



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 9 C 6.10
OVG 2 LB 67/08

Verkündet
am 10. August 2011
Renner
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 9. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 10. August 2011
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Storost,
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Nolte und Domgörgen,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Buchberger und
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Korbmacher

für Recht erkannt:

Das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts vom 15. Mai 2009 wird aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt der Schlussscheidung vorbehalten.

G r ü n d e :

I

- 1 Die klagende Stadt macht gegen den beklagten Unternehmer einen Zahlungsanspruch aus einem Erschließungsvertrag (EV) geltend.
- 2 In dem 1997 geschlossenen Vertrag übertrug die Klägerin dem Beklagten die Erschließung in einem näher bezeichneten Bebauungsplan festgesetzter Bauflächen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 EV). Die Erschließung umfasste die Herstellung zweier Straßen im Plangebiet sowie der Straßenbeleuchtungs- und Entwässerungsanlagen. Zu Letzteren gehörten die Schmutzwasser- und Regenwasserleitungen einschließlich der zugehörigen Grundstücksanschlussleitungen (§ 1 Abs. 2 Buchst. c EV). Der Beklagte verpflichtete sich, alle Leistungen auf eigene Kosten und Rechnung zu erbringen; die Klägerin beteiligte sich weder mit

dem zehnprozentigen Gemeindeanteil gemäß § 129 Abs. 1 des Baugesetzbuchs (BauGB) noch an dem nicht beitragsfähigen Aufwand. Ferner sollte der Beklagte die Klägerin von Kostenanteilen freihalten, die bei öffentlich-rechtlicher Veranlagung von sog. Drittanliegern (Fremdanliegern) zu tragen wären, d.h. von Eigentümern solcher Grundstücke, die nicht dem Erschließungsträger oder der Stadt gehörten (§ 1 Abs. 5 Satz 1 bis 3, § 3 Abs. 19 EV). Eine Kostenbeteiligung dieser Dritten könne der Beklagte durch privatrechtliche Vereinbarungen mit diesen erlangen. Der Beklagte verpflichtete sich, die Verkehrsflächen, die Schmutz- und Regenwasserleitungen und Beleuchtungsanlagen unentgeltlich der Stadt zu übereignen (§ 8 EV). Mit der Erfüllung des Vertrages sollten die Forderungsrechte der Klägerin auf Erhebung eines Erschließungs- und Anschlussbeitrages für die im Rahmen des Vertrages hergestellten Anlagen entfallen (§ 4 Abs. 2 EV). Die Klägerin verpflichtete sich, den Bodenwert in Höhe von 83 400 DM (42 641,74 €) für die sich zur Zeit des Vertragsabschlusses im Eigentum der Stadt befindlichen Flächen für eine der beiden Erschließungsstraßen zu tragen (§ 1 Abs. 5 Satz 4, § 4 Abs. 1 EV). Ferner enthielt § 3 Abs. 16 EV folgende Regelung:

„Sofern die Höhe der Kosten der Entwässerungsanlagen gem. § 1 Abs. 2 c) zuzüglich des auf die Straßenregenentwässerung entfallenden Erschließungsbeitragsanteils nicht dem bei öffentlich-rechtlicher Veranlagung zu erhebenden Beitragsaufkommen entspricht, ist zwischen Erschließungsträger und Stadt der Ausgleich herbeizuführen. Nach derzeitigen Ermittlungen übersteigt das Anschlussbeitragsaufkommen zuzüglich des auf die Straßenregenentwässerung entfallenden Erschließungsbeitragsanteils im Vertragsgebiet die Herstellungskosten für die entwässerungstechnische Erschließung um ca. 230.000,-- DM. Der Erschließungsträger verpflichtet sich, diesen Differenzbetrag an die Stadt zu entrichten. Die Verpflichtung wird wirksam mit Abschluss dieses Vertrages. Der Beitrag wird zur Zahlung fällig 4 Wochen nach Betriebsfertigkeit der Anlagen nach § 1 Abs. 2 c) (...)“

- 3 § 13 Abs. 1 und 2 EV enthält eine salvatorische Klausel, wonach für den Fall, dass einzelne Bestimmungen des Vertrages ganz oder teilweise nicht rechtswirksam sein sollten, die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen dadurch nicht berührt werden und anstelle der unwirksamen Klausel eine andere dem Willen

der Vertragspartner - so weit rechtlich möglich - am nächsten kommende Klausel gelten soll.

- 4 Nach vertragsgemäßer Herstellung der Erschließungsanlagen durch den Beklagten und Vorlage der Schlussabrechnungen forderte die Klägerin den Beklagten unter Berufung auf § 3 Abs. 16 EV zur Zahlung von 175 573,46 € auf. Ausweislich einer beigefügten Berechnung ergebe sich für die im Eigentum des Beklagten stehenden Grundstücke (Flurstücke 5/32, 5/36, 5/28, 5/29 und 5/31) bei einer Abrechnung nach der Anschlussbeitragsatzung der Klägerin ein Anschlussbeitrag in Höhe von insgesamt 227 388,81 €, zuzüglich der Beiträge für die Straßenregenentwässerung von 111 020 € (427 lfd. Meter à 260 €), zusammen mithin 338 408,81 €, während die Kosten der entwässerungstechnischen Maßnahmen nur 162 835,35 € betragen. Daraus ergebe sich der vom Beklagten zu zahlende Differenzbetrag. Der Beklagte lehnte eine Zahlung ab. Zur Begründung verwies er darauf, dass die Regelung in § 3 Abs. 16 EV wegen Verstoßes gegen § 124 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 BauGB nichtig sei. Im Übrigen sei die Berechnung unzutreffend.

- 5 Das Verwaltungsgericht hat entschieden, dass der Beklagte dem Grunde nach verpflichtet sei, an die Klägerin den sich aus der anzuwendenden Anschlussbeitragsatzung der Klägerin für die in dem Forderungsschreiben näher bezeichneten Grundstücke des Beklagten ergebenden Beitrag abzüglich der auf die Schmutzwasserkanalisation und die Regenwasserkanalisation der Grundstücke einschließlich der entsprechenden Grundstücksanschlüsse entfallenden Herstellungskosten zu zahlen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Zur Begründung der teilweisen Klageabweisung hat es ausgeführt, dass die Regelung in § 3 Abs. 16 EV hinsichtlich des auf die Straßenentwässerung entfallenden Erschließungsbeitragsanteils unangemessen sei i.S.v. § 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB und damit teilnichtig i.S.v. § 126 Abs. 4 LVwG S-H, weil dem Beklagten dadurch Kosten überbürdet würden, die die Klägerin durch Bescheid nicht hätte geltend machen dürfen, da ihr insoweit - ungeachtet der Abrechnung nach Einheitssätzen - kein Aufwand entstanden sei.

- 6 Auf die Berufung beider Beteiligten hat das Oberverwaltungsgericht mit dem angefochtenen Urteil die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Berufung des Beklagten das erstinstanzliche Urteil teilweise geändert und festgestellt, dass die Klage dem Grunde nach in vollem Umfang unbegründet sei.

- 7 Zur Begründung hat das Oberverwaltungsgericht ausgeführt: Der streitgegenständliche Vertrag sei ein Erschließungsvertrag. Die Klausel in § 4 Abs. 2 EV mache ihn nicht zu einem Ablösungsvertrag. Prägend für eine solche Vereinbarung sei, dass der Vertragspartner wegen der Ungewissheit über die genaue Höhe der Beitragsforderung einen im Prognosewege geschätzten Betrag im Voraus leisten solle, mit dem die Beitragsschuld - von besonderen Fehlgriffen abgesehen - abgegolten sein solle. Gerade dies sei hier nicht vereinbart. Vielmehr habe der Beklagte erst im Nachhinein einen anhand der besonderen Abrechnungsklausel des § 3 Abs. 16 EV konkret zu errechnenden Betrag zahlen sollen. Der Regelungsinhalt dieser Klausel bestehe darin, dass der Beklagte hinsichtlich der Kosten für Erschließung und Entwässerung so gestellt werden sollte, als ob er als Eigentümer aller erschlossenen Grundstücke zu Erschließungs- und Anschlussbeiträgen herangezogen worden wäre, vermindert um seine Vergütung als Werkunternehmer für die durchgeführten Erschließungs- und Aufschließungsarbeiten. Dies habe so verwirklicht werden sollen, dass nach Fertigstellung der Anlagen keine Beitragsbescheide ergehen, sondern die eigentlich zu erhebende Gesamtbeitragssumme errechnet, davon die Herstellungskosten abgezogen und der Differenzbetrag dem Beklagten in Rechnung gestellt werden sollte. In diese Berechnung sollte auch der im Erschließungsaufwand enthaltene Aufwand für die Herstellung der Straßenentwässerung einbezogen werden. Während der Erschließungsaufwand hinsichtlich der anderen Teileinrichtungen der Verkehrsanlagen anhand des tatsächlichen Aufwandes ermittelt werde, erfolge die Bemessung des Aufwandes für die Straßenentwässerung gemäß der Erschließungsbeitragssatzung der Klägerin nach Einheitssätzen. Daraus folge, dass der beitragsfähige Aufwand für die Straßenoberflächenentwässerung höher liege (liegen könne) als der nach den abgerechneten Baumaßnahmen tatsächlich für die Herstellung betriebene Aufwand.

- 8 Gleichwohl biete der Vertrag keine taugliche Anspruchsgrundlage für die Klageforderung. Er sei unwirksam, weil der Beklagte gemäß § 1 Abs. 5 und § 3 Abs. 19 EV im Ergebnis auch mit den Aufwandsanteilen belastet werde, die im Falle einer Beitragsveranlagung nicht ihm, sondern allein den Drittanliegern auferlegt werden könnten. Der Beklagte werde mit dieser Regelung i.S.v. § 123 Abs. 1 Satz 2 LVwG S-H unangemessen belastet. Der Vertrag sei deshalb nach § 126 Abs. 2 Nr. 4 LVwG S-H nichtig. Wäre die Klägerin im Wege der Beitragsveranlagung vorgegangen und hätte sie den Beklagten als Eigentümer seiner Grundstücke veranlagt, hätte sie den beitragsfähigen Aufwand nicht vollends auf dessen Grundstücke verteilen dürfen. Die unstreitig ebenfalls im Abrechnungsgebiet vorhandenen „Fremdanlieger“ hätten bei der Verteilung ebenfalls beteiligt werden müssen. Die Beitragslast wäre dann - verglichen mit der vertraglich übernommenen Belastung - geringer ausgefallen.
- 9 Mit ihrer Revision rügt die Klägerin einen Verstoß gegen § 123 Abs. 1 Satz 2 LVwG S-H (entspricht § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG) bzw. § 124 Abs. 3 BauGB. Das Oberverwaltungsgericht habe den Inhalt des Angemessenheitsgebots der genannten Vorschriften verkannt. Dieses verlange nicht, in einem Erschließungsvertrag den Erschließungsunternehmer stets und in vollem Umfang von Fremdanliegerkosten freizuhalten. Erforderlich sei eine wirtschaftliche Betrachtung des Gesamtvorgangs, in deren Rahmen als Kosten kompensierender Umstand hier u.a. zu berücksichtigen sei, dass sie (die Klägerin) eigene Grundstücke in die Erschließung eingebracht habe und deren Wert bei der Berechnung des Ausgleichsbetrages gemäß § 3 Abs. 16 EV außer Betracht geblieben sei. Die Gesamtbetrachtung dürfe sich nicht auf eine beitragsrechtliche Beurteilung beschränken. Letztere könne lediglich ein Ausgangspunkt der Betrachtung sein. Die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts stehe zudem im Widerspruch zu § 124 Abs. 2 Satz 2 BauGB, der eine Kostenübernahme durch den Unternehmer bis hin zur Vollkostentragung erlaube. Das Berufungsurteil verstoße ferner gegen § 126 Abs. 4 LVwG S-H (entspricht § 59 Abs. 3 VwVfG), weil das Oberverwaltungsgericht aus der Nichtigkeit der von ihm als unangemessen angesehenen Teilregelung zwingend auf die Gesamtnichtigkeit des Vertrages schließe.

10 Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts vom 15. Mai 2009 aufzuheben und unter teilweiser Abänderung des Grundurteils des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts vom 10. September 2008 festzustellen, dass der Beklagte dem Grunde nach verpflichtet ist, an die Klägerin den sich aus deren Anschlussbeitragsatzung für die Flurstücke 5/32, 5/36, 5/28, 5/29 und 5/31 der Flur 22, Gemarkung S., ergebenden Beitrag zuzüglich des auf die Straßenregenentwässerung entfallenden Erschließungsbeitragsanteils im Vertragsgebiet zu zahlen.

11 Der Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

12 Er verteidigt das angefochtene Urteil.

II

13 Die Revision ist begründet.

14 Das angefochtene Urteil beruht auf der Verletzung von Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Zwar hat das Oberverwaltungsgericht den streitgegenständlichen Vertrag im Ausgangspunkt zutreffend als Erschließungsvertrag i.S.v. § 124 Abs. 1 des Baugesetzbuchs (BauGB) beurteilt (1.). Es hat jedoch zu Unrecht angenommen, dass der Vertrag gegen das Angemessenheitsgebot des § 123 Abs. 1 Satz 2 des Allgemeinen Verwaltungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein (LVwG S-H) verstoße und deshalb nichtig sei (2.). Das Berufungsurteil verstößt im Übrigen gegen § 126 Abs. 4 LVwG S-H, weil es wegen des von ihm angenommenen Fehlers zwingend auf eine Gesamtnichtigkeit des Vertrages geschlossen hat (3.). Dies nötigt, da sich das Urteil auch nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt, gemäß § 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, Abs. 4 VwGO zur Zurückverweisung der Sache an das Oberverwaltungsgericht (4.).

- 15 1. Das Oberverwaltungsgericht hat den Regelungsgehalt des Vertrages im Ausgangspunkt zutreffend erfasst und ihn als Erschließungsvertrag i.S.v. § 124 Abs. 1 BauGB angesehen. In dem Vertrag überträgt die klagende Stadt die Aufgabe der Erschließung eines näher bezeichneten Baugebiets einem Dritten, nämlich dem Beklagten, einem privaten Erschließungsunternehmer. Dies entspricht der Definition des § 124 Abs. 1 BauGB.
- 16 a) Ohne Verstoß gegen Bundesrecht hat das Oberverwaltungsgericht - wie zuvor schon das Verwaltungsgericht - in dem Vertrag, namentlich in § 4 Abs. 2 EV, keine Ablösungsvereinbarung gesehen. Eine solche Vereinbarung ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vertragsparteien vor Entstehen der sachlichen Beitragspflichten einen im Wege der Prognose geschätzten Betrag vereinbaren, den der Schuldner „zur Ablösung“ der Beitragsschuld zu zahlen hat und der später, abgesehen vom Eintritt einer jenseits der ablösungstypischen Risiken liegenden Entwicklung oder bei deutlichem Überschreiten der Prognose (sog. absolute Missbilligungsgrenze), nicht mehr in Frage gestellt werden soll (vgl. Urteil vom 9. November 1990 - BVerwG 8 C 36.89 - BVerwGE 87, 77 <79 ff.>; Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl. 2007, § 22 Rn. 6 f., jeweils m.w.N.). Dem gegenüber sollte hier der Beklagte keinen im Vorhinein geschätzten, sondern einen erst nach Vorlage der Schlussabrechnungen noch konkret zu ermittelnden Betrag zahlen.
- 17 Dessen Berechnung ist in der besonderen Abrechnungsklausel des § 3 Abs. 16 EV geregelt. Das Oberverwaltungsgericht hat diese dahingehend ausgelegt, dass sie dazu dienen sollte, den Beklagten im Ergebnis so zu stellen, wie er stände, wenn er als Eigentümer aller erschlossenen Grundstücke zu Erschließungs- und Anschlussbeiträgen herangezogen worden wäre, vermindert um die tatsächlichen Herstellungskosten. Dies habe in der Weise geschehen sollen, dass die bei einer (hypothetischen) Beitragserhebung festzusetzenden Anschlussbeiträge einschließlich der nach Einheitssätzen ermittelten Kosten der Straßenregenentwässerung errechnet und davon die tatsächlichen Kosten der entwässerungstechnischen Maßnahmen abgezogen würden. Diese vom Ober-

verwaltungsgericht vor dem abgabenrechtlichen Hintergrund des Vertrages und mit Blick auf die Interessen und Zielsetzungen der Beteiligten gewonnene Auslegung des Vertrages ist für das Revisionsgericht bindend.

- 18 Allerdings hat die Klägerin ausweislich der ihrem Forderungsschreiben vom 14. Januar 2004 beigefügten Aufstellung dem Beklagten nicht die - im Falle einer Beitragserhebung - auf alle Grundstücke im Vertragsgebiet, sondern nur die auf die eigenen Grundstücke des Beklagten entfallenden Anschlussbeiträge in Rechnung gestellt, zuzüglich des (nach Einheitssätzen ermittelten) Betrages für die Straßenregenentwässerung (ob sich dieser auf das gesamte Vertragsgebiet bezieht, bleibt nach dieser Aufstellung unklar); von dieser Summe hat sie die tatsächlichen Herstellungskosten der entwässerungstechnischen Maßnahmen abgezogen. Dass die Klageforderung somit in der Höhe hinter dem nach der Auslegung des § 3 Abs. 16 EV durch das Oberverwaltungsgericht möglichen Ausgleichsbetrag zurückbleibt, ist für die revisionsgerichtliche Prüfung indes unerheblich.
- 19 b) Der streitgegenständliche Vertrag unterliegt nicht deshalb einer anderen rechtlichen Beurteilung oder rechtlichen Bedenken, weil Gegenstand des Vertrages auch leitungsgebundene Erschließungsanlagen sind, die - im Falle einer Beitragserhebung - nicht nach dem Baugesetzbuch, sondern nach dem Anschlussbeitragsrecht des Landes Schleswig-Holstein (KAG S-H) abzurechnen wären.
- 20 § 124 Abs. 2 Satz 1 BauGB bestimmt, dass Gegenstand eines Erschließungsvertrages nach Bundes- oder nach Landesrecht beitragsfähige sowie nicht beitragsfähige Erschließungsanlagen in einem bestimmten Erschließungsgebiet in der Gemeinde sein können. Der Dritte kann sich gemäß § 124 Abs. 2 Satz 2 BauGB gegenüber der Gemeinde verpflichten, die Erschließungskosten ganz oder teilweise zu tragen, und zwar unabhängig davon, ob die Erschließungsanlagen nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähig sind. Zu diesem über den Katalog des § 127 Abs. 2 BauGB hinausgehenden weiten Kreis der „Erschließungsanlagen“ i.S.v. § 124 Abs. 2 BauGB können daher auch - im Falle der

Beitragserhebung - nach Landesrecht abzurechnende leitungsgebundene Anlagen fallen, die der Schmutz- und Regenwasserentwässerung sowohl der Straße als auch der Anliegergrundstücke dienen einschließlich der zugehörigen Grundstücksanschlussleitungen. Deshalb ist auch der Begriff der „Erschließungskosten“ bewusst weiter gefasst als der des „Erschließungsaufwands“ i.S.v. § 127 Abs. 1, § 128 BauGB (vgl. Driehaus a.a.O. § 6 Rn. 37).

- 21 Vor diesem Hintergrund geht die zwischen den Beteiligten umstrittene Frage, ob im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (1997) dem schleswig-holsteinischen Landesrecht ein Verbot des Abschlusses von Verträgen über Abgaben zu entnehmen war und - wenn ja - ob ein solches landesrechtliches Vertragsformverbot (Handlungsformverbot) dem streitgegenständlichen Vertrag entgegenstand, an der Rechtslage vorbei. Entscheidend ist vielmehr, dass das Bundesrecht in dem in § 124 Abs. 2 und 3 BauGB beschriebenen Umfang eine vertragliche Regelung über Erschließungskosten erlaubt unabhängig davon, ob die den Gegenstand des Vertrages bildenden Erschließungsanlagen nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähig sind oder nicht. Das Bundesrecht durfte und darf dies aufgrund der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Bodenrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) regeln. Diese umfasst namentlich die „allgemeinen Vorschriften“ über die „Erschließung“ (§§ 123 bis 126 BauGB). Jedenfalls besteht eine solche Kompetenz kraft Sachzusammenhangs mit der Erschließung i.S. der §§ 123 ff. BauGB. Bundesrecht geht insoweit entgegenstehendem Landesrecht vor und verdrängt dieses (Art. 31 GG). Ein etwaiges landesrechtliches Vertragsformverbot (Handlungsformverbot) konnte und kann daher einer vertraglichen Kostenübernahme durch den Erschließungsunternehmer für im Falle der Beitragserhebung nach Landesrecht abzurechnende leitungsgebundene Erschließungsanlagen nicht entgegen stehen.
- 22 An dieser Rechtslage hat sich durch die im Rahmen der sog. Föderalismusreform I mit dem 42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27. Oktober 1994 (BGBl I S. 3146) erfolgte Übertragung der Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Erschließungsbeiträge auf die Länder nichts geändert. Die Einfügung des Klammerzusatzes „ohne das Recht der Erschließungsbeiträge“ in

Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG n.F. erfasst nicht die „allgemeinen Vorschriften“ über die „Erschließung“ (§§ 123 bis 126 BauGB). Auch die Befugnis der Länder zur Abweichungsgesetzgebung (vgl. Art. 72 Abs. 3, Art. 125a GG) erstreckt sich auf sie nicht. Die Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Anschluss- und (inzwischen auch) für das Erschließungsbeitragsrecht kann daher nicht zu einer Einschränkung der in § 124 BauGB eröffneten Handlungsform des Erschließungsvertrages und ihres Gegenstandes führen (vgl. auch Walter, Der Erschließungsvertrag im System des Erschließungsrechts, 2010, S. 110 ff. m.w.N.).

- 23 2. Das Oberverwaltungsgericht hat einen Zahlungsanspruch der Klägerin verneint, weil der Erschließungsvertrag nichtig sei. Er verstoße gegen das Angemessenheitsgebot des § 123 Abs. 1 Satz 2 LVwG S-H, weil der Beklagte gemäß § 1 Abs. 5 und § 3 Abs. 19 EV im Ergebnis auch mit Kostenanteilen belastet werde, die im Falle einer öffentlich-rechtlichen Beitragserhebung nicht vollends auf dessen Grundstücke hätten verteilt werden dürfen; vielmehr hätten die im Beitragsgebiet vorhandenen Fremdanlieger in die Verteilung des beitragsfähigen Aufwandes einbezogen werden müssen. Die Beitragslast des Beklagten für dessen Grundstücke wäre - verglichen mit der vertraglich übernommenen Belastung - geringer ausgefallen. Die Überbürdung auch dieser Fremdanliegerkosten stelle eine unzulässige und deshalb zur Nichtigkeit des Vertrages führende Gegenleistung i.S.v. § 126 Abs. 2 Nr. 4 LVwG S-H dar.
- 24 Die vorstehend wiedergegebene Passage des Berufungsurteils kann nur so verstanden werden, dass die Überbürdung des auf die Fremdanlieger entfallenden Anteils am Erschließungsaufwand stets die Nichtigkeit des Erschließungsvertrages zur Folge habe. Der Senat vermag nicht zu erkennen, dass das Oberverwaltungsgericht die Unangemessenheit des Vertrages (erst) aufgrund einer Einzelfallprüfung im konkreten Fall hat annehmen wollen. Für ein solches Verständnis des angefochtenen Urteils fehlt jeder Anhaltspunkt.

- 25 Diese Ansicht des Oberverwaltungsgerichts ist mit Bundesrecht nicht vereinbar.
- 26 a) Gemäß § 126 Abs. 2 Nr. 4 LVwG S-H ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag i.S.v. § 121 Satz 2 LVwG S-H (Austauschvertrag) u.a. dann nichtig, wenn sich die Behörde eine nach § 123 LVwG S-H unzulässige Gegenleistung versprechen lässt. Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 LVwG S-H muss die in einem solchen Vertrag vereinbarte Gegenleistung den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen. Die genannten Vorschriften sind gemäß Art. 99 Alt. 2 GG i.V.m. § 327 LVwG S-H revisibel. Danach kann die Revision vor dem Bundesverwaltungsgericht auch darauf gestützt werden, dass das angefochtene Urteil auf der Verletzung u.a. von § 123 und § 126 LVwG S-H beruhe. Im Übrigen entspricht § 123 Abs. 1 Satz 2 LVwG S-H in der Sache sowohl § 56 Abs. 1 Satz 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes (VwVfG) als auch § 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Sachliche Übereinstimmung besteht ferner zwischen § 126 Abs. 2 Nr. 4 LVwG S-H und § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG.
- 27 b) Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts verstößt insoweit schon deshalb gegen Bundesrecht, weil es den streitgegenständlichen Vertrag an § 123 LVwG S-H und nicht an der spezielleren Vorschrift des § 124 BauGB über die Zulässigkeit und den Inhalt von Erschließungsverträgen gemessen hat. Sollte das Oberverwaltungsgericht die landesrechtliche Norm deshalb herangezogen haben, weil Gegenstand des Vertrages auch - im Falle der Beitragserhebung - nach Landesrecht abzurechnende leitungsgebundene Erschließungsanlagen waren, wäre dies aus den obigen Gründen (sub II 1. b) rechtsirrig.
- 28 Bei Anlegung der zutreffenden Maßstabnorm wird offenbar, dass die Ansicht des Oberverwaltungsgerichts, es verstoße gegen das Angemessenheitsgebot, dass der Beklagte auch Fremdanliegerkosten tragen müsse, mit § 124 Abs. 2 Satz 2 BauGB nicht vereinbar ist. Danach kann zulässiger Inhalt eines Erschließungsvertrages auch sein, dass sich der Erschließungsunternehmer verpflichtet, die Erschließungskosten „ganz oder teilweise zu tragen“. Die Vorschrift erlaubt eine Kostenübernahme bis hin zur vollen Kostentragung. Es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass Kostenanteile, die im Falle einer Beitragserhebung auf

die Grundstücke von Fremdanlieger entfallen würden, hiervon ausgenommen sind. Die Problematik der sachgerechten Behandlung von im Erschließungsvertragsgebiet gelegenen Fremdanliegergrundstücken war dem Gesetzgeber bei der Einfügung von § 124 Abs. 2 und 3 BauGB im Jahr 1993 bekannt. Dies schließt es aus, allein schon wegen der Überbürdung von Fremdanliegerkosten die vertraglichen Leistungen als unangemessen i.S.v. § 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB anzusehen. Ob dies der Fall ist, hängt vielmehr von der nach der genannten Vorschrift anzustellenden Prüfung ab, ob die vertraglichen Leistungen „den gesamten Umständen nach“ angemessen sind. Sie müssen nicht nur im Verhältnis zum Vertragszweck (Erschließung des Vertragsgebiets), sondern auch im Verhältnis untereinander ausgewogen sein. Dabei ist eine wirtschaftliche Betrachtung des Gesamtvorgangs geboten (vgl. Driehaus a.a.O. § 6 Rn. 43; allgemein zum öffentlichen-rechtlichen Vertrag nach dem VwVfG: Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 56 Rn. 54 ff.; vgl. auch das Urteil vom 24. März 2011 - BVerwG 4 C 11.10 - DVBl 2011, 823 Rn. 15 ff. zur Angemessenheitsprüfung bei einem Folgekostenvertrag gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB). Die Überbürdung von Fremdanliegerkosten ist hiernach neben anderen Aspekten nur ein Kostenpunkt, der bei Betrachtung der „gesamten Umstände“ des Vertrages die Angemessenheit der vereinbarten Leistungen in Frage stellen und zur Nichtigkeit des Vertrages führen kann, aber nicht muss.

- 29 Die Erwägung des Oberverwaltungsgerichts, dass die Klägerin den auf die Fremdanliegergrundstücke entfallenden Anteil am Erschließungsaufwand im Wege der Beitragsveranlagung nicht auf den Beklagten abwälzen könnte, ist hiernach allein nicht geeignet, das Verdikt der Unangemessenheit zu tragen. Indem § 124 Abs. 2 BauGB eine Vertragsgestaltung gestattet, in der die „Erschließungskosten“ - wie erwähnt: weitergehend als der „Erschließungsaufwand“ - von dem Unternehmer bis hin zur vollständigen Kostentragung übernommen werden, erlaubt das Gesetz gerade die Überbürdung auch solcher Kosten, die eine Gemeinde im Beitragswege nicht hätte abrechnen können. Die mit dem Gesetz zur Erleichterung von Investitionen und der Ausweisung und Bereitstellung von Wohnbauland (Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz) vom 22. April 1993 (BGBl I S. 466) eingeführte Neuregelung in § 124 Abs. 2 und 3 BauGB bedeutet eine Entgrenzung des Rechts der Erschlie-

ßungsverträge vom Beitragsrecht, d.h. deren Freistellung von dessen Vorgaben (Urteil vom 1. Dezember 2010 - BVerwG 9 C 8.09 - NVwZ 2011, 690 Rn. 40 f. mit ausführlicher Darstellung der Gesetzesmaterialien). Eine Argumentation im Rahmen der Angemessenheitsprüfung, die allein auf die Grenzen abstellt, die das Beitragsrecht ziehen würde, verfehlt daher die gesetzliche Neuregelung. Sie verharret auf dem Stand der früheren, durch die erwähnte Neuregelung überholten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach die Gemeinden durch Erschließungsvertrag einem Unternehmer nur in dem Umfang Kosten überbürden konnten, wie es ihnen abgabenrechtlich gestattet wäre, sie auf die Abgabepflichtigen abzuwälzen (vgl. das Urteil vom 23. August 1991 - BVerwG 8 C 61.90 - BVerwGE 89, 7 <Leitsatz und S. 9 f.>). Diese Rechtsprechung war für den Gesetzgeber ausdrücklich Anlass für die Neufassung des § 124 BauGB (vgl. das Urteil vom 1. Dezember 2010 a.a.O. Rn. 39 f.).

- 30 3. Das angefochtene Urteil verstößt im Übrigen auch gegen § 126 Abs. 4 LVwG S-H. Danach ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, wenn die Nichtigkeit nur einen Teil des Vertrages betrifft, nur dann im Ganzen nichtig, wenn anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil nicht abgeschlossen worden wäre (ähnlich § 59 Abs. 3 VwVfG). Zu der Frage, ob wegen des vom Oberverwaltungsgericht angenommenen Rechtsfehlers nur eine Teilnichtigkeit des Vertrages anzunehmen sein könnte, verhält sich das angefochtene Urteil mit keinem Wort, obwohl hierzu zum einen wegen der salvatorischen Klausel in § 13 Abs. 1 und 2 EV, zum anderen deshalb Anlass bestand, weil schon das Verwaltungsgericht auf eine Teilnichtigkeit des Vertrages erkannt hatte (wegen teilweiser Unangemessenheit einer anderen Vertragsklausel). Daraus kann - mangels Begründung - nur geschlossen werden, dass das Oberverwaltungsgericht der Ansicht war, dass der von ihm angenommene Nichtigkeitsgrund zwingend zur Gesamtnichtigkeit des Erschließungsvertrages führt. Diese Ansicht ist mit der genannten Vorschrift nicht vereinbar. Für die Annahme, dass der Vertrag ohne den nichtigen Teil nicht abgeschlossen worden wäre, fehlt im Übrigen jeder Anhaltspunkt. Vielmehr spricht, worauf die Klägerin zu Recht hinweist, neben der salvatorischen Klausel auch die Interessenlage beider Vertragsparteien dafür, dass sie, hätten sie den vom Oberverwaltungsgericht angenommenen Rechtsverstoß er-

kannt, den Erschließungsvertrag auch ohne eine vertragliche Übernahme der Fremdanliegerkosten durch den Beklagten abgeschlossen hätten.

- 31 4. Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts erweist sich auch nicht aus anderen Gründen - ganz oder teilweise - als richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO).
- 32 a) Eine Bestätigung der Annahme des Oberverwaltungsgerichts, dass die Klageforderung dem Grunde nach in vollem Umfang unbegründet sei, kommt nicht in Betracht. Um die Angemessenheit der in dem Erschließungsvertrag vereinbarten Leistungen gemäß § 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB beurteilen zu können, bedarf es weitergehender tatsächlicher Feststellungen zu „den gesamten Umständen“ des Falles. Dazu gehört u.a., wie hoch die vom Beklagten insgesamt zu tragenden Kosten im Verhältnis zum gesamten Kostenvolumen des Erschließungsvertrages sind. Die insoweit erforderlichen Tatsachenfeststellungen wird das Oberverwaltungsgericht nachholen müssen, an das die Sache daher zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen ist (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO).
- 33 Dass der streitgegenständliche Vertrag aus anderen Gründen (gesamt-)nichtig wäre oder andere rechtsvernichtende oder -hindernde Gründe eine vollumfängliche Abweisung der Klageforderung rechtfertigen würden, ist nicht ersichtlich.
- 34 b) Auch eine immerhin teilweise Aufrechterhaltung des Berufungsurteils im Umfang des erstinstanzlichen Urteils, das die Klageforderung - wegen eines anderen Kostenansatzes - nur teilweise für dem Grunde nach unbegründet angesehen hat, scheidet aus.
- 35 Das Verwaltungsgericht hat nicht die Übernahme der Fremdanliegerkosten durch den Beklagten (§ 1 Abs. 5, § 3 Abs. 19 EV) beanstandet, sondern angenommen, dass die Abrechnungsklausel des § 3 Abs. 16 EV hinsichtlich des auf die Straßenentwässerung entfallenden Erschließungsbeitragsanteils unangemessen sei i.S.v. § 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB und damit teilnichtig i.S.v. § 126 Abs. 4 LVwG S-H. Dem Beklagten würden dadurch Kosten überbürdet, die die Klägerin durch Bescheid nicht hätte geltend machen dürfen, weil ihr insoweit,

ungeachtet des Umstandes, dass die Kosten der Straßenentwässerung gemäß der Erschließungsbeitragssatzung der Klägerin nach Einheitssätzen umgelegt werden, kein Aufwand entstanden sei.

- 36 Auch diese Erwägung steht mit Bundesrecht nicht in Einklang. Sie beruht auf demselben Fehlschluss, der - bezogen auf die Fremdanliegerkosten - das Urteil des Oberverwaltungsgerichts kennzeichnet (siehe oben sub II 2. b), nämlich auf einer allein abgabenrechtlichen Beurteilung, die auf die Grenzen abstellt, die der Gemeinde durch das Beitragsrecht gezogen wären, falls sie im Wege der Beitragserhebung durch Bescheid vorgehe. Sie verkennt, dass die Neuregelung des § 124 Abs. 2 und 3 BauGB das Recht der Erschließungsverträge von den Vorgaben des Erschließungsbeitragsrechts gerade freistellen will (vgl. das Urteil vom 1. Dezember 2010 a.a.O.).
- 37 Soweit sich das Verwaltungsgericht für seine Auffassung darauf beruft, dass der Klägerin hinsichtlich der Straßenoberflächenentwässerung kein beitragsfähiger Aufwand entstanden sei, und insoweit auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts verweist (Urteil vom 29. Juli 1977 - BVerwG 4 C 3.75 - BayVBl 1978, 279 = BRS 37 Nr. 80 S. 158), verkennt das Verwaltungsgericht zum einen, dass die Entscheidung aus der Zeit vor der Neuregelung des § 124 BauGB stammt, zum anderen missversteht es die Aussagen jener Entscheidung: Nach den tatrichterlichen Feststellungen zu dem ihr zugrunde liegenden Fall, der im Übrigen keinen Erschließungsvertrag betraf, war lediglich nicht nachgewiesen, dass der in „Eigenregie“ durch einen beauftragten Unternehmer handelnde Beklagte den strittigen Gehweg „in vollem Umfang auf seine Kosten hergestellt“ hatte. Es war nur nachgewiesen, dass er „zwei kleinere Teilabschnitte des Gehwegs“ in Auftrag gegeben hatte. Allein darauf bezieht sich die Aussage des Bundesverwaltungsgerichts, dass beitragsfähig „nur der von der Gemeinde selbst erbrachte Aufwand“ sei und dass „der Ermittlung nach § 130 Abs. 1 BBauG (...) mithin nicht solcher Aufwand“ unterliege, „den die Gemeinde nicht selbst erbracht hat“. Es ging also lediglich um die Anwendung der üblichen „Beweis- und Beweislastgrundsätze“ (Urteil vom 29. Juli 1977 a.a.O.).

- 38 5. Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens ist der Schlussentscheidung vorzubehalten.

Dr. Storost

Dr. Nolte

Domgörgen

Buchberger

Prof. Dr. Korbmacher

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes für das Revisionsverfahren wird auf 175 573,46 € festgesetzt (§ 53 Abs. 3 GKG).

Dr. Storost

Domgörgen

Buchberger

Sachgebiet:	BVerwGE:	ja
Erschließungsrecht Kommunalabgabenrecht	Fachpresse:	ja

Rechtsquellen:

GG	Art. 31, Art. 72, Art. 74 Abs. 1 Nr. 18
BauGB	§ 124 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1
VwVfG	§ 56 Abs. 1 Satz 2, § 59 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 3
LVwG S-H	§ 123 Abs. 1 Satz 2, § 126 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 4

Stichworte:

Erschließungsvertrag; Erschließungsunternehmer; Erschließungskosten; Fremdanlieger; Angemessenheit; Straßenentwässerung; Grundstücksanschlussleitungen; Vertragsformverbot; Handlungsformverbot; konkurrierende Gesetzgebungskompetenz; Bodenrecht; Erschließung; Vorrang des Bundesrechts.

Leitsätze:

1. Ein Erschließungsvertrag ist nicht schon deshalb unangemessen i.S.v. § 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB und somit nichtig, weil sich der Erschließungsunternehmer darin zur Übernahme (auch) desjenigen Anteils an den Erschließungskosten verpflichtet, der im Falle der Erhebung von Beiträgen auf im Erschließungsvertragsgebiet gelegene Grundstücke sog. Fremdanlieger entfallen würde.

2. Bundesrecht erlaubt eine vertragliche Regelung über Erschließungskosten in dem in § 124 Abs. 2 und 3 BauGB beschriebenen Umfang unabhängig davon, ob die den Gegenstand des Vertrages bildenden Erschließungsanlagen nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähig sind oder nicht. Ein etwaiges landesrechtliches Vertragsformverbot (Handlungsformverbot) kann daher einer vertraglichen Kostenübernahme durch den Erschließungsunternehmer für im Falle der Beitragserhebung nach Landesrecht abzurechnende leitungsgebundene Erschließungsanlagen nicht entgegen stehen.

Urteil des 9. Senats vom 10. August 2011 - BVerwG 9 C 6.10

- I. VG Schleswig vom 10.09.2008 - Az.: VG 9 A 250/06 -
- II. OVG Schleswig vom 15.05.2009 - Az.: OVG 2 LB 67/08 -