

Besonderer Teil

A. Erschließungsvertrag, § 124

I. Rechtslage

1. Entwicklungsstand vor 2013

a) Ausgangslage nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. 08. 1991

Die Bedeutung des Erschließungsvertrags hat sich in den letzten Jahren nochmals deutlich gewandelt. Hatte er noch vor Jahren seine Bedeutung vor allem dort, wo rasch Bauland oder viel Bauland erschlossen werden sollte, steht nunmehr die finanzielle Entlastung der jeweiligen Stadt oder Gemeinde verbunden mit organisatorischen Entlastungen beim Bau der Anlagen und dem verwaltungsmäßigen Aufwand der Beitragserhebung im Vordergrund. Sind die Gemeinden finanziell und manches Mal personell überfordert, stellt die mit dem Erschließungsvertrag mögliche „Privatisierung“ der Erschließungsdurchführung, der Finanzierung und Abrechnung eine Möglichkeit der zulässigen Aufgabenverlagerung dar. Der Erschließungsvertrag war durch die Entscheidung des BVerwG vom 23. 08. 1991²⁸¹ ins Gerede gekommen, weil das Gericht die in der Literatur bestehende Diskussion dahingehend entschieden hatte, dass nicht alle Kosten der Erschließung²⁸², sondern nur die beitragsfähigen auch vertragsfähig, also an den gemeindlichen Vertragspartner „übertragbar“ waren. Diese Rechtsprechung hatte die Einsatzmöglichkeiten des Erschließungsvertrags so dramatisch eingeschränkt, dass er keine praktische Bedeutung mehr entfalten konnte. Die in § 124 durch das Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz²⁸³ zum 01. 05. 1993 vorgenommene Erweiterung der Regelungsmöglichkeiten war vor allem deshalb zu begrüßen, weil die Erschließung dadurch rechtssicher als „technischer Gesamtvorgang“ behandelt und einer einvernehmlichen Regelung zugeführt werden konnte. Dies war und ist deshalb umso wichtiger, weil damit für alle Baugebiete ein Realisierungsinstrument zur Verfügung steht, das den Beteiligten Freiheiten in der Kostenverteilung (insbesondere der gleichmäßigen Gesamtverteilung auf alle erschlossenen Grundstücke im Erschließungsvertragsgebiet) lässt, wozu die nachträgliche Beitragsabrechnung nach dem Stand der Rechtsprechung des BVerwG²⁸⁴

107

281 BVerwG (23. 08. 1991) 8 C 61.90, VBIBW 1992, 174 ff. = NJW 1992, 1642 ff.

282 So z. B. *Birk*, VBIBW 1984, 97 ff.

283 Vom 23. 04. 1993, BGBl. I S. 466.

284 BVerwG (23. 08. 1991) 8 C 61.90.

und der andere Gerichte bis heute nicht in der Lage ist. Der Erschließungsvertrag umgeht zudem die formellen und materiellen Risiken der Ablösung.

108

Das BauGB 98 hat § 124 unverändert i. d. F. des Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetzes vom 23. 04. 1993 bestehen lassen. Den Regelungen des Erschließungsvertrags wird kritisch entgegengehalten, dass die Grundstückseigentümer mehr Kosten treffen als im Fall der Beitragsabrechnung.²⁸⁵ Das scheint nur auf den ersten Blick richtig zu sein, weil § 124 die Gesamtübernahme der (auch nicht beitragsfähigen) Kosten unter Einschluss des 10%-igen²⁸⁶ Gemeindeanteils nach § 129 Abs. 1 Satz 3 ermöglicht. Bei näherem Hinsehen erweist sich dieses Argument allerdings als nicht verallgemeinerungsfähig: Genau das Gegenteil kann nämlich auch der Fall sein! Zum einen kann die Erschließung durch einen Erschließungsvertrag „heute“ tatsächlich billiger als durch die Gemeinde „morgen“ sein. Kostensteigerungen im Tiefbaubereich und kostengünstigeres Bauen durch die öffentliche Hand können zu erheblichen Preisunterschieden führen. Hinzu kommt für den bauwilligen Grundstückseigentümer (das gilt für Wohnungs- wie für Gewerbebau), dass die Erschließung nur einen Teil der Baukosten ausmacht. Kann die Gemeinde aus Gründen ihrer eigenen finanziellen Situation nicht heute, sondern erst in einigen Jahren die Erschließungsanlage bauen – wobei niemand heute sagen kann, wann das aufgrund der Haushaltslage sein wird –, können sich (regelmäßig) eben auch die sonstigen Baukosten (z. B. Hochbau) verteuert haben.

Zum anderen: Die Beitragsabrechnung nach den Vorschriften der §§ 127 ff.²⁸⁷, im Regelfall auf der Basis der Einzelanlage, kann zu niedrigeren, aber auch zu erheblich höheren Kosten für das Einzelgrundstück führen als die in aller Regel im Erschließungsvertrag vorgesehene Kostenverteilung auf alle Grundstücke im gesamten Erschließungsvertragsgebiet.

Die Praxis zeigt zudem, dass dem Grundstückseigentümer heute sicher prognostizierbare (vielleicht höhere) Erschließungskosten lieber sind als ein in unbestimmter Zukunft (vielleicht niedrigerer) entstehender Beitrag.

Die heute noch anhaltende Diskussion über die Zulässigkeit von Folgekostenverträgen nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 3 ist ohne Einordnung des § 124 und des § 11 in der Fassung des BauGB 1993²⁸⁸ nicht verständlich; die Änderung der Rechtslage durch das BauGB 2013²⁸⁹ kann ohne diesen Rückgriff auf die vorherige Rechtslage nicht nachvollziehbar erläutert werden.

285 Z. B. *Weyreuther*, UPR 1994, 121 ff., insbesondere auf S. 124 als „Gefahr“ bezeichnet.

286 In B.-W. 5 %, § 23 Abs. 1 KAG BW.

287 In B.-W. § 33 ff. KAG BW; in Bayern Art. 5a KAG.

288 Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz vom 23. 04. 1993 BGBl. I Seite 466.

289 Vom 23. 04. 1993, BGBl. I, S. 466.

b) Rechtsfragen zum Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz 1993

Unter der Rechtslage, wonach Gemeinden selbst und auch die von ihnen beherrschten Gesellschaften nicht „Dritte“ im Sinne des § 124 Abs. 1 a. F. sein konnten, war die Frage aufgetreten, ob sich aus § 11 und den dort geregelten Vertragsformen etwas anderes ergeben kann oder – anders ausgedrückt – ob § 124 a. F. einerseits und § 11 andererseits frei austauschbare Vertragsformen in Bezug auf Erschließungsmaßnahmen sind.²⁹⁰

109

aa) Städtebaulicher Vertrag nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 HS 1 a. F. für Erschließungsmaßnahmen?

§ 11 Abs. 1 Satz 1 a. F. erlaubte der Gemeinde, städtebauliche Verträge zu schließen. Aus § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 HS 1 a. F. ergibt sich, dass Gegenstand eines städtebaulichen Vertrags die „Durchführung städtebaulicher Maßnahmen durch den Vertragspartner auf eigene Kosten“ sein kann. Es kann an sich keinem Zweifel unterliegen, dass der Bau von Erschließungsanlagen eine städtebauliche Maßnahme im Sinne dieses (in § 11 bewusst weit gefassten) Begriffs ist.

Die Anwendbarkeit des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 hat § 124 a. F. allerdings als *leges speciales* ausgeschlossen.²⁹¹ § 124 a. F. hat abschließend geregelt unter welchen Voraussetzungen Verträge über die Herstellung von „Erschließungsanlagen in einem bestimmten Erschließungsgebiet“ abgeschlossen werden können.

Für Verträge über Erschließungsanlagen vermittelte § 11 in der vor 2013 geltenden Fassung nur eine Rechtsgrundlage, wenn diese außerhalb eines bestimmten Erschließungsgebietes lagen, damit nicht von der speziellen Regelung des § 124 erfasst wurden. Die §§ 124 und 11 in der Fassung vor 2013 standen für Verträge über Erschließungsmaßnahmen nicht gleichrangig, gleichsam als Auswahlangebot nebeneinander²⁹²; § 11 konnte nur dort eingesetzt werden, wo § 124 keine Anwendung fand.

Das ergibt sich auch aus der gesetzlichen Entwicklung. Bis zum Inkrafttreten des „Investitionserleichterungs- und Wohnbaugesetz“ 1993²⁹³ lautete die Überschrift des § 124 „Erschließungsvertrag, Städtebaulicher Vertrag“ und regelte in Abs. 1 den Erschließungsvertrag und in Abs. 2 „andere Verträge.“²⁹⁴

290 So wohl EZBK/Krautzberger, § 11 Rdnr. 160; Walter, S. 55.

291 *leges speciales* auch im Sinne des § 11 Abs. 4; Driehaus § 6 Nr. 2, wie hier wohl auch SBS/Siegel, § 54 Rdnr. 143; BVerwG (01. 12. 2010), 9 C 8.09 VBIBW 2011, 345; a. A. Burmeister, Rdnr. 166.

292 Dies ist heute anders, vgl. nachstehend Rdnr. 116 ff.

293 Gesetz vom 22. 04. 1993, BGBl. I Seite 466.

294 Wortlaut des § 124 vor 1993: (1) Die Gemeinde kann die Erschließung durch Vertrag auf einen Dritten übertragen. (2) Die Zulässigkeit anderer Verträge, insbesondere zur Durchsetzung von städtebaulichen Planungen und Maßnahmen bleibt unberührt. Dieser § 124 Abs. 1 entsprach § 123 Abs. 3 BBauG in der seit 1960 geltenden Fassung.

Das Gesetz von 1993 beließ es bei Abs. 1 des § 124 schuf in den Abs. 2–4 konkrete Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Erschließungsverträge²⁹⁵, vorrangig als Reaktion auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes.²⁹⁶

Regelungen zum Städtebaulichen Vertrag verhalten sich ab April 1993 in § 6 BauGB-Maßnahmengesetz.²⁹⁷ Diese Regelungen über den Städtebaulichen Vertrag wurden dann 1998 in das BauROG übernommen²⁹⁸, am Text des § 124 hatte sich durch dieses Gesetz nicht geändert.²⁹⁹

Aus dieser Gesetzeshistorie wird deutlich, dass der Erschließungsvertrag eine eigenständige Regelung trotz deutlicher Entwicklung der (sonstigen)

295 § 124 Erschließungsvertrag

- (1) Die Gemeinde kann die Erschließung durch Vertrag auf einen Dritten übertragen.
- (2) Gegenstand des Erschließungsvertrages können nach Bundes- oder nach Landesrecht beitragsfähige sowie nicht beitragsfähige Erschließungsanlagen in einem bestimmten Erschließungsgebiet in der Gemeinde sein. Der Dritte kann sich gegenüber der Gemeinde verpflichten, die Erschließungskosten ganz oder teilweise zu tragen; dies gilt unabhängig davon, ob die Erschließungsanlagen nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähig sind. § 129 Abs. 1 Satz 3 ist nicht anzuwenden.
- (3) Die vertraglich vereinbarten Leistungen müssen den gesamten Umständen nach angemessen sein und in sachlichem Zusammenhang mit der Erschließung stehen. Hat die Gemeinde einen Bebauungsplan im Sinne des § 30 Abs. 1 erlassen und lehnt das zumutbare Angebot eines Dritten ab, die im Bebauungsplan vorgesehene Erschließung vorzunehmen, ist sie verpflichtet, die Erschließung selbst durchzuführen.
- (4) Der Erschließungsvertrag bedarf der Schriftform, soweit nicht durch Rechtsvorschriften eine andere Form vorgeschrieben ist.

296 BVerwG [23. 08. 1991] 8 C 61.90, VB1BW 1992, 174 ff = NJW 1992, 642 ff.

297 Gesetz vom 28. 04. 1993, BGBl. I 622.

298 Neubekanntmachung des BauGB vom 16. 01. 1998 BGBl. I 137; der Text des § 11 lautete: Die Gemeinde kann städtebauliche Verträge schließen. Gegenstand eines städtebaulichen Vertrages können insbesondere sein:

1. die Vorbereitung oder Durchführung städtebaulicher Maßnahmen durch den Vertragspartner auf eigene Kosten; dazu gehören auch die Neuordnung der Grundstücksverhältnisse, die Bodensanierung und sonstige vorbereitende Maßnahmen sowie die Ausarbeitung der städtebaulichen Planungen; die Verantwortung der Gemeinde für das städtebaulich vorgesehene Planaufstellungsverfahren bleibt unberührt;
 2. die Förderung und Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele, insbesondere die Grundstücksnutzung, die Durchführung des Ausgleichs im Sinne des § 1a Abs. 3, die Deckung des Wohnbedarfs von Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumversorgungsproblemen sowie des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung;
 3. die Übernahme von Kosten oder sonstigen Aufwendungen, die der Gemeinde für städtebauliche Maßnahmen entstehen oder entstanden sind und die Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens sind; dazu gehört auch die Bereitstellung von Grundstücken.
- (2) Die vereinbarten Leistungen müssen den gesamten Umständen nach angemessen sein. Die Vereinbarung einer vom Vertragspartner zu erbringenden Leistung ist unzulässig, wenn er auch ohne sie einen Anspruch auf Gegenleistung hätte.
- (3) Ein städtebaulicher Vertrag bedarf der Schriftform, soweit nicht durch Rechtsvorschriften eine andere Form vorgeschrieben ist.
- (4) Die Zulässigkeit anderer städtebaulicher Verträge bleibt unberührt.

299 Zur Historie dieser Entwicklung: Krautzberger, Entwicklungstrends der letzten 25 Jahre im Städtebaurecht, in: Schnittmengen zwischen Planung und Planverwirklichung im Städtebau, Festschrift Birk 2013, 3 ff.

städtebaulichen Verträge blieb. Dies bestätigt die obige Feststellung, dass Verträge über Erschließungsmaßnahmen auf der Basis der geschilderten Rechtslage ausschließlich in dem sich aus § 124 ergebenden Umfang zulässig waren. § 124 gab die Rechtsgrundlage für den Erschließungsvertrag, den die Gemeinde mit einem Dritten abschließen konnte. Sonstige Vertragsformen über Erschließungsanlagen außerhalb des Abgabenrechtes³⁰⁰ waren damit ausgeschlossen. Auch der ursprüngliche § 124 Abs. 2³⁰¹ regelte ausdrücklich Verträge für Maßnahmen außerhalb der Erschließung.

**bb) Städtebaulicher Vertrag nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 als
Folgelastenvertrag für Erschließungsmaßnahmen?**

Die Geltung des § 124 a. F. hat entgegen anderer, verbreiteter Ansicht auch den Abschluss eines Folgelastenvertrages zwischen der Gemeinde und dem Eigentümer eines erschlossenen Grundstücks in der Form ausgeschlossen, dass die Gemeinde die Erschließungsanlage bauen ließ und den Werklohn bezahlte, um dann vertraglich (vor oder nach der Herstellung der Anlage) die Kosten an die Grundstückseigentümer weiterzugeben. Auch dieser Anschluss leitet sich aus *leges speciales* Position des § 124 a. F. ab.³⁰² Diese Vorschrift regelte abschließend die vertraglichen Möglichkeiten zur Errichtung und Refinanzierung der Erschließungsanlagen. Für die Anwendung des § 11 BauGB war kein Raum.³⁰³

110

Aus dem Vorstehenden folgte für die frühere Rechtslage:

- Folgelastenverträge über Erschließungsmaßnahmen vor 2013 sind **nichtig**, sobald die Beitragspflicht entsteht oder wenn diese schon entstanden ist.³⁰⁴
- Folgelastenverträge über Erschließungsmaßnahmen sind **zulässig** und rechtswirksam, wenn die sachliche Beitragspflicht für eine bestimmte Erschließungsmaßnahme nicht entstehen kann. Diese Fälle sind in der Praxis nicht selten und können dann über einen Folgelastenvertrag vernünftig und rechtlich zweifelsfrei gelöst werden:
 - Verzichtet die Gemeinde z. B. auf Dauer auf eine „Sondersatzung“ für eine Lärmschutzmaßnahme, können deren Kosten über eine Folgelastenvereinbarung nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 weitergegeben werden.

300 Ablösung § 133 Abs. 3 Satz 5.

301 Vgl. drei Fußnoten zurück.

302 BVerwG (01. 12. 2010) 9 C 6/10 und BVerwG (12. 12. 2012) 9 C 12.11 für beitragsfähige Anlagen, die die Gemeinde auf eigene Kosten baut, die außerhalb des Erschließungsgebiets liegen und deren Kosten (anteilig) dann durch Vertrag weitergegeben werden; auch ein solcher Vertrag ist mangels Rechtsgrundlage nichtig.

303 Die 5. Auflage kommt mit anderer Argumentation zum selben Ergebnis, vgl. dort Rdnr. 107 ff.

304 Ebenso: *BCS*, S. 236 ab Beginn der Erschließungsarbeiten, *Krautzberger*, in: *EZBK*, § 11 Rdnr. 160; *Döring*, *NVwZ* 1994, 853; *Dieterich*, Rdnr. 497.

- Hat die Gemeinde mit Erschließungsarbeiten begonnen und schließt sie danach mit einem Dritten einen Erschließungsvertrag ab, kann sie die Kosten für die begonnene Erschließungsanlage über einen Folgekostenvertrag an den Vertragspartner (Dritter) des Erschließungsvertrags weitergeben.³⁰⁵
- Es bestehen auch keine Bedenken, wenn die Gemeinde versucht, die Kosten nicht abrechenbarer Erschließungsanlagen (z. B. Sammelstraße, Wohnwege, Brücken, Tunnel) über einen Folgekostenvertrag weiterzugeben.³⁰⁶
- Baut der Erschließungsunternehmer im Vertragsgebiet leitungsgebundene Anlagen, und hat die Gemeinde laut Beitragskalkulation wegen der außerhalb des Gebiets liegenden Anlageteile darüber hinausgehende Kosten, bestehen keine Bedenken, diese durch Vertrag an den Erschließungsunternehmer weiterzugeben.³⁰⁷

2. Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts 2013³⁰⁸

a) Gesetzesinhalt

- 111 Das BVerwG hat in seiner Entscheidung vom 01. 12. 2010³⁰⁹ u. a.³¹⁰ verdeutlicht, dass eine kommunale Eigengesellschaft nicht Dritter im Sinne des § 124 Abs. 1 Satz 1 sein kann.³¹¹ Diese Entscheidung und die Frage der Zulässigkeit von Folgekostenverträgen über Erschließungsmaßnahmen zwischen Gemeinde und dem Eigentümer eines erschlossenen Grundstückes haben den Gesetzgeber veranlasst, § 124 hinsichtlich seiner erschließungsvertraglichen Regelungen aufzuheben.³¹² Stattdessen werden die erschließungsvertraglichen Regelungen in § 11 aufgenommen, indem in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 die Worte „die Erschließung durch nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähige sowie nicht beitragsfähige Erschließungsanlagen“ eingefügt werden. An § 11 Abs. 2

305 A.A: *Burmeister* Rdnr. 199.

306 OVG Schleswig (13. 01. 2011) 2 LB 17/10.

307 So BVerwG (10. 8. 2011) 9 C 6 10; vgl. dazu ausführlich Rdnr. 379 ff. und *Birk*, KommJur 2012, 6 ff.

308 Vom 11. 06. 2013 (BGBl. I, S. 1548).

309 BVerwG (01. 12. 2010) 9 C 8.09.

310 Zusätzlich wurden Kriterien für die Übertragung der Erschließung aufgestellt, die erfüllt sein müssen, um von einem Erschließungsvertrag und nicht von einem Werkvertrag auszugehen zu können, vgl. Rdnr. 302.

311 Vgl. Rdnr. 159 und 180.

312 Er besteht jetzt nur noch aus dem bisherigen § 124 Abs. 3 Satz 2: *Hat die Gemeinde einen Bebauungsplan im Sinne des § 30 Abs. 1 erlassen und lehnt sie das zumutbare Angebot eines Dritten ab, die im Bebauungsplan vorgesehene Erschließung vorzunehmen, ist sie verpflichtet, die Erschließung selbst durchzuführen.*

ist ein Satz 3 angehängt worden: „Trägt oder übernimmt der Vertragspartner Kosten oder sonstige Aufwendungen, ist unbeschadet des Satzes 1 eine Eigenbeteiligung der Gemeinde nicht erforderlich.“

Aufgrund der Beschlussempfehlung des BT-Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (15. Ausschuss)³¹³ wurde in § 11 Abs. 1 noch folgender Satz 3 aufgenommen: „Die Gemeinde kann städtebauliche Verträge auch mit einer juristischen Person abschließen, an der sie beteiligt ist.“³¹⁴

b) Erschließungsvertrag in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1

Die „Auflösung“ des § 124 wird in der Begründung des Regierungsentwurfs **112** verdeutlicht:³¹⁵

„Durch die vorgeschlagene Ergänzung des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 soll ausdrücklich geregelt werden, dass zu den **städtebaulichen Maßnahmen**, über deren Vorbereitung und Durchführung städtebauliche Verträge geschlossen werden können, auch die **Erschließung** durch nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähige oder nicht beitragsfähige Erschließungsanlagen gehört. Möglich ist auch der Abschluss entsprechender Verträge mit ganz oder teilweise von der Gemeinde beherrschten Unternehmen, sogenannten Eigengesellschaften. Für den Abschluss entsprechender Verträge über die Übertragung der Erschließung gelten die allgemeinen Regeln. Im Gegenzug entfällt die bisherige Regelung in § 124 (...). In der vorgeschlagenen Änderung in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 wird zugleich klargestellt, dass auch **Folgekostenverträge (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3) über die Erschließung** geschlossen werden können, da der Begriff der städtebaulichen Maßnahmen in beiden Regelungen im gleichen Sinne zu verstehen ist.“³¹⁶

c) Kommunale Eigengesellschaft als Erschließungsunternehmer

Zu der Ergänzung in § 11 Abs. 2 (neuer Satz 3)³¹⁷ wird folgende Begründung **113** geliefert:

„Durch den vorgeschlagenen Satz 3 soll ausdrücklich geregelt werden, dass eine Eigenbeteiligung der Gemeinde nicht erforderlich ist, wenn der Vertragspartner Kosten oder sonstige Aufwendungen trägt oder übernimmt (vgl. den bisherigen § 124 Abs. 2 Satz 3). Dabei ist das Angemessenheitsgebot des Satzes 1 zu beachten. Danach müssen die vereinbarten Leistungen „den gesamten Umständen nach“ angemessen sein. Dies bedeutet nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, dass die vereinbarten Leistungen im Verhältnis zum Vertragszweck und im Verhältnis untereinander ausgewogen sein müssen, wobei eine wirtschaftliche Betrachtungsweise des Gesamtvorgangs geboten ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 10. 08. 2011–9 C 6.10).“

313 BT-Drs. 17/13272 vom 24. 04. 2013.

314 Vgl. zu dieser Regelung Rdnr. 180.

315 Vgl. BT-Drs. 17/11468 vom 14. 11. 2012: „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts zu Nr. 9 (§ 11).“

316 Hervorhebungen vom Autor.

317 Vgl. oben Rdnr. 111.

Der neue Satz 3 des § 11 Abs. 1 wird in der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vom 24. 04. 2013 wie folgt begründet:³¹⁸

„Um etwaigen Auslegungszweifeln vorzubeugen, soll im Zusammenhang mit der Neuregelung des Erschließungsvertrages in einem neuen § 11 Abs. 1 Satz 3 BauGB ausdrücklich geregelt werden, dass städtebauliche Verträge auch mit Eigengesellschaften abgeschlossen werden können.“

Es wird zu prüfen sein, wie mit dieser Gesetzesänderung die mit der kommunalen Eigengesellschaft als Erschließungsträger zusammenhängenden Fragen geklärt werden konnten.³¹⁹

- 114 Von besonderer Bedeutung ist, dass das Gesetz **keine Übergangsregelung** kennt, § 242 Abs. 8 passt allein die bisherige Übergangsregelung an. Vor dem Inkrafttreten des „Gesetzes zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts“ abgeschlossene Erschließungsverträge sind weiterhin dem Rechtsrahmen des § 124 unterworfen. Es wird zu überprüfen sein, ob und unter welchen Voraussetzungen diese Verträge auf das neue Recht umgestellt werden können.³²⁰

3. Refinanzierungsinstrumente

Aus dieser Gesetzesbegründung³²¹ lassen sich unterschiedliche Refinanzierungsinstrumente ableiten.

a) Ausgangspunkt

- 115 Das BauGB setzt für die Bebauung eines Grundstücks neben der Erfüllung bestimmter planungsrechtlicher Voraussetzungen jeweils auch die Sicherung der Erschließung voraus.³²² Diese baulich-technische Erschließung, zu der auf jeden Fall die straßenmäßige und leitungsgebundene Erschließung (Wasser, Abwasser) gehört, ist nach § 123 Abs. 1 Aufgabe der Gemeinde (**Erschließungslast**), soweit nicht andere dafür ausdrücklich zuständig sind. Es handelt sich um einen **planungsrechtlichen**, technisch angereicherten **Erschließungsbegriff**.

318 BT-Drs. 17/13272.

319 Vgl. Rdnr. 184 ff.

320 Vgl. Rdnr. 186.

321 Rdnr. 113.

322 „Sicherung der Erschließung“ im Sinne der §§ 30 bis 35.

Weder im Zusammenhang mit der Sicherung der Erschließung in den §§ 30 bis 35 noch bei der Aufgabenübertragung auf die Gemeinde in § 123 Abs. 1 ist davon die Rede, wer die Kosten der zur Erschließung erforderlichen Maßnahmen, sei es für Straße, Wasser oder Abwasser abschließend zu tragen hat. Diese Fragestellung hat mit dem planungsrechtlichen Erschließungsbegriff nichts zu tun und ist deshalb streng getrennt hiervon zu sehen und abzuhandeln.

b) Problemstellung

Das Bundesrecht der §§ 123 bis 126 regelt die Zuständigkeit der technischen Realisierung der Erschließungsanlagen. In Verbindung mit § 11 können die Erschließungsanlagen durch die Gemeinde selbst oder in einem Werkvertrag mit einem Bauunternehmen oder durch vertragliche Übertragung auf einen Erschließungsunternehmer hergestellt werden. Diese Regelungskompetenz des Bundes ist unbestritten.

116

Vor der Behandlung der Frage der Regelungskompetenz des Bundes zur vertraglichen Refinanzierung und deren Abgrenzung zum Beitragsrecht ist zu klären, ob § 11 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 3 mit dem Instrument des Folgekostenvertrages auch auf Erschließungsanlagen anwendbar ist. Diese Frage ist zu bejahen. § 11 erlaubt Verträge über die Erschließung nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 ebenso wie nach Ziff. 3 die Übernahme von Kosten oder sonstigen Aufwendungen, „*die der Gemeinde entstehen oder entstanden sind und die Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens sind*“. Die Regelung grenzt den Begriff der Aufwendungen nicht dahingehend ein, dass dies keine Erschließungsanlagen im Sinne des § 123 sein können. Losgelöst von der Gesetzeskompetenz des Bundes zur vertraglichen Refinanzierung von Erschließungsmaßnahmen – vgl. dazu nachstehend – ist festzuhalten, dass die §§ 11 und 127 ff. drei Refinanzierungsinstrumente für die erforderlichen Kosten der Erschließung aufweisen:

- **Erschließungsvertrag:** Hier baut aufgrund eines Vertrages mit der Gemeinde eine andere natürliche oder juristische Person (Erschließungsunternehmer) auf eigene Rechnung und auf eigene Kosten die Erschließungsanlage und überträgt diese auf die Gemeinde³²³; Rechtsgrundlage ist § 11 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1. Die Refinanzierung ist Sache des Erschließungsunternehmers.
- **Folgekostenvertrag:** Hier baut die Gemeinde die Erschließungsanlagen selbst und gibt die Kosten durch einen Vertrag an die Eigentümer erschlossener Grundstücke weiter; Rechtsgrundlage ist § 11 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 3.

323 Vgl. dazu 131 ff.

- **Beiträge (Ablösung):** Hier baut die Gemeinde selbst und gibt die Kosten durch Erschließungs- oder Anschlussbeiträge oder durch Ablösung dieser Beiträge (abgabenrechtlicher Vertrag) weiter. Rechtsgrundlage sind die §§ 127 ff. oder entsprechende landesrechtliche Regelungen.

117 Die Gesetzgebungskompetenz für das Erschließungsbeitragsrecht ist durch Grundgesetzänderung³²⁴ auf die Länder übergegangen. Sie können damit durch Landesrecht bestimmen, für welche Erschließungsanlagen unter welchen allgemeinen und konkreten Voraussetzungen Beiträge entstehen und erhoben werden können. Gemäß Art. 125a Abs. 1 GG gelten die §§ 127 bis 135 so lange als Bundesrecht fort (Satz 1), bis sie durch Landesrecht ersetzt werden (Satz 2).³²⁵

Mit dem Blick auf die drei Refinanzierungssysteme hat die Gemeinde ein **Auswahlmessen**. Sie steht dem Eigentümer des zu erschließenden Grundstückes entweder als Partner des Vertrages nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 oder Ziff. 3 in den Grenzen des Abs. 2 Satz 1, oder als Abgabengläubiger nach §§ 127 bis 135 ff. gegenüber. Mit dem Blick auf die drei Instrumente stellt sich die Frage, ob eines das andere vom Grundsatz her ausschließt. In einem ersten Schritt ist festzustellen, dass sich alle Regelungen im BauGB gleichberechtigt gegenüber³²⁶ stehen; ein Vorrang einer dieser Regelungen vor einer anderen ist nicht erkennbar und im BauGB auch nicht angelegt³²⁷. Dies gilt ausdrücklich auch für den Folgekostenvertrag des § 11 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 3. Das früher angenommene „Kongruenzgebot“ von Beitrags-erhebung und Folgekostenvertrag besteht nach der jetzt geltenden Regelung nicht mehr; es kann dahingestellt bleiben, ob sie beim § 124 a. F. zu Recht angenommen wurde³²⁸. Ebenso wenig lässt sich aus den beiden Regelungen ein Formwahlverbot³²⁹ ableiten, das einem Vertragsschluss nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 3 über Erschließungskosten beitragsfähiger Anlagen entgegen stehen könnte. Schließlich ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber dieses Wahlrecht zwischen unterschiedlichen Refinanzierungsarten (Erschließungsvertrag, Folgekostenvertrag, Beitrags-erhebung) ausdrücklich woll-

324 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27. 10. 1994, BGBl. I 3146.

325 Zu den Länderregelungen zum Erschließungsvertrag vgl. 127 ff.

326 *KK/Bank*, aaO, § 11 Rn. 47.9; *JD/Dirnberger*, § 11 Rn. 77.

327 Wie hier *EZBK/Grizwotz*, aaO, § 11 Rn. 314; *KK/Bank*, aaO, § 11 Rn. 49a; *BKL/Reidt*, aaO, § 11 Rn. 20; *JD/Dirnberger*, § 11 Rdnr. 38; *BeckOK/Hoffmann*, Spannowsky/Uechtritz, § 11 Rdnr. 28; A.A. *Schrödter/Kukk* § 11 Rdnr. 47, der mit endgültiger Herstellung einer Erschließungsanlage den Vorrang des Beitragsrechtes auch für den Fall postuliert, dass der Vertrag zuvor abgeschlossen wurde; so auch die Voraufgabe Rdnr. 254.

328 BVerwG (01. 12. 2010), – 9 C 8/09; BVerwG (10. 08. 2011) 9 C 6/10, BVerwG (12. 12. 2012) 9 C 12/11.

329 *SBS/Siegel*, § 54 Rn. 20.