicklung eines insoweit unwirksamen Erschließungsvertrags wird auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs, Urt. v. 27.01.2015 - 2 S 1840/14, verwiesen.

4.5 Störungen bei der Vertragserfüllung

4.5.1 Erfüllungsbürgschaft oder Treuhandkonto

Scheitert die Erfüllung des Erschließungsvertrags ganz oder teilweise, aktualisiert sich die Erschließungslast der Gemeinde wieder.³ Daraus folgt, dass die Gemeinde die begonnenen Erschließungsmaßnahmen entsprechend dem Bebauungsplan und dem (techn.) Bauprogramm endgültig selbst herstellen (lassen) muss.

Wird der Erschließungsvertrag z.B. durch Insolvenz des Dritten nicht erfüllt, steht die Gemeinde vor der Wahl, entweder mit einem anderen Dritten einen (weiteren) Erschließungsvertrag abzuschließen oder die restlichen Erschließungsarbeiten selbst und auf eigene Kosten zu Ende zu führen. Im letzteren Fall sind die nach KAG und der örtlichen Erschließungsbeitragsatzung auf die von der jeweiligen Anlage erschlossenen Grundstücke umzulegen und als Erschließungsbeitrag geltend zu machen.⁴

¹ BVerwG, Beschl. v. 21.12.2015 – 9 B 32/15.

² Akzessorietät verneint, soweit im Unterschied zur Entscheidung des BVerwG, Urt. v. 01.12.2010, a.a.O., der Grundstückseigentümer einen vom Erschließungsvertrag unabhängigen Kaufvertrag geschlossen hat (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 18.07.2013 – 22 U 11/13).

³ s. § 123 Abs. 1 BauGB

⁴ VGH, Urt. v. 17.06.1999 - 2 S 3244 und 3245/96, OVG Sachsen, Urt. v. 04.12.2013 – 5 A 633/12, OVG Schleswig-Holstein, Urt. v. 04.09.2014 – 4 LB 3/13.

Haben die Grundstückseigentümer aufgrund einer zivilrechtlichen Vereinbarung mit dem Erschließungsunternehmer gegenüber diesem bereits finanzielle Leistungen erbracht, schließt dies nicht aus, dass die Gemeinde den ihr entstandenen Aufwand als Erschließungsbeitrag durch Bescheid festsetzt und anfordert. Erschließungsverträge sind keine Verträge zu Gunsten der Grundstückseigentümer, mit dem Ziel, ihnen zu ermöglichen, sich durch Zahlung des Kaufpreises von jeglicher Inanspruchnahme durch Erschließungsbeiträge zu befreien. Dies führt u.U. zu einer **Doppelbelastung** der Grundstückseigentümer. Mit dem Abschluss eines Erschließungsvertrags können die Grundstückseigentümer auch kein schutzwürdiges Vertrauen dahingehend geltend machen, die Gemeinde werde - soweit ihr später (unerwartet) umlagefähige Erschließungskosten entstehen - auf die Erhebung von Erschließungsbeiträgen verzichten. Nach dem Erschließungsbeitragsrecht können die Grundstückseigentümer deshalb keinen Erlass ihrer Beiträge nach § 3 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a KAG i.V. mit § 227 AO beanspruchen.

Um ein solches Ergebnis für die betroffenen Grundstückseigentümer zu vermeiden, wird eine verantwortungsvoll handelnde Gemeinde zur Sicherung der vertragsgemäßen Abwicklung des Erschließungsvertrags vom Erschließungsunternehmer eine **Erfüllungsbürgschaft** in Höhe der voraussichtlichen Erschließungskosten verlangen. ¹ Eine vereinbarte Vertragserfüllungsbürgschaft ² ist vor Baubeginn einzufordern, damit der Gemeinde ein durchsetzbarer Anspruch gegen das Erschließungsunternehmen (anderweitige Deckung i.S. des § 20 Abs. 2 KAG), bei Fortführung der Erschließungsmaßnahmen durch die Gemeinde, zur Vermeidung einer späteren Heranziehung der Grundstückseigentümer zum Erschließungsbeitrag zusteht (BVerwG, Beschl. v. 18.06.2015 – 9 B 86.14). Nicht ausreichend für das Sicherungsbedürfnis der Gemeinde ist die Abtretung von Erfüllungsbürgschaften der vom Dritten beauftragten Unternehmer, zumal diese bei eintretenden Zahlungsschwierigkeiten des Dritten keine Gewähr für die Fertigstellung der Herstellungsarbeiten bieten.

Alternativ kann insbesondere bei einem grundbesitzlosen Erschließungsunternehmer die Vertragserfüllung durch Einzahlung der Erschließungskostenanteile auf ein Treuhandkonto gesichert werden. Im Treuhandvertrag sollte vereinbart werden, dass über das Treuhandkonto ausschließlich ein Vertreter des Erschließungsunternehmers, der Gemeinde und der Grundstückseigentümer (sofern der Erschließungsunternehmer nicht Alleineigentümer aller Grundstücke ist) gemeinsam verfügen. Es sollte weiter im Treuhandvertrag geregelt werden, dass – sofern das Erschließungsunternehmen seinen Pflichten aus dem Treuhandvertrag nicht nachkommt – der Vertreter der Gemeinde und der Grundstückseigentümer allein über das Erschließungskonto

¹ OVG NW, Urt. v. 12.07.1988 - 3 A 1207/85.

² Zur Vermeidung von Auseinandersetzungen mit dem Bürgen sollte die Bürgschaft selbstschuldnerisch und unter Ausschluss der Einreden der Anfechtbarkeit und Aufrechenbarkeit erfolgen.

verfügen können (vgl. Birk, Städtebauliche Verträge, 5. Aufl., Rdnr. 322).¹ Ferner empfiehlt es sich, zum Schutz der Eigentümer, zusätzlich die Höhe der einzelnen Ratenzahlungen durch die Eigentümer an den Baufortschritt zu knüpfen.

Ergänzend sollte eine Mängelgewährleistungsbürgschaft in Höhe von 5 bis 10 % der Herstellungskosten vereinbart werden (vgl. § 15 des Musters eines Erschließungsvertrags, BWGZ 1994, 200 ff.). Das Erschließungsunternehmen sollte nicht vor Abnahme der hergestellten Erschließungsanlagen und vor Ablauf der vertraglich vereinbarten Gewährleistungsfrist aus der Haftung für die ordnungsgemäße Durchführung der Erschließungsarbeiten, insbes. nicht durch Abtretung der zwischen ihm und den durch ihn beauftragten Unternehmen geschlossenen Mängelgewährleistungsbürgschaften an die Gemeinde, entlassen werden.² Hinzu kommt, dass aufgrund der Akzessorietät der Bürgschaft von der Hauptforderung eine Abtretung der Rechte aus der Bürgschaft ohne die Hauptforderung unwirksam ist und in der rechtlichen Konsequenz die Gläubigerrechte aus der Bürgschaft auf Beseitigung der innerhalb der Gewährleistungsfrist auftretenden Mängel auf Kosten des Bürgen dem Gläubiger der Hauptforderung (hier: Erschließungsunternehmen) verbleiben (vgl. BGH, Urt. v. 19.09.1991 - IX ZR 296/90).

4.5.2 Aufgabe eines Anspruchs, Rückabwicklung

Ist ein Erschließungsunternehmer (aus welchen Gründen auch immer) nicht (mehr) bereit, seine Verpflichtungen aus dem Erschließungsvertrag zu erfüllen oder drängt er die Gemeinde zur Rückabwicklung des Vertrags, so ist die Gemeinde grundsätzlich nicht berechtigt, ihn zu Lasten der Beitragspflichtigen aus der ihr gegenüber vertraglich begründeten Verpflichtung zur Übernahme von Erschließungskosten zu entlassen. Tut sie es dennoch, ohne dass dafür ausnahmsweise ein rechtfertigender Grund gegeben ist (z.B. Insolvenz), muss sich die Gemeinde den „aufgegebenen“ (Teil-)Anspruch auf Übernahme der Erschließungskosten als einen Fall „anderweitiger Deckung“ i.S. des § 20 Abs. 2 KAG entgegenhalten lassen, den sie den Beitragspflichtigen dann nicht mehr aufbürden darf.³ Die Möglichkeit der Aufrechnung durch die Gemeinde mit ihrem Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Erschließungsvertrags, gegen den Erstattungsanspruch des Dritten in Höhe des Gemeindeanteils an den Erschließungskosten, stellt dann keine anderweitige Deckung dar, soweit der Erstattungsanspruch des Dritten weder

¹ Nur ein Treuhand-Anderkonto gilt als insolvenzsicher. Letzteres ist nur Angehörigen bestimmter Berufsgruppen vorbehalten und kommt als Sicherungsmittel der Vertragserfüllung eines Erschließungsvertrags nicht in Betracht.

² Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Urt. v. 05.06.1997 – VII ZR 324/95, sollte sich die Gemeinde nicht die Gewährleistungsbürgschaften der vom Erschließungsunternehmer beauftragten und von ihm entlohnten Bauunternehmen weiterreichen (vgl. Birk, Städtebauliche Verträge, 5. Aufl., Rdnr. 323).

³ BVerwG, Urt. 30.01.2013, a.a.O., Urt. v. 09.11.1984 - 8 C 78.83, OVG Lüneburg, Urt. v. 31.01.2011 – 9 LC 132/09.

unbestritten noch rechtskräftig ist oder die Gemeinde die Einrede des nichterfüllten Vertrags (§ 390 BGB) geltend machen kann.¹

Grundsätzlich gilt deshalb, dass eine Gemeinde, welche einen die Erschließungskosten ganz oder teilweise deckenden Anspruch aufgibt oder zu realisieren unterlässt, die sich daraus ergebende Belastung selbst tragen muss. Davon ist nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn der Durchsetzbarkeit des Anspruchs bzw. dem Festhalten an ihm durchgreifende tatsächliche oder rechtliche Hindernisse entgegenstehen. Dies dürfte dann anzunehmen sein, wenn sich aufgrund der bestehenden Rechtsbeziehung der Beteiligten eine Geltendmachung durch die Gemeinde auf Kostentragung durch das Erschließungsunternehmen als treuwidrig oder rechtsmissbräuchlich darstellen würde. Dabei sind nach gefestigter Rechtsprechung an etwaige rechtliche Hindernisse hohe Anforderungen zu stellen (verneint, wenn an den abgerechneten, streitigen Straßenabschnitt Fremdanlieger angrenzen).

5 Leitungsgebundene Erschließungsanlagen

5.1 Anschlussbeiträge für Grundstücke im Erschließungsvertragsgebiet

Die Anschlussbeitragspflicht bleibt mit Blick auf die Gesamteinrichtung der Abwasserbeseitigung bzw. Wasserversorgung und die Einrichtungsträgerschaft der Gemeinde unberührt. Denn der Anschlussbeitrag bestimmt sich seiner Höhe nach nicht nach den Kosten der tatsächlich im Erschließungsvertragsgebiet verlegten leitungsgebundenen Einrichtungen, sondern entsprechend der Globalberechnung anhand der Gesamtkosten der öffentlichen Einrichtung der Abwasserentsorgung und Wasserversorgung und der Flächen aller bebaubaren Grundstücke im Gemeindegebiet.² Dies wurde in § 20 Abs. 4 Satz 2 KAG in dem am 12.12.2020 in Kraft getretenen Gesetz zur Änderung des Kommunalabgabengesetzes (und der Gemeindeordnung) vom 02.12.2020 klargestellt³. Der Abschluss eines Erschließungsvertrags wirkt nicht – wie im Erschließungsbeitragsrecht – als Regimeentscheidung⁴. Dies entspricht auch der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung (vgl. Driehaus/Raden, a.a.O., Rdnr. 56 zu § 6, OVG NRW, Urt. v. 27.06.2017 – 15 A 553/14, GPA-Mitt. 2/2014).

¹ Vgl. VGH, Urt. v. 17.06.1999, a.a.O.

² Gössl/Reif, Kommunalabgabengesetz für BW, Stand Januar 2016, Abschn. 5.7 zu § 23.

³ § 20 Abs. 4 Satz 2 KAG-Novelle: Das Entstehen einer Beitragspflicht für Beiträge nach den Absätzen 1 und 3 bleibt unberührt (vgl. Landtagsdrucksache 16/9087).

⁴ Vgl. Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 12.12.2012 - 9 C 12.11.

Folgerichtig sind im Falle einer Erschließung durch Erschließungsvertrag bei der Ermittlung der Anschlussbeiträge mittels Globalberechnung die Herstellungskosten und Grundstücksflächen des Erschließungsvertragsgebiets zu berücksichtigen (§ 30 Abs. 3 KAG, vgl. Abschn. 5.4). Zur Vermeidung einer nach § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB unangemessenen Doppelbelastung des Erschließungsunternehmers bzw. des Grundstückseigentümers durch die erschließungsvertragliche Übernahme der Herstellungskosten für die leitungsgebundene öffentliche Einrichtung einerseits und die Erhebung von Anschlussbeiträgen andererseits, kann¹ sich die Gemeinde im Erschließungsvertrag an den Kosten der vom Erschließungsunternehmen hergestellten Wasserversorgungs- und Abwasserbeseitigungsanlagen beteiligen. Diese gegenseitigen Ansprüche können miteinander verrechnet werden.²

Für **gemeindeeigene Grundstücke** in Erschließungsvertragsgebieten sind die satzungsgemäßen Beiträge nach §§ 24 i.V.m. 16 KAG intern zu verrechnen.³

Da Anschlussbeiträge eine rechtlich gesicherte Anschlussmöglichkeit voraussetzen⁴, **entsteht die Beitragsschuld** erst mit der Übernahme der vom Erschließungsunternehmer erstellten Leitungen und der für die Leitungsführung genutzten Grundstücke durch die Gemeinde.⁵ Sofern eine Übernahme der Grundstücke nicht in Frage kommt, bedarf die Leitungsführung auf den Fremdgrundstücken einer ausreichenden Sicherung, z.B. durch eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinde.

Eine frühere Entstehung der Beitragsschuld wäre nur möglich, wenn der Gemeinde bereits vor der Übernahme ein Recht zur Nutzung der Leitungen im Rahmen ihrer öffentlichen Einrichtungen eingeräumt ist und die Leitungsrechte an den beanspruchten (Fremd-)Grundstücken im obigen Sinne gesichert sind.

Zur Verrechnung der Anschlussbeiträge mit einer Kostenbeteiligung der Gemeinde s. Abschn. 5.3.

¹ Die „Kann-Formulierung“ entspricht der Entscheidung des OVG NRW, Urt. v. 27.06.2017, a.a.O..In der Regel besteht eine Ermessensreduzierung auf „Null“ (= muss). Gleichwohl bestehen verschiedene vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten, dem Verbot einer Doppelbelastung der Grundstückseigentümer durch Herstellungskosten und Herstellungsbeiträge Rechnung zu tragen. Neben der Anrechnung der Kosten auf die Anschlussbeiträge (ggf. durch Ablösungsvereinbarungen) kommt eine Kostenerstattung nach endgültiger Herstellung und Abnahme der Anlagen in Betracht. Nachteilig ist in diesem Fall, dass die Gemeinde keinen Einfluss auf die Höhe der Werkunternehmervergütung hat.

² Vgl. Vertragsmuster Gemeindetag Baden-Württemberg, BWGZ 7/1994, 200-204; Verrechnung auf vertraglicher Basis funktioniert nur, wenn das Erschließungsunternehmen Beitragsschuldner ist (vgl. § 19 Satzungsmuster). Erforderlichenfalls sind daher Erklärungen des Erschließungsunternehmers in Vertretung und mit Vollmacht der Grundstückseigentümer vorzulegen.

³ Vgl. GPA-Mitt. 04/2020 Abschn. 3.

⁴ VGH, Urt. v. 01.03.1984 - 2 S 195/82.

⁵ Die Widmung der Einrichtungsteile für ihren Zweck bleibt davon unberührt.

5.2 Beitragserhebung durch Dritte

Teilweise wird in Erschließungsverträgen auch vereinbart, dass die **Festsetzung oder Ablösung der Anschlussbeiträge** für die Grundstücke im Erschließungsvertragsgebiet (gegen Honorar) **durch den Erschließungsunternehmer** erfolgt. Dies setzt nach § 2 Abs. 3 Satz 1 KAG eine Satzungsregelung über die Beitragserhebung durch Dritte voraus. Außerdem ist zu beachten, dass der Erschließungsunternehmer bei der Ablösung nicht zugleich als Bevollmächtigter der Gemeinde und als Grundstückseigentümer bzw. Bevollmächtigter anderer Grundstückseigentümer handeln darf (§ 181 BGB). Unabhängig davon sind die gemeindeeigenen Grundstücke im Erschließungsvertragsgebiet von der Beitragserhebung durch den Erschließungsunternehmer auszunehmen, da für diese die Anschlussbeiträge nach §§ 24 i.V.m. 16 KAG lediglich intern zu verrechnen sind.

5.3 Kostenbeteiligung der Gemeinde

Wenn der Erschließungsunternehmer bzw. die Grundstückseigentümer zusätzlich zu den Baukosten für die leitungsgebundenen Erschließungsanlagen die Anschlussbeiträge zu zahlen haben, sollte sich die Gemeinde in Höhe der satzungsgemäßen Kanalbeiträge und des auf das Leitungsnetz entfallenden Teils der Wasserversorgungsbeiträge an den Erschließungskosten beteiligen. Ansonsten wäre die vertragliche Leistung des Erschließungsunternehmens nicht mehr **angemessen** i.S. des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB und würde die Grundstückseigentümer unangemessen – nämlich insoweit doppelt – belasten. Falls in die Kanalbeitragssätze auch Kosten von Sammlern und Regenüberlaufbecken einbezogen worden sind und der Erschließungsunternehmer keine derartigen Anlagen errichtet, kann sich die gemeindliche Kostenbeteiligung auf den auf das Kanalnetz entfallenden Teil der Kanalbeiträge beschränken (vgl. Abschn. 5.1).

Da die Herstellungskosten für die Wasserversorgungs- und Abwasserbeseitigungsanlagen im Erschließungsvertragsgebiet in Ausnahmefällen auch niedriger ausfallen können als die o.g. (Teil-)Beiträge, ist die gemeindliche Kostenbeteiligung im Vertrag zur Vermeidung eines unzulässigen Beitragsverzichts auf die Höhe der tatsächlichen Kosten zu beschränken (vgl. VGH, Ur. v. 28.02.2002 – 2 S 2327/01).

Ist der **Erschließungsunternehmer Eigentümer** der Grundstücke im Erschließungsvertragsgebiet (Erschließungsvertragstyp 2, s. Abschn. 3.2.2) kann die Kostenbeteiligung der Gemeinde mit der Beitragsschuld des Erschließungsunternehmers verrechnet werden.

Im Fall des **grundbesitzlosen Erschließungsunternehmers** (Erschließungsvertragstyp 1, siehe Abschn. 3.2.1 sowie Vertragsmuster Gemeindetag Baden-Württemberg, BWGZ 7/1994, a.a.O.) dürfte eine der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 30.01.2013, - 9 C 11.11) vergleichbare vertragliche Konstruktion über die Ablösungsfiktion des satzungsgemäß ermittelten Kanal- und Wasserversorgungsbeitrags zulässig sein, auch wenn sich diese Entscheidung ausdrücklich nur auf den Erschließungsbeitrag bezieht¹. Gleichwohl entspricht eine solche Vereinbarung nicht den Anforderungen an eine rechtswirksame Ablösung, soweit eine „Ablösungsfiktion“ dahingehend vereinbart wird, wonach diese (im Einzelnen nicht ermittelten) Beitragsforderungen mit den tatsächlichen Herstellungskosten der Anlage zu verrechnen sind und mit Abschluss der Vereinbarung der Wasserversorgungsbeitrag und Kanalbeitrag als insgesamt abgelöst und vollständig abgegolten gelten.

Nicht zulässig ist auch eine vertraglich vereinbarte Ablösungsfiktion, wonach die satzungsgemäßen Wasserversorgungs- und Kanalbeiträge mit der unentgeltlichen Übertragung der vom Erschließungsunternehmer hergestellten Anlagen auf die Gemeinde abgegolten sind bzw. als abgelöst gelten. Da die konkrete Höhe der Anschlussbeiträge für die einzelnen Grundstücke des Erschließungsvertragsgebiets nicht ausgewiesen ist, kann diese Ablösungsfiktion nicht als rechtswirksame Beitragsablösung angesehen werden. Die gemeindliche Kostenbeteiligung zur Wahrung der Angemessenheit der vertraglichen Leistung des Erschließungsunternehmers und zur Vermeidung einer Doppelbelastung der Grundstückseigentümer bleibt davon unberührt.

Das Erfordernis einer gemeindlichen Kostenbeteiligung in Höhe der o.g. (Teil-)Beiträge rechtfertigt aber – unabhängig vom Erschließungsvertragstyp (Abschn. 3.2.) – **keine „Nettoabwicklung“**, bei der einerseits auf die Erhebung der Anschlussbeiträge und andererseits auf eine Kostenbeteiligung verzichtet wird. Eine solche Handhabung verstößt gegen die satzungsrechtlichen Vorgaben (s. Abschn. 5.1) und führt darüber hinaus zu **überhöhten Gebühren**. Wenn nämlich Anlagen im Erschließungsvertragsgebiet vorzeitig ausgewechselt werden müssen, gehen bei der „Nettoabwicklung“ mit den Anlagen auch die Anschlussbeiträge vorzeitig unter, obwohl sie für die Gesamteinrichtung erhoben werden und den Gebührenzahlern während der durchschnittlichen Nutzungsdauer der Gesamteinrichtung gutgebracht werden müssen. Bei der Abwasserbeseitigung würde außerdem der nach § 17 Abs. 3 KAG von den gebührenfähigen Kosten der Abwasserbeseitigungseinrichtung abzusetzende **Straßenentwässerungskostenanteil** zu niedrig ausfallen, weil bei der „Nettoabwicklung“ für die vom Erschließungsunternehmer der Gemeinde übergebenen Kanäle keine kalkulatorischen Kosten angesetzt und der Berechnung des Straßenentwässerungskostenanteils zugrunde gelegt werden.

¹ Z.B.: „Die auf diejenigen Grundstückseigentümer, die mit dem Erschließungsunternehmen eine Kostentragungsvereinbarung abgeschlossen haben, entfallenden Kanal- und Wasserversorgungsbeiträge **gelten mit der Zahlung** an das Erschließungsunternehmen im Verhältnis zwischen der Gemeinde und diesen Grundstückseigentümern als abgelöst.“

Zutreffend ist der Straßenentwässerungskostenanteil für Anlagen im Erschließungsvertragsgebiet aber aus den **nicht** um die Abwasserbeiträge gekürzten kalkulatorischen Kosten (Bruttokosten) zu ermitteln. Die Abwasserbeiträge werden nämlich ausschließlich für die Grundstücksentwässerung erhoben und dürfen daher die Straßenentwässerung nicht entlasten.

Auch der Gemeindetag Baden-Württemberg geht im Muster eines Erschließungsvertrags von einer „Bruttoabwicklung“ aus (Erhebung der satzungsgemäßen Anschlussbeiträge und Gewährung einer Kostenbeteiligung). Dieses Muster bezieht sich zwar nur auf die Fälle, in denen sich die Grundstücke im Erschließungsgebiet im Eigentum des Erschließungsunternehmers befinden (Vertragstypen 2 und 3 s. Abschn. 3.2.2 und 3.2.3). Beim grundbesitzlosen Erschließungsunternehmer (Vertragstyp 1, s. Abschn. 3.2.1) kann aber aus gebühren- und beitragsrechtlicher Sicht nichts anderes gelten ¹.

Beim Vertragstyp 7 (Abschn. 3.3) stellt sich die vorstehend beschriebene Problematik nicht, da die Erschließung nicht durch einen Erschließungsunternehmer, sondern durch die Gemeinde selbst erfolgt.

5.4 Auswirkungen auf die Globalberechnung

In den **Globalberechnungen** für die Wasserversorgungs- und Abwasserbeiträge sind wegen der Sonderregelung in § 30 Abs. 3 KAG beim Erschließungsunternehmer die tatsächlich angefallenen Herstellungskosten der Wasserversorgungs- und Abwasserbeseitigungsanlagen im Erschließungsvertragsgebiet zu berücksichtigen. Insofern ist es unerheblich, ob bzw. in welcher Höhe sich die Gemeinde entsprechend Abschn. 5.3 an den Erschließungskosten beteiligt hat. Die vom Erschließungsunternehmer bzw. von den Grundstückseigentümern letztendlich nach Abzug einer gemeindlichen Kostenbeteiligung getragenen Erschließungskosten sind daher in den Globalberechnungen auch nicht als (fiktive) Ertragszuschüsse zu behandeln.

5.5 Auswirkungen auf die Gebührenkalkulation

§ 14 Abs. 3 KAG enthält dagegen keine dem § 30 Abs. 3 KAG entsprechende Sonderregelung. Daher können den kalkulatorischen Abschreibungen und Zinsen in den **Gebührenkalkulationen** für die Wasserversorgungs- und Abwassergebühren nur die der Gemeinde tatsächlich entstandenen Anschaffungs- und Herstellungskosten für die Wasserversorgungs- und Abwasserbeseitigungsanlagen im Erschließungsvertragsgebiet zugrunde gelegt werden.

¹ Vgl. Vertragsmuster Gemeindetag Baden-Württemberg, BWGZ 7/1994, a.a.O., Verrechnung auf vertraglicher Basis funktioniert nur, wenn das Erschließungsunternehmen Beitragsschuldner ist (vgl. § 19 Satzungsmuster). Erforderlichenfalls sind daher Erklärungen des Erschließungsunternehmers in Vertretung und mit Vollmacht der Grundstückseigentümer erforderlich.

Anschaffungs- und Herstellungskosten sind den Gemeinden in Höhe ihrer Kostenbeteiligungen entstanden (s. Abschn. 5.3).

Die festgesetzten oder abgelösten Anschlussbeiträge für die Grundstücke des Erschließungsunternehmers bzw. dritter Eigentümer und die nach §§ 24 i.V.m. 16 KAG intern verrechneten Anschlussbeiträge sind als Abzugskapital gebührenmindernd zu berücksichtigen. Die Gebührenzahler werden durch die Übernahme der Anlagen im Erschließungsvertragsgebiet daher effektiv nicht belastet.

Beim sog. unechten Erschließungsvertrag (Abschn. 3.3) bestehen hinsichtlich der Gebührenfähigkeit der Kosten für die im betreffenden Baugebiet erstellten Wasserversorgungs- und Abwasserbeseitigungsanlagen keine Besonderheiten gegenüber der gemeindeeigenen Erschließung, da die Erschließung nicht durch einen Erschließungsunternehmer, sondern dem Grunde nach ebenfalls durch die Gemeinde selbst erfolgt. Daher sind die kalkulatorischen Kosten nach § 14 Abs. 3 KAG auf der Grundlage der tatsächlichen Anschaffungs- und Herstellungskosten zu ermitteln. Es ist allerdings zu beachten, dass die kalkulatorischen Kosten ab der Inbetriebnahme der Einrichtung zu berücksichtigen sind. Falls bis dahin noch keine Schlussabrechnung vorliegen sollte, wären die kalkulatorischen Kosten auf der Grundlage geschätzter Anschaffungs- und Herstellungskosten zu ermitteln. Ergeben sich in diesem Fall später abweichende Anschaffungs- oder Herstellungskosten, ist bei der Ermittlung der gebührenrechtlichen Ergebnisse nach § 14 Abs. 2 Satz 2 KAG eine entsprechende Korrektur vorzunehmen. Die eingegangenen bzw. intern verrechneten Anschlussbeiträge sind gem. § 14 Abs. 3 KAG als Ertragszuschüsse zu berücksichtigen.