

**Erläuterungen  
zum Vollzug des  
Gesetzes zur Änderung des Kommunalabgabengesetzes  
vom 26. Juni 2018 (GVBl. S. 449)**

IMS vom 10.12.2018 (Az. B4-1523-4-81)

in der jeweils aktuellen Fassung abrufbar von der  
Homepage des Staatsministeriums des Innern, für Sport und Integration  
(<http://www.innenministerium.bayern.de/>)  
in der Rubrik Kommunen und Bürger/Kommunale Finanzen/Abgabenrecht

## **A. Inhaltsverzeichnis**

### **Inhalt**

|      |  |    |
|------|--|----|
| A.   | Inhaltsverzeichnis.....  | 1  |
| B.   | Erläuterungen.....   | 2  |
| I.   | Regelungsgegenstand des Gesetzes zur Änderung des Kommunalabgabengesetzes vom 26.06.2018.....                    | 2  |
| II.  | Neufassung des Art. 5 Abs. 1 Satz 3 KAG.....   | 3  |
| 1)   | Umgang mit Satzungen betreffend die Erhebung einmaliger Straßenausbaubeiträge bzw. wiederkehrender Beiträge..... | 3  |
| 2)   | Umgang mit Beitragsbescheiden.....   | 4  |
| III. | Aufhebung der Bestimmungen des Art. 5 Abs. 10 und des Art. 13 Abs. 7 KAG a. F.....                               | 5  |
| IV.  | Art. 19 Abs. 7 KAG n. F.....   | 6  |
| 1)   | zu Art. 19 Abs. 7 Satz 1 KAG.....  | 6  |
| 2)   | zu Art. 19 Abs. 7 Sätze 2 – 4 KAG.....   | 10 |
| 3)   | zu Art. 19 Abs. 7 Satz 5 KAG.....  | 10 |
| V.   | Art. 19 Abs. 8 KAG n. F. (Umgang mit Vorauszahlungen).....   | 10 |
| 1)   | Vorteilslage.....  | 11 |

|       |  |    |
|-------|--|----|
| 2)    | Fiktive Abrechnung.....  | 12 |
| 3)    | Antragstellung als Voraussetzung einer Rückzahlung an die Beitragspflichtigen....              | 13 |
| 4)    | Entscheidung über Anträge und Information der Vorauszahlenden über die fiktive Abrechnung..... | 14 |
| 5)    | Erstattung von Vorauszahlungen aus anderen Gründen .....                                       | 14 |
| VI.   | Art. 19 Abs. 9 KAG n. F. (Erstattungen des Freistaates Bayern an die Gemeinden)                | 15 |
| 1.    | Erstattungsanspruch nach Art. 19 Abs. 9 Satz 1 KAG .....                                       | 16 |
| 2.    | Erstattungsanspruch nach Art. 19 Abs. 9 Satz 6 KAG .....                                       | 26 |
| 3.    | Formelle Fragestellungen.....  | 28 |
| VII.  | Umgang mit Ablöseverträgen .....   | 30 |
| 1.    | Grundsätzliche Wirksamkeit der Ablösevereinbarung.....   | 31 |
| 2.    | Kündigung oder Anpassung des Vertrags bei Aufgabe oder Änderung des Bauprogramms.....          | 31 |
| 3.    | Ungleichbehandlung innerhalb einer Anlage .....  | 32 |
| VIII. | Erschließungsbeitragsrecht: Altanlagenregelung in Art. 5 a Abs. 7 Satz 2 KAG .....             | 33 |

## B. Erläuterungen

Mit Wirkung vom 01.01.2018 ist das Gesetz zur Änderung des Kommunalabgabengesetzes – KAG – vom 26.06.2018 (GVBl. Nr. 12/2018, S. 449 f., BayRS 2024-1-I) in Kraft getreten. Erläuterungen hierzu finden sich in der Begründung des Gesetzentwurfs (LT-Drs. 17/21586 vom 11.04.2018 – Seiten 6 ff.; abrufbar unter <https://www.bayern.landtag.de/dokumente/drucksachen/>), den der Landtag unverändert angenommen hat.

Darüber hinaus wird ergänzend auf Folgendes hingewiesen:

### I. Regelungsgegenstand des Gesetzes zur Änderung des Kommunalabgabengesetzes vom 26.06.2018

Gegenstand und Zielrichtung des Gesetzes zur Änderung des Kommunalabgabengesetzes vom 26.06.2018 (I.) sind die Neufassung des Art. 5 Abs. 1 Satz 3 KAG einschließlich der Aufhebung der Rechtsgrundlagen für die Erhebung von Straßenausbaubeiträgen (II.). Bei-

tragsrechtliche Besonderheiten im Zusammenhang mit der Aufhebung der Bestimmungen des Art. 5 Abs. 10 und des Art. 13 Abs. 7 KAG (III.), Übergangsregelungen (IV. und V.) sowie die Gewährung eines finanziellen Ausgleichs für die Kommunen (VI.) werden auch behandelt. Die Bedeutung für Ablöseverträge wird unter VII. dargestellt. Das Recht und die Pflicht der Gemeinden, nach Art. 5a KAG Erschließungsbeiträge zu erheben, blieb unberührt, vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 KAG (vgl. auch LT-Drs. 17/21586, S. 2). Zum Vollzug der Altanlagenregelung des Art. 5a Abs. 7 Satz 2 KAG enthält dieses Schreiben dennoch einige Hinweise (VIII.).

## **II. Neufassung des Art. 5 Abs. 1 Satz 3 KAG**

Die gesetzliche Regelung für die Erhebung von Straßenausbaubeiträgen und wiederkehrenden Beiträgen für Verkehrsanlagen wurde mit Wirkung zum 01.01.2018 aufgehoben und durch eine Regelung in Art. 5 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 KAG ersetzt, nach der ab diesem Zeitpunkt Beiträge für Straßenausbaubeitragsmaßnahmen nicht – mehr – erhoben werden (dürfen) (vgl. LT-Drs. 17/21586, S. 7). Die gesetzliche Regelung des Art. 5 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 KAG n. F. verbietet (Beitragserhebungsverbot) die Erhebung (und Festsetzung) von Beiträgen für die Erneuerung und Verbesserung der im Gesetz genannten Einrichtungen (Ortsstraßen, beschränkt-öffentliche Wege, in der Baulast der Gemeinden stehende Teile von Ortsdurchfahrten und die Straßenbeleuchtung). Sie bezieht sich auf alle (relevanten) Stufen des Beitragserhebungsverfahrens, insbesondere auf die Heranziehungsphase. Diese Regelung gilt nicht für Bescheide, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes am 01.01.2018 bereits erlassen worden sind (Art. 19 Abs. 7 KAG, siehe dazu ausführlich IV.).

### **1) Umgang mit Satzungen betreffend die Erhebung einmaliger Straßenausbaubeiträge bzw. wiederkehrender Beiträge**

#### **a) (kein) Erlass neuer Beitragssatzungen**

Die Regelung des Art. 5 Abs. 1 Satz 3 KAG n. F. schließt aus, dass die Gemeinden zukünftig bezogen auf die genannten Arten gemeindlicher Einrichtungen Beitragssatzungen zur Erhebung einmaliger oder wiederkehrender Beiträge erlassen. Dieses Verbot betrifft in erster Linie den (erstmaligen) Erlass von Beitragssatzungen. Es ist den Gemeinden auch verwehrt, rückwirkend für die Vergangenheit derartige Satzungen zu erlassen. Denn es fehlt in diesen Fällen nach dem 31.12.2017 bereits an einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.

Aufgrund der Regelung des Art. 5 Abs. 1 Satz 3 KAG n. F. kann eine vor dem 01.01.2018 beschlossene, aber bisher noch nicht bekanntgemachte Straßenausbaubeitragssatzung nicht mehr bekannt gemacht werden. Eine gleichwohl bekanntgemachte Satzung würde gegen höherrangiges Recht verstoßen. Auch derzeit noch nicht vollzogene Gemeinderatsbe-

schlüsse auf Erlass einer Beitragssatzung darf der Bürgermeister nicht mehr vollziehen; sie sind folglich umgehend aufzuheben und die Öffentlichkeit entsprechend zu informieren.

Unbeschadet dessen kann eine von der Gemeinde im Zeitraum vom 01.01.2018 bis 11.04.2018 erlassene Satzung – obwohl diese, soweit sie gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 KAG n. F. verstößt, unwirksam ist – Bedeutung für das Erstattungsverfahren gewinnen (vgl. Art. 19 Abs. 9 Satz 3 Nr. 1 KAG; siehe unten VI. 1) b) i)).

### **b) Nichtigkeit bestehender Beitragssatzungen**

Mit Inkrafttreten des Gesetzes am 01.01.2018 bestehende Beitragssatzungen sind (teil-)unwirksam geworden, soweit sie gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 KAG n. F. verstoßen (vgl. Gesetzesbegründung, LT-Drs. 17/21586 vom 11.04.2018, S. 7). Insoweit sind diese Satzungen nicht mehr mit höherrangigem Recht vereinbar. Davon unberührt bleibt, dass diese Satzungen nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 7 Satz 1 (i.V.m. Satz 5) KAG weiterhin Grundlage der bis 31.12.2017 erlassenen Beitrags- und Vorauszahlungsbescheide bleiben (siehe IV. 1)).

Zur Klarstellung können die Gemeinden Beitragssatzungen, soweit sie dem seit dem 1. Januar 2018 geltenden gesetzlichen Erhebungsverbot widersprechen, grundsätzlich mit Wirkung zum 01.01.2018 aufheben (vgl. hierzu BVerwG v. 21.11.1986 – 4 C 22.83; BVerwG 75, 142, 144 ff. = NJW 1987, 1344; BVerwG Beschl. v. 12.12.1990 – 4 B 143.90, NVwZ-RR 1991, 524; BVerwG Urt. v. 11.2.1993 – 4 C 25.91, BVerwGE 92, 66, 69 = NVwZ 1994, 265; BVerwG Urt. v. 31.1.2001 – 6 CN 2.00, BVerwGE 112, 373, 381 = NVwZ 2001, 1035). Die Erstattung nach Art. 19 Abs. 9 KAG bleibt nach dem Willen des Gesetzgebers von einer solchen (deklaratorischen) Aufhebung einer ohnehin unwirksam gewordenen Satzung für die Zukunft unberührt (siehe dazu VI. 1) b) i)).

Ist eine Satzung im Zeitraum 01.01.2018 bis 11.04.2018 erstmals erlassen worden, wird im Hinblick auf das Erstattungsverfahren nach Art. 19 Abs. 9 KAG eine Aufhebung für die Zeit vor dem 12.04.2018 nicht empfohlen.

Bei Bedarf steht es den Gemeinden jederzeit frei, eine neue Beitragssatzung betreffend andere öffentliche Einrichtungen zu erlassen.

## **2) Umgang mit Beitragsbescheiden**

Art. 5 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 KAG n. F. bezieht sich auf alle Stufen des Beitragserhebungsverfahrens. Er verbietet – in Verbindung mit den Übergangsbestimmungen des Art. 19 Abs. 7 KAG – ab dem 01.01.2018 nicht nur den Erlass von neuen Straßenausbaubei-

tragssatzungen, sondern insbesondere auch den Erlass von neuen (belastenden) Beitrags- oder Vorauszahlungsbescheiden betreffend einmalige oder wiederkehrende Beiträge.

Nicht zulässig ist es insbesondere, anstelle eines als rechtswidrig erkannten Beitrags- oder Vorauszahlungsbescheides einen neuen Bescheid zu erlassen und eine neue Beitragsfestsetzung vorzunehmen oder eine Vorauszahlung festzusetzen (vgl. LT-Drs. 17/21586, S. 9). Dies ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 19 Abs. 7 Satz 2 (i.V.m. Satz 5) KAG. Auch eine Nacherhebung von ursprünglich zu gering festgesetzten Beiträgen ist ab dem 01.01.2018 nicht (mehr) möglich.

Dieses Verbot wirkt sich insbesondere auch in jenen Fällen aus, in denen bislang nur ein Teil der Anlieger zu einem endgültigen Beitrag bzw. zu einer Vorauszahlung für eine bestimmte (Teil-)Maßnahme herangezogen wurde. Um Ungleichbehandlungen unter und zwischen den Anliegern einer bestimmten Einrichtung bzw. für eine bestimmte Straßenausbaubeitragsmaßnahme zu vermeiden, kann ggf. auf Billigkeitsmaßnahmen zurückgegriffen werden (siehe IV. 1) d) unten).

Aus Art. 19 Abs. 7 Satz 1 (i.V.m. Satz 5) KAG wird deutlich, dass vor dem 01.01.2018 erlassene Beitrags- bzw. Vorauszahlungsbescheide trotz der Aufhebung der gesetzlichen Rechtsgrundlagen zur Erhebung von einmaligen oder wiederkehrenden Beiträgen ungeachtet der Abschaffung der Straßenausbaubeiträge zunächst ihre Gültigkeit behalten (siehe IV.1) a)).

Für nach dem 31.12.2017 dennoch erlassene Beitrags- und Vorauszahlungsbescheide hat der Gesetzgeber in Art. 19 Abs. 7 Sätze 2 und 3 (i.V.m. 5) KAG deren Aufhebung sowie die Rückerstattung der vereinnahmten Beträge angeordnet, die gemäß Art. 19 Abs. 7 Satz 4 (i.V.m. Satz 5) KAG frühestens ab dem 01.05.2019 verlangt werden kann (siehe IV. 2)).

### **III. Aufhebung der Bestimmungen des Art. 5 Abs. 10 und des Art. 13**

#### **Abs. 7 KAG a. F.**

Aufgrund der Besonderheiten des Straßenausbaubeitragsrechts und der ergangenen Rechtsprechung hierzu (LT-Drs. 17/21586, S. 7) gelten die Regelungen in Art. 5 Abs. 10 und Art. 13 Abs. 7 KAG für diejenigen Fälle fort, bei denen vor dem Tag des Inkrafttretens des Gesetzes am 01.01.2018 ein endgültiger Beitrag bzw. eine Vorauszahlung bereits festgesetzt worden war (siehe dazu auch IV.1)). Das bedeutet, dass Gemeinden in diesen Fällen auch nach dem 31.12.2017 auf Grundlage der genannten Vorschriften entsprechende Billigkeitsmaßnahmen, wie z. B. einen Sondererlass nach Art. 13 Abs. 7 KAG oder mit Hilfe einer

entsprechenden Satzungsregelung aufgrund von Art. 5 Abs. 10 KAG eine Ratenzahlung oder Verrentung auch abseits sozialer Härten (siehe hierzu IMS vom 12.07.2016, Az. IB4-1521-1-25, S. 111 f.; abrufbar auf der Homepage des StMI) gewähren konnten und können, sofern die sonstigen Voraussetzungen gegeben waren bzw. sind.

Für nach dem 31.12.2017 erlassene Beitrags- und Vorauszahlungsbescheide bedarf es der Regelungen der Art. 5 Abs. 10 und 13 Abs. 7 KAG hingegen nicht mehr. Die nach diesem Zeitpunkt erlassenen Bescheide sind kraft gesetzlicher Anordnung in Art. 19 Abs. 7 Satz 2 (i.V.m. Satz 5) KAG aufzuheben und vereinnahmte Beträge nach dem 01.05.2019 unter den dort genannten Maßgaben zu erstatten (siehe dazu IV. 2)).

Wurde eine Ratenzahlung oder Verrentung für einen vor dem 01.01.2018 festgesetzten Beitrag gewährt, sind die festgesetzten Raten auch nach dem 31.12.2017 und trotz der Abschaffung der Straßenausbaubeiträge weiter zu bedienen, sofern die Gemeinde nicht aufgrund besonderer Umstände im Nachhinein einen (Teil-)Erlass gewährt (siehe IV.1) d)).

Von der aktuellen Gesetzesänderung nicht berührt sind die allgemeinen Billigkeitsregelungen (Stundung, Ratenzahlung, Erlass gem. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a KAG i. V. m. § 222 bzw. § 227 Abgabenordnung), die für sämtliche Abgaben im Sinn des Kommunalabgabengesetzes weiterhin Geltung beanspruchen.

#### **IV. Art. 19 Abs. 7 KAG n. F.**

##### **1) zu Art. 19 Abs. 7 Satz 1 KAG**

###### **a) Weitergeltende Bestimmungen**

Nach Art. 19 Abs. 7 Satz 1 KAG gilt für die Erhebung von Beiträgen für Straßenausbaubeitragsmaßnahmen sowie von wiederkehrenden Beiträgen für Verkehrsanlagen (sowie Vorauszahlungen hierauf, vgl. Satz 5) das Kommunalabgabengesetz in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung, sofern die Beiträge (oder Vorauszahlungen) jeweils spätestens am 31.12.2017 durch Bescheid festgesetzt worden sind. Durch diese Regelung des Art. 19 Abs. 7 Satz 1 KAG soll sichergestellt werden, dass die bis zum 31.12.2017 geltende Rechtslage die allein maßgebliche für die weitere Beurteilung der Rechtmäßigkeit solcher Bescheide ist. Dies ist unabhängig davon, ob die sachlichen Beitragspflichten entstanden sind, ob der Bescheid bestandskräftig ist, ob Widerspruch eingelegt oder Klage erhoben wurde. Damit ist das bisher geltende Recht weiter anzuwenden, wenn der Beitragsbescheid vor dem 01.01.2018 dem Beitragspflichtigen bekannt gegeben worden ist.

Insbesondere die durch das Gesetz vom 26.06.2018 aufgehobenen Regelungen in Art. 5 Abs. 1 Satz 3 KAG a. F und Art. 5b KAG zur Erhebung von (einmaligen) Straßenausbaubeiträgen bzw. wiederkehrenden Beiträgen für Verkehrsanlagen sowie die ebenfalls aufgehoben-

benen Vorschriften des Art. 5 Abs. 10 und des Art. 13 Abs. 7 KAG (siehe hierzu auch III.) finden auf die vor dem 01.01.2018 festgesetzten Beiträge und Vorauszahlungen weiterhin Anwendung und stützen diese materiell-rechtlich. Auf die sonstigen Bestimmungen des KAG kann ebenfalls zurückgegriffen werden.

Über die Verweisung des Art. 13 Abs. 1 KAG sind darüber hinaus die Vorschriften der Abgabenordnung (AO), etwa die §§ 130, 131 AO betreffend die Rücknahme und den Widerruf von Verwaltungsakten oder die §§ 222, 227 AO betreffend die Stundung und den Erlass, weiterhin anwendbar.

Ferner bewirkt die Anordnung der Weitergeltung des bisherigen Rechts in Art. 19 Abs. 7 Satz 1 (i.V.m. Satz 5) KAG, dass die auf dieser Rechtsgrundlage (vor dem 01.01.2018) erlassenen kommunalen Abgabensatzungen weiterhin Grundlage der bis 31.12.2017 erlassenen Beitrags- und Vorauszahlungsbescheide bleiben (vgl. LT-Drs. 17/21586, S. 8).

Durch die Anordnung des Gesetzgebers in Art. 19 Abs. 7 Satz 1 (i.V.m. Satz 5) KAG wird der zum 31.12.2017 geltende Rechtszustand für die vor dem 01.01.2018 erlassenen Beitrags- und Vorauszahlungsbescheide „konserviert“.

#### **b) Bedeutung der Fälligkeit; Ratenzahlungen**

Art. 19 Abs. 7 Satz 1 KAG stellt für Beiträge wie auch für Vorauszahlungen (Satz 5) maßgeblich darauf ab, dass der Bescheid vor dem 31.12.2017 erlassen wurde („Bescheid ist Bescheid“), nicht hingegen darauf, ob die Zahlungen vor oder nach dem Stichtag 01.01.2018 fällig werden.

Hat die Gemeinde zum Beispiel vor dem 01.01.2018 einen Beitrags- oder Vorauszahlungsbescheid erlassen, in dem sie Raten mit unterschiedlicher Fälligkeit festgesetzt hat, sind grundsätzlich sämtliche und somit auch die nach dem 31.12.2017 fällig werdenden Raten zu bezahlen.

Etwas anderes gilt dann, wenn die Gemeinde vor dem 01.01.2018 nur den Bescheid für die erste Rate erlassen und im Übrigen beabsichtigt hatte, für die weitere(n) Rate(n) nach dem 31.12.2017 weitere Bescheide zu erlassen. In diesem Fall entfaltet der Bescheid mit der ersten Rate nur für diese Rate Rechtswirkung und es ist der Gemeinde aufgrund der Abschaffung des Straßenausbaubeitragsrechts zum 01.01.2018 verwehrt, für die weitere(n) Rate(n) nach dem Stichtag noch Bescheide zu erlassen. Ein dennoch nach dem 31.12.2017 erlassener Beitrags- oder Vorauszahlungsbescheid wäre gemäß Art. 19 Abs. 7 Satz 2 KAG aufzuheben.

### **c) Umgang mit laufenden Vor- und Gerichtsverfahren**

Die Ausgangs- und Widerspruchsbehörden haben die Vorverfahren im Sinn der §§ 68 ff. VwGO (Abhilfe- und Widerspruchsverfahren) betreffend die durch Bescheid vor dem 01.01.2018 festgesetzten Beiträge und Vorauszahlungen ordnungsgemäß weiter bzw. zu Ende zu führen. Sie haben ihrer Entscheidung (Abhilfe- oder Widerspruchsentscheidung, §§ 72 f. VwGO) auf Grund von Art. 19 Abs. 7 Sätze 1 und 5 KAG (lex specialis) die bis zum 31.12.2017 geltende Rechtslage zugrunde zu legen.

Wird ein Beitrags- oder Vorauszahlungsbescheid, der vor dem 01.01.2018 erlassen wurde, von der Abhilfe- oder Widerspruchsbehörde oder dem Gericht aufgrund eines Rechtsfehlers bei der Anwendung des bisher geltenden Rechts aufgehoben, kann eine erneute Festsetzung nach dem 31.12.2017 nicht mehr stattfinden (siehe oben II. 2)). Ebenso wenig kann im Fall einer zu niedrigen Festsetzung eine Nacherhebung erfolgen.

Sofern eine Heilung des Bescheids während des Abhilfe- oder Widerspruchsverfahrens oder gerichtlichen Verfahrens noch möglich ist, obliegt es der Gemeinde entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, z. B. eine fehlende Widmung vorzunehmen (siehe zur Heilung näher VI. 1) a) ii)).

Die Grundsätze zur Reichweite einer rechtskräftigen Entscheidung sind zu beachten, d.h. dass das Urteil nur den angefochtenen Bescheid betrifft. Bereits bestandskräftige Bescheide, die unter dem gleichen Rechtsfehler leiden, können gegebenenfalls nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b KAG i.V.m. § 130 AO aufgehoben werden.

### **d) Ausgleich von Härten mit Hilfe von Billigkeitsmaßnahmen**

#### **i. Billigkeitsmaßnahmen**

Besondere Härten im Zusammenhang mit der Erhebung von Straßenausbaubeiträgen bzw. Vorauszahlungen können die Gemeinden mit Hilfe der bestehenden Billigkeitsregelungen (Ratenzahlung, Verrentung, Stundung und Erlass) ausgleichen, soweit die jeweiligen Voraussetzungen gegeben sind (zur Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 10 und Art. 13 Abs. 7 KAG sowie des Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a KAG i. V. m. §§ 222, 227 AO auf vor dem 01.01.2018 erlassene Beitragsbescheide siehe III.; zur (Nicht-)Erstattung von durch die Gewährung von Billigkeitsmaßnahmen entgangenen Beiträgen durch den Freistaat Bayern siehe VI. 1) a) ii)).



## ii. Sonderfall: Gewährung eines Erlasses aus sachlichen Gründen

Das den Regelungen der Sätze 1 bis 5 des Art. 19 Abs. 7 KAG zu Grunde liegende „Stichtagsprinzip“ kann in Einzelfällen dazu führen, dass einzelne Anlieger für eine bestimmte Straßenausbaubeitragsmaßnahme vor dem 01.01.2018 noch zu einem Beitrag bzw. zu einer Vorauszahlung herangezogen wurden, während andere Anlieger aufgrund der Abschaffung der Straßenausbaubeiträge nicht mehr zu einem Beitrag bzw. einer Vorauszahlung herangezogen werden können.

Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Gemeinden in derartigen Fallkonstellationen einen (Teil-)Erlass gem. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a KAG i. V. m. § 227 AO aus sachlichen Gründen gewähren, wenn es andernfalls zu einer unterschiedlichen Behandlung innerhalb der Abrechnung einer bestimmten beitragsfähigen Anlage kommen würde. Es kann nach dem Willen des Gesetzgebers angenommen werden, dass er diese Frage, hätte er sie gesondert geregelt, im Sinne einer solchen Billigkeitsmaßnahme entschieden hätte. Es ist nicht davon auszugehen, dass eine unterschiedliche Behandlung innerhalb der Anlage gesetzgeberisch gewollt war. Ein Erlass in diesen Fällen widerspricht nicht den Wertungen des Gesetzes.

Die Gewährung eines Erlasses nach § 227 AO aus sachlichen Gründen ist auch nach Ablauf der Festsetzungsverjährungsfrist des Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. b Doppelbuchst. bb KAG i. V. m. § 169 AO möglich (Loose in Tipke/Kruse, Abgabenordnung, Lfg. 149 Juli 2017, § 227 Rn. 47).

Die Gemeinden entscheiden nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung steti-ger Aufgabenerfüllung und dauernder Leistungsfähigkeit (Art. 61 Abs. 1 Sätze 1 und 2 GO). Zwar kann auch finanzschwächeren Gemeinden nicht verwehrt werden, diese vom Gesetzgeber eröffnete Möglichkeit zu nutzen und auf diese Weise Härten abzufedern. Insbesondere wenn sich die Gemeinde mangels gültiger Haushaltssatzung ganzjährig in vorläufiger Haushaltsführung befindet oder wenn ihr Stabilisierungshilfen oder Bedarfszuweisungen gewährt wurden, ist es jedoch notwendig, die Finanzierung der mit diesem Erlass verbundenen Beitragsausfälle oder Rückzahlungen vorher mit der Rechtsaufsicht abzustimmen. Steht eine gemeindliche Kreditaufnahme schon ohne Billigkeitsmaßnahmen nach § 227 AO mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht in Einklang, so gilt dies erst Recht für den Fall der Gewährung von Billigkeitsmaßnahmen.

Billigkeitsmaßnahmen nach § 227 AO können auf Antrag des Beitrags- oder Vorauszahlungspflichtigen oder von Amts wegen gewährt werden.

Ein Erlass führt zu einer vollständigen oder (bei einem Teilerlass) teilweisen Aufhebung des Anspruchs aus dem Abgabenschuldverhältnis; er wirkt rechtsbeendigend und bringt den Anspruch zum Erlöschen (Loose in Tipke/Kruse, Abgabenordnung, Lfg. 149 Juli 2017, § 227

Rn. 110). Ist der Anspruch schon erfüllt worden, so kann er entweder erstattet oder angerechnet werden, z. B. auf Zinsen oder Säumniszuschläge.

Im Fall der Gewährung eines Erlasses können die Gemeinden hierfür keine Erstattung vom Freistaat Bayern erhalten, da ihnen diese Beträge nicht unmittelbar durch die Änderung des Kommunalabgabengesetzes, sondern durch eine eigenständige Ermessensentscheidung entgangen sind (siehe VI. 1) a) ii)).

## **2) zu Art. 19 Abs. 7 Sätze 2 – 4 KAG**

Für nach dem 31.12.2017 erlassene Beitrags- und Vorauszahlungsbescheide hat der Gesetzgeber in Art. 19 Abs. 7 Sätze 2 und 3 (i.V.m. 5) KAG deren Aufhebung sowie die Rückerstattung der vereinnahmten Beträge angeordnet. Art. 19 Abs. 7 Satz 4 KAG bestimmt, dass die Rückzahlung nach Abs. 7 Satz 2 frühestens ab dem 01.05.2019 verlangt werden kann. Gemeinden, deren Haushaltssituation dies zulässt, ist es nicht verwehrt, die in Abs. 7 Satz 3 angeordnete Erstattung bereits vor dem 01.05.2019 zu bewirken. Eine vorfällige Rückerstattung und deren Zwischenfinanzierung bis zum 01.05.2019 mittels Kreditaufnahme ist mit Blick auf die Grundsätze der Einnahmebeschaffung (Art. 62 GO) grundsätzlich nicht zulässig.

## **3) zu Art. 19 Abs. 7 Satz 5 KAG**

Art. 19 Abs. 7 Satz 5 KAG stellt klar, dass die Regelungen des Art. 19 Abs. 7 Satz 1 bis 4 KAG entsprechend auch für Vorauszahlungsbescheide gelten. Zu unterscheiden sind zwei Fallgruppen:

Für nach dem 31.12.2017 festgesetzte Vorauszahlungen gelten Art. 19 Abs. 7 Sätze 2 und 4 KAG und die hierzu ergangenen Ausführungen (dazu eben IV. 2)) entsprechend.

Für vor dem 31.12.2017 erlassene Vorauszahlungsbescheide gelten Art. 19 Abs. 7 Satz 1 KAG und die Ausführungen hierzu (dazu eben IV. 1)) entsprechend. Ergänzend gilt für vor dem 31.12.2017 erhobene Vorauszahlungen, für die bis zu diesem Zeitpunkt der endgültige Beitrag noch nicht festgesetzt war, die zusätzliche Regelung in Art. 19 Abs. 8 KAG (dazu sogleich V.).

## **V. Art. 19 Abs. 8 KAG n. F. (Umgang mit Vorauszahlungen)**

Art. 19 Abs. 8 KAG enthält Regelungen zu Vorauszahlungen auf den Beitrag für Straßenausbaubeitragsmaßnahmen, die vor dem 01.01.2018 festgesetzt wurden und bei denen eine endgültige Abrechnung bis zum 31.12.2017 noch nicht stattgefunden hatte.

Die Gemeinde kann gem. Art. 19 Abs. 8 Satz 2 KAG durch fiktive Abrechnung des endgültigen Beitrags und das Entstehenlassen der Vorteilslage bis 31.12.2024 die Voraussetzung dafür schaffen, dass sie die Vorauszahlung dauerhaft behalten darf. Anderenfalls muss sie gemäß Art. 19 Abs. 8 Satz 1 KAG ab 01.01.2025 auf Antrag den Vorauszahlungsbescheid aufheben und die Vorauszahlung ab frühestens 01.05.2025 zurückzahlen, ohne dass sie den Betrag nach Art. 19 Abs. 9 KAG vom Freistaat Bayern erstattet bekommt. Denn nicht die Änderungen des Kommunalabgabengesetzes, sondern das Versäumnis der Gemeinde, die Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 8 Satz 2 KAG zu erfüllen, ist unmittelbare Ursache für die Rückzahlung der Vorauszahlung ab dem 1. Mai 2025 (dazu näher unten VI. 1) a) ii)).

Eine Vorauszahlung, die durch Erlass eines Straßenausbaubeitragsbescheids vor dem 31.12.2017 endgültig abgerechnet wurde, fällt von vornherein nicht in den Geltungsbereich des Art. 19 Abs. 8 KAG. Vorauszahlungsbescheide werden von den endgültigen Beitragsbescheiden vollumfänglich in ihrer Regelungswirkung abgelöst und sind damit hinfällig (vgl. BayVGH, U. v. 23.12.1999 – 6 B 96.2048 – juris Rn. 20; OVG NW, B. v. 30.6.2009 – 15 B 524/09 – juris Rn. 9). Wurde der endgültige Straßenausbaubeitragsbescheid hingegen erst nach dem 01.01.2018 erlassen, dann ist er nach Art. 19 Abs. 7 Satz 2 KAG aufzuheben und der Vorauszahlungsbescheid lebt wieder auf. Dieser ist dann nach Art. 19 Abs. 8 KAG zu behandeln, wobei die endgültige Abrechnung als fiktive Abrechnung übernommen werden kann.

Im Folgenden werden die Themen Vorteilslage (V. 1)), fiktive Abrechnung (V. 2)), Antragstellung als Voraussetzung einer Rückzahlung an den Beitragspflichtigen (V. 3.), Entscheidung über die Anträge und Information der Vorauszahlenden über die fiktive Abrechnung (V. 4.) sowie Erstattung von Vorauszahlungen aus anderen Gründen (V. 5.) im Einzelnen dargestellt:

### **1) Vorteilslage**

Die Vorteilslage tritt dann ein, wenn – ohne Rücksicht auf die rechtlichen Voraussetzungen für das Entstehen der Beitragsschuld und unbeschadet der Verjährungsregelungen – die Ausbaumaßnahme endgültig technisch fertiggestellt ist, d.h. dem zu Grunde liegenden Bauprogramm und dem technischen Ausbauprogramm vollständig entspricht. Es ist nicht ausreichend, dass die Straße nach allgemeinen Vorstellungen „gebrauchsfertig“ und „benutzbar“ ist. Vielmehr kommt es darauf an, ob die konkrete gemeindliche Planung sowohl im räumlichen Umfang als auch in der bautechnischen Ausführung schon vollständig umgesetzt ist. Bleibt der Ausbau hinter der Planung zurück, ist zu prüfen, ob die Gemeinde ihre weitergehende Planung – wirksam – aufgegeben hat und den erreichten technischen Ausbauzustand nunmehr als endgültig mit der Folge ansieht, dass mit Aufgabe der Planung die Vorteilslage

eingetreten ist (BayVGH, B. v. 30.03.2016 – 6 ZB 15.2426 – juris Rn. 9; U. v. 24.02.2017 – 6 BV 15.1000 – juris Rn. 31; B. v. 04.05.2017 – 6 ZB 17.546 – juris Rn. 10).

Der Eintritt der Vorteilslage ist somit dann zu bejahen, wenn das Bauprogramm vollständig realisiert wurde. Hat die Gemeinde das Bauprogramm bisher noch nicht umgesetzt, dann stehen ihr zwei Möglichkeiten offen: Sie kann die Anlage entsprechend dem Bauprogramm technisch fertig stellen oder das Bauprogramm unter Aufgabe der ursprünglich weitergehenden Planung so reduzieren bzw. sonst abändern, dass es den aktuellen Gegebenheiten entspricht. So ist es möglich, dass eine Gemeinde auf einzelne Teileinrichtungen (z.B. Gehweg oder Beleuchtung) verzichtet oder hinsichtlich des Umfangs der Maßnahme (z.B. längenmäßige Ausdehnung) ein Weniger genügen lässt und auf diese Art und Weise die Vorteilslage entstehen lässt, ohne dass weitere Baumaßnahmen notwendig sind. Eine Reduzierung des Bauprogramms, die zu einem geringeren Kostenaufwand für die Gemeinde (und damit zu einem niedrigeren Erstattungsanspruch gegenüber dem Staat) führt, oder eine kostenneutrale Änderung, ist auch im Hinblick auf den Erstattungsanspruch unschädlich (vgl. Art. 19 Abs. 9 Satz 5 KAG und die Ausführungen hierzu unter VI. 1) d)).

## **2) Fiktive Abrechnung**

Ein Anspruch nach Art. 19 Abs. 8 Satz 1 KAG entsteht nicht, wenn die Gemeinde zudem eine fiktive Abrechnung des endgültigen Beitrags vorgenommen hat. Die fiktive Abrechnung unterscheidet sich terminologisch, nicht jedoch inhaltlich von der bis 31.12.2017 praktizierten endgültigen Abrechnung. Der Unterschied in der Bezeichnung rührt daher, dass eine endgültige Abrechnung nur auf Grundlage einer Satzung möglich ist, während bei einer fiktiven Abrechnung die Weitergeltung der Satzung für die Zwecke der Abrechnung fingiert werden muss.

Sobald alle für die Berechnung erforderlichen Unterlagen vorliegen, wird – unter Zugrundeliegung der gemeindlichen Satzung, die bis 31.12.2017 galt – im Wesentlichen eine Summierung der beitragsfähigen Kosten vorgenommen, hiervon der Gemeindeanteil abgezogen und anschließend die Restsumme auf die Grundstücke nach Maßgabe der Verteilungsregelung verteilt. Im Ergebnis entsteht hier für jedes Grundstück eine fiktive Beitragssumme, d.h. die Summe, die auf das Grundstück entfallen wäre, wenn die gemeindliche Beitragssatzung weitergegolten hätte.

Übersteigt die fiktive Beitragssumme die Vorauszahlung, steht dem Vorauszahlenden kein Anspruch aus Rückzahlung zu. Vielmehr kann die Gemeinde die Differenz vom Freistaat Bayern unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 9 KAG erstattet verlangen (siehe dazu

VI. 1) a) ii)). Übersteigt hingegen die Vorauszahlung die fiktive Beitragssumme (überzahlte Vorauszahlung), hat die Gemeinde gemäß Art. 19 Abs. 8 Satz 3 KAG dem Vorauszahlenden die Differenz auf Antrag und unverzinst (mangels expliziter gesetzlicher Anordnung, vgl. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b Doppelbuchst. aa KAG i.V.m. § 233 AO) zu erstatten. Eine Erstattung durch den Freistaat Bayern findet hier nicht statt, da der Gemeinde sämtliche beitragsfähigen Kosten durch die Vorauszahlungen refinanziert wurden.

Das Gesetz stellt in Art. 19 Abs. 8 Satz 2 KAG allein darauf ab, dass die Gemeinde eine fiktive Abrechnung „vorgenommen hat“. Nicht relevant ist hingegen, ob die fiktive Abrechnung auch inhaltlich richtig ist. Etwaige inhaltliche Fehler können deshalb nicht dazu führen, dass die Gemeinde die Vorauszahlung nach Art. 19 Abs. 8 Satz 1 KAG vollständig zurückzahlen hat. Der Vorauszahlende ist bei zu seinen Lasten gehenden Mängeln der fiktiven Abrechnung freilich nicht schutzlos gestellt: Im Rahmen eines Antrags auf Erstattung nach Art. 19 Abs. 8 Satz 3 KAG kann er (ggf. gerichtlich, dazu sogleich V. 4)) etwa geltend machen, ihm stünde eine (höhere) Rückzahlung zu, weil der auf sein Grundstück entfallende fiktive endgültige Beitrag niedriger gewesen wäre.

### **3) Antragstellung als Voraussetzung einer Rückzahlung an die Beitragspflichtigen**

Die Aufhebung des Vorauszahlungsbescheids nach Art. 19 Abs. 8 Satz 1 KAG und die Rückzahlung nach Art. 19 Abs. 8 Satz 1 und Satz 3 KAG erfolgen nur auf Antrag. Der Antrag nach Art. 19 Abs. 8 Satz 1 KAG muss gemäß Art. 19 Abs. 8 Satz 4 KAG bis spätestens 31.12.2025 gestellt worden sein. Das Gesetz sieht keine Form vor, so dass der Antrag formlos gestellt werden kann. Es steht der Gemeinde allerdings frei, die Antragsberechtigten über ihr Antragsrecht zu informieren und um eine dokumentierbare Form (z.B. eine E-Mail oder Textform) der Antragstellung zu bitten.

Einen frühestmöglichen Zeitpunkt für die Antragstellung durch den Bürger gibt das Gesetz nicht vor. Anträge können somit jederzeit und auch vorsorglich gestellt werden und sind von der Gemeinde – u.U. jahrelang – aufzubewahren. Sobald die Gemeinde die fiktive Abrechnung vorgenommen hat, kann sie auf Grundlage der Anträge bei überzahlten Vorauszahlungen den Unterschiedsbetrag nach Art. 19 Abs. 8 Satz 3 KAG zurückzahlen. Erstellt die Gemeinde bis 31.12. 2024 keine fiktive Abrechnung oder ist die Vorteilslage bis dahin nicht eingetreten, hat sie ab 01.01. 2025 den Antragstellern die Vorauszahlungen in Gänze zu erstatten. Anträge nach Art. 19 Abs. 8 Satz 1 KAG, die nach dem 31.12.2025 eingehen, sind verspätet.

Antragsteller und Empfänger der Rückzahlung ist der Vorauszahlende, das meint den Adressaten des Vorauszahlungsbescheids und zwar unabhängig davon, ob das Grundstück seitdem den Eigentümer gewechselt hat oder wer ursprünglich die Vorauszahlung tatsäch-

lich entrichtet hat (z. B. Leistung durch Dritte). Ist der Adressat des Vorauszahlungsbescheids verstorben, geht das Antragsrecht auf den Rechtsnachfolger über (§ 1922 BGB).

Rückzahlungsbetrag ist der nominelle Wert der Vorauszahlung. Es erfolgt weder eine Indexierung noch eine Verzinsung (Art. 19 Abs. 8 Satz 5 KAG bzw. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b Doppelbuchst. aa KAG i.V.m. § 233 AO); lediglich eine Umrechnung von D-Mark in EUR ist zulässig.

#### **4) Entscheidung über Anträge und Information der Vorauszahlenden über die fiktive Abrechnung**

Ist ein Antrag nach Art. 19 Abs. 8 Satz 1 KAG und/oder nach Art. 19 Abs. 8 Satz 3 KAG gestellt, so hat die Gemeinde über die Anträge auf Aufhebung des Vorauszahlungsbescheids und/oder Erstattung von Vorauszahlungen bei Entscheidungsreife einen Bescheid zu erlassen. Gegen diese Entscheidungen steht den Betroffenen der Rechtsweg offen. Da es sich bei diesen gemeindlichen Entscheidungen gegenüber dem Bürger um Verwaltungsakte „im Bereich des Kommunalabgabenrechts“ im Sinne des Art. 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGVwGO handelt, ist ein fakultatives Widerspruchsverfahren möglich. Widerspruch und Klage können auf Aufhebung des Vorauszahlungsbescheids und (vollständige) Erstattung der Vorauszahlungen (Art. 19 Abs. 8 Satz 1 KAG) bzw. auf Gewährung eines (höheren) Erstattungsbetrags (Art. 19 Abs. 8 Satz 3 KAG) gerichtet sein. In letzterem Fall kann das Gericht die fiktive Abrechnung im selben Umfang überprüfen wie eine endgültige Abrechnung (siehe dazu bereits V. 2)).

Über die Entscheidung über gestellte Anträge hinaus ist im Gesetz nicht vorgesehen, dass die Gemeinde die Vorauszahlenden über das Ergebnis der fiktiven Abrechnung informieren muss. Vielmehr stellt die fiktive Abrechnung lediglich eine formelle Voraussetzung für das Behaltendürfen dar. Um die Gemeinden vor unerwarteter Inanspruchnahme viele Jahre nach fiktiver Abrechnung zu schützen, ist es jedoch ratsam, auch die Vorauszahlenden, die keinen Antrag gestellt haben, über das Ergebnis der fiktiven Abrechnung und das Antragsrecht zu informieren. Aus Klarstellungsgründen ist es sinnvoll einen Hinweis aufzunehmen, dass Bürgerinnen und Bürger, die mit der Abrechnung nicht einverstanden sind, einen Antrag auf Erstattung stellen müssen.

#### **5) Erstattung von Vorauszahlungen aus anderen Gründen**

Nach Art. 19 Abs. 8 Satz 6 KAG bleiben Ansprüche auf Erstattung von Vorauszahlungen aus anderen Gründen unberührt. Dies betrifft Ansprüche, die nicht (erst) infolge der Änderungen des Kommunalabgabengesetzes, sondern (bereits) aus anderen Gründen entstanden waren.

Zu denken ist z.B. an Art. 5 Abs. 5 Satz 3 KAG oder an bereits früher entstandene Rückzahlungsansprüche des Vorauszahlenden nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (z.B. wenn eine Gemeinde nach der Erhebung von Vorauszahlungen ihr ursprüngliches Bauprogramm endgültig aufgegeben bzw. geändert hatte, so dass die Maßnahme nicht mehr beitragsfähig war und schon deshalb ausgeschlossen war, dass die endgültigen Beitragspflichten jemals entstehen können). Derartige Erstattungsansprüche des Vorauszahlenden aus anderen Gründen werden von Abs. 8 nicht geregelt und – da sie nicht durch die Änderungen des Kommunalabgabengesetzes verursacht worden sind – auch nicht vom Freistaat Bayern erstattet (vgl. zu Letzterem auch VI. 1. a) ii)).

Als weiterer Erstattungsgrund kommt im Einzelfall ein Erlass nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a KAG i.V.m. § 227 AO in Betracht. Für den Vorauszahlungsbescheid gelten hier dieselben Überlegungen wie für den endgültigen Beitragsbescheid (siehe oben bereits unter IV. 1) d)).

Eine Aufhebung von Vorauszahlungsbescheiden und/oder Rückerstattung von Vorauszahlungen außerhalb der gesetzlichen Vorgaben – also freiwillig – ist unzulässig. Auf das in Art. 75 Abs. 3 Satz 1 GO geregelte Verschenkungsverbot von Gemeindevermögen und Art. 12 Abs. 2 Satz 2 Bayerische Verfassung wird hingewiesen.

## **VI. Art. 19 Abs. 9 KAG n. F. (Erstattungen des Freistaates Bayern an die Gemeinden)**

Eine Erstattung durch den Freistaat Bayern gegenüber den Gemeinden erfolgt nur in den vom Gesetzgeber ausdrücklich normierten Fällen (Art. 19 Abs. 9 Satz 1 und 6 KAG) und dabei auch nur unter den im Gesetz (Art. 19 Abs. 9 Satz 1 ff. und 7 f. KAG) sowie der Ausführungsverordnung nach Art. 19 Abs. 9 Satz 9 KAG normierten formellen und materiellen Voraussetzungen.

Der Erstattungsanspruch nach Art. 19 Abs. 9 Satz 1 KAG (dazu VI. 1)) ist auf die den Gemeinden infolge der Abschaffung der Straßenausbaubeiträge unmittelbar entgehenden Beitragseinnahmen und damit das positive Interesse gerichtet. Hingegen deckt der Erstattungsanspruch nach Art. 19 Abs. 9 Satz 6 KAG (dazu VI. 2)) nur einen Ersatz der Aufwendungen für Planung und Vorbereitung und damit das negative Interesse ab.

Welcher Erstattungsanspruch in Betracht kommt, hängt maßgeblich davon ab, ob das Tatbestandsmerkmal des Art. 19 Abs. 9 Satz 3 Nr. 3 KAG erfüllt ist oder nicht. War bis zum Stichtag 11.04.2018 (Tag der Einbringung des Gesetzentwurfs) das Vergabeverfahren für die erste Bauleistung bereits eingeleitet oder mit eigenem Personal mit der technischen Herstellung begonnen worden, dann kommt nur eine Erstattung entgangener Beiträge nach Art. 19 Abs. 9 Satz 1 KAG in Frage, hingegen kein Aufwendungsersatz nach

Art. 19 Abs. 9 Satz 6 KAG. Waren die Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 9 Satz 3 Nr. 3 KAG zum Stichtag hingegen nicht erfüllt, scheidet ein Anspruch nach Art. 19 Abs. 9 Satz 1 KAG aus und kommt nur ein Anspruch nach Art. 19 Abs. 9 Satz 6 KAG in Betracht.

## **1. Erstattungsanspruch nach Art. 19 Abs. 9 Satz 1 KAG**

### **a) unmittelbar entgehende Beiträge**

#### **i. Grundsätze**

Art. 19 Abs. 9 Satz 1 KAG umfasst die den Gemeinden infolge der Abschaffung des Straßenausbaubeitragsrechts unmittelbar entgehenden Beiträge. Erstattet werden (nur) die Beiträge, welche die Gemeinde – die Änderungen des Kommunalabgabengesetzes hinweggedacht – hätte erheben können.

Ein Beitrag kann nur dann entgangen sein, wenn für eine bestimmte Straßenausbaubeitragsmaßnahme nach Maßgabe einer erlassenen Straßenausbaubeitragssatzung die sachlichen Beitragspflichten bis 31.12.2017 tatsächlich entstanden sind bzw. ab 01.01.2018 fiktiv entstanden wären: Nur unter dieser Voraussetzung hätte die Gemeinde den Beitrag erheben können, wäre es nicht zur Abschaffung der Straßenausbaubeiträge gekommen. Unbeschadet dessen ergibt sich auch aus Art. 19 Abs. 9 Satz 2 KAG, dass Voraussetzung einer Erstattung nach Art. 19 Abs. 9 Satz 1 KAG das tatsächliche bzw. fiktive Entstehen der sachlichen Beitragspflichten ist.

Ab dem 01.01.2018 kann nur mehr von fiktiven entstandenen sachlichen Beitragspflichten die Rede sein. Ein tatsächliches Entstehen der sachlichen Beitragspflichten nach dem 31.12.2017 ist schon deshalb ausgeschlossen, weil ab diesem Zeitpunkt die Beitragssatzungen als unwirksam zu betrachten sind (dazu schon oben II. 1. B, insbesondere die Gesetzesbegründung LT-Drs. 17/21586 vom 11.04.2018 S. 7). Grundlage für das Entstehen der sachlichen Beitragspflichten ist die zuletzt am 31.12.2017 geltende Satzung bzw. eine noch bis spätestens 11.04.2018 erlassene Satzung (vgl. Art. 19 Abs. 9 Satz 3 Nr. 1 KAG und dazu unten VI. 1) b) i)). Für die Zwecke des Erstattungsverfahrens wird nach dem Willen des Gesetzgebers die Weitergeltung des Kommunalabgabengesetzes in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung und der zu diesem Zeitpunkt geltenden bzw. noch bis spätestens 11.04.2018 erlassenen gemeindlichen Beitragssatzung fingiert (vgl. etwa Art. 19 Abs. 9 Satz 2 KAG).

Ein durch die Abschaffung der Straßenausbaubeiträge entgangener Beitrag kann nur dann vorliegen, wenn es sich um eine nach Straßenausbaubeitragsrecht abrechenbare Maßnah-



me gehandelt hätte. Dies ist z.B. nicht der Fall, wenn eine Straße noch dem Anwendungsbereich des Erschießungsbeitragsrechts unterliegt oder wenn es sich nicht um eine Verbesserung oder Erneuerung, sondern nur um eine Unterhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahme gehandelt hat.

Die Höhe der unmittelbar entgehenden Beiträge ergibt sich vorbehaltlich besonderer Konstellationen im Grundsatz aus dem beitragsfähigen Gesamtaufwand für die Straßenausbaumaßnahme jeweils abzüglich des satzungsmäßigen Gemeindeanteils, etwaiger Zuwendungen Dritter, die nach ihrer Zweckbestimmung zur Entlastung der Beitragspflichtigen bestimmt waren (anderweitige Deckung), etwaiger durch Bescheide über den endgültigen Beitrag, durch Vorauszahlungsbescheide und Ablösevereinbarungen abgedeckter Beträge sowie der bei der Aufwandsverteilung auf gemeindeeigene Grundstücke entfallenden Beträge. Berücksichtigt werden dürfen nur die beitragsfähigen Aufwendungen. Daran fehlt es, wenn der Aufwand nicht erforderlich ist. Besonders kostenintensive Maßnahmen wie z.B. eine besonders teure Straßenausstattung in Gestalt eines aufwändigen Pflasters in der Altstadt gehören auch dann nicht dazu, wenn entsprechende Gemeinderatsbeschlüsse oder Sondersatzungen vorliegen. In diesen Fällen sind die zusätzlichen Kosten herauszurechnen. Zuwendungen Dritter (z.B. Fördergelder) sind nur dann abzuziehen, wenn sie – wie nur selten – zur Entlastung der Beitragspflichtigen bestimmt waren (anderweitige Deckung). Hingegen erfolgt kein Abzug, wenn die Zuwendungen Dritter – wie häufig – dazu dienen sollen, den von der Gemeinde endgültig zu tragenden Aufwand wie etwa nicht beitragsfähige Kosten und den satzungsmäßigen Gemeindeanteil zu decken. Im Ergebnis wird die Summe erstattet, welche die Gemeinde insgesamt von den Beitragsschuldnern hätte erlangen können. Der Freistaat Bayern tritt an die Stelle der Gesamtheit der Beitragsschuldner.

## ii. Einzelfälle

### - **Aufhebung einer Satzung**

Hatte eine Gemeinde vor dem Entstehen der sachlichen Beitragspflichten für eine Straßenausbaumaßnahme ihre Beitragssatzung wieder aufgehoben (und auch bis spätestens 11.04.2018 nicht erneut erlassen), dann kann sich hinsichtlich einer solchen Straßenausbaumaßnahme kein unmittelbar entgangener Beitrag ergeben. Ohne Straßenausbaubeitragsatzung hätte die Gemeinde auch bei Weitergeltung des Straßenausbaubeitragsrechts keine Beiträge erheben können.

### - **Verjährung oder Eintritt der Vorteilslage**

Ein unmittelbar entgangener Beitrag liegt u.a. dann nicht vor, wenn vor dem 01.01.2018 bereits Festsetzungs- oder Zahlungsverjährung eingetreten war oder die Ausschlussfrist des

Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. b Doppelbuchst. bb Spiegelstrich 1 KAG wegen Eintritts der Vorteilslage gegriffen hatte. In diesem Fall hätte die Gemeinde auch bei Fortgeltung des Straßenausbaubeitragsrechts keine Beiträge mehr erheben können.

- **erlassene Beiträge**

Nicht von einem unmittelbar entgangenen Beitrag gesprochen werden kann auch dann, wenn eine Gemeinde Beiträge erlassen hat (z. B. nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a KAG i. V. m. § 227 AO): In diesem Fall ist unmittelbare Ursache für das Entgehen der Beiträge nicht die Änderung im Kommunalabgabengesetz, sondern die eigene Ermessensentscheidung der Gemeinde, die Beiträge zu erlassen.

- **von der Gemeinde gemäß Art. 19 Abs. 8 KAG erstattete oder zu erstattende Vorauszahlungen**

Ein unmittelbar entgangener Beitrag kann ferner auch nicht dadurch entstehen, dass eine Gemeinde gemäß Art. 19 Abs. 8 Satz 1 und 2 KAG Vorauszahlungen zu erstatten hatte oder (möglicherweise) noch zu erstatten haben wird. Denn nicht die Änderungen des Kommunalabgabengesetzes, sondern das Versäumnis der Gemeinde, eine bereits begonnene Straßenausbaubeitragsmaßnahme bis 31.12.2024 technisch zu beenden und eine fiktive Abrechnung des endgültigen Beitrags vorzunehmen, ist unmittelbare Ursache für die Rückzahlung der Vorauszahlung. Bei einer Berechnung des entgangenen Betrags sind Vorauszahlungen deshalb selbst dann rechnerisch in Abzug zu bringen, wenn diese nach Art. 19 Abs. 8 Satz 1 und 2 KAG zurückzuzahlen waren oder (möglicherweise) noch sind.

Kein entgangener Beitrag liegt ferner dann vor, wenn eine Gemeinde gemäß Art. 19 Abs. 8 Satz 3 KAG überzahlte Vorauszahlungen zu erstatten hat. Der Gemeinde verbleiben in diesem Fall die ihr nach der fiktiven Abrechnung des endgültigen Beitrags tatsächlich zustehende Beträge. Ihr entgehen keine Beiträge, vielmehr kann sie jenen Betrag behalten, der ihr auch bei Fortgeltung des Straßenausbaubeitragsrechts letztlich zugestanden hätte.

Da mithin die Frage einer etwaigen Rückerstattung von Vorauszahlungen nach Art. 19 Abs. 8 Sätze 1 und 2 sowie 3 KAG von den Gemeinden an den Vorauszahlenden keine Relevanz für die Erstattung des Freistaats Bayern an die Gemeinden nach Art. 19 Abs. 9 KAG haben kann, muss mit einer Entscheidung über Erstattungsanträge der Gemeinden nach Art. 19 Abs. 9 KAG nicht abgewartet werden, bis feststeht, ob Erstattungsansprüche der Vorauszahlenden nach Art. 19 Abs. 8 Sätze 1 und 2 sowie 3 KAG bestehen.

Sind Ansprüche auf Erstattung von Vorauszahlungen nicht (erst) infolge der Änderungen des Kommunalabgabengesetzes zum 01.01.2018, sondern (bereits) aus anderen Gründen entstanden (vgl. dazu Art. 19 Abs. 8 Satz 6 KAG und hierzu bereits oben V. 5)), kann ebenfalls nicht von durch das Änderungsgesetz unmittelbar entgangenem Beitrag gesprochen werden.

- **Unterdeckung durch Vorauszahlungsbescheide**

Zu einem unmittelbar entgangenem Beitrag kann es hingegen dann kommen, wenn sich bei der fiktiven Abrechnung des endgültigen Beitrags gemäß Art. 19 Abs. 8 Satz 1 und 2 KAG ergibt, dass die endgültigen Beiträge höher gewesen wären als die bereits durch die Vorauszahlung erlangten Einnahmen (Unterdeckung). In diesem Fall ist nämlich die Abschaffung des Straßenausbaubeitragsrechts kausal für die fehlende Möglichkeit der „Nacherhebung“ durch Erlass der endgültigen Beitragsbescheide.

- **gemeindeeigene Grundstücke**

Kein unmittelbar entgangener Beitrag liegt vor hinsichtlich des auf gemeindeeigene Grundstücke entfallenden Aufwands. Auch ohne Abschaffung des Straßenausbaubeitragsrechts hätte eine Gemeinde den bei der Verteilung auf ein gemeindeeigenes Grundstück entfallenden Anteil des Aufwands selbst tragen müssen. Gehört bei einer Straßenausbaubeitragsmaßnahme ein gemeindeeigenes Grundstück zu den beitragspflichtigen Grundstücken, kommt es im Erstattungsverfahren deshalb ausnahmsweise auch auf Verteilungsfragen an. Die Gemeinden haben in diesem Ausnahmefall eine Aufstellung vorzulegen, aus der die satzungsmäßige Verteilung des beitragsfähigen Aufwands auf die beitragspflichtigen Grundstücke hervorgeht.

- **Bescheide, die ab dem 01.01.2018 erlassen wurden**

Für die Berechnung des unmittelbar entgangenen Betrags ist es relevant, wenn eine Gemeinde gemäß Art. 19 Abs. 7 Satz 2, 3 und 5 KAG Bescheide, mit denen ab dem 01.01.2018 Beiträge oder Vorauszahlungen festgesetzt worden waren, aufzuheben und auf Grundlage dieser Bescheide vereinnahmte Zahlungen zu erstatten hatte (vgl. dazu schon IV. 2)). Bei der Berechnung des entgangenen Betrags sind die in solchen Bescheiden festgesetzten Zahlungen nicht rechnerisch in Abzug zu bringen. Die Abschaffung der Straßenausbaubeiträge ist insoweit unmittelbar Ursache dafür, dass der Gemeinde diese Zahlungen entgehen.

- **Aufhebung von bis 31.12.2017 erlassenen Bescheiden durch die Gemeinde, die Widerspruchsbehörde oder das Gericht**

Ob und ggf. inwieweit es in Fällen der Aufhebung von bis zum 31.12.2017 erlassenen Bescheiden – z.B. Abhilfe, Widerruf oder Rücknahme durch die Gemeinde selbst, Aufhebung

durch die Widerspruchsbehörde oder durch ein Gericht – zu einem unmittelbar entgangenem Beitrag kommt, ist eine Frage des Einzelfalls. Wird ein Bescheid z. B. aufgehoben, weil es sich nur um eine Unterhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahme gehandelt hat, die sachlichen Beitragspflichten noch nicht entstanden waren oder bereits Festsetzungsverjährung eingetreten war, dann liegt auch kein entgangener Beitrag vor. Auch im Falle eines Widerrufs (§ 130 AO) oder der Rücknahme (§ 131 AO) eines Bescheids kommt es im Regelfall nicht zu einem unmittelbar entgangenem Beitrag, weil hier nicht die Abschaffung des Straßenausbaubeitragsrechts, sondern die eigene Ermessensentscheidung der Gemeinde unmittelbare Ursache für den entgangenen Beitrag ist.

Ist es einer Gemeinde in einem Widerspruchs- oder Gerichtsverfahren möglich, einen ursprünglich fehlerhaften Bescheid zu heilen (so z.B. durch die Nachholung einer Widmung, die Änderung des Bauprogramms, etc.), obliegt es ihr, die entsprechenden Maßnahmen zu ergreifen. Unterlässt sie dies, so ist Ursache des entgangenen Beitrags diese Obliegenheitsverletzung. Eine solche Heilung von bis 31.12.2017 erlassenen Bescheiden ist auch nach dem 31.12.2017 noch möglich. Zwar tritt die Wirkung der Heilung grundsätzlich ex nunc ein und entstehen erst durch diese die sachlichen Beitragspflichten. Die Stichtagsregelung in Art. 19 Abs. 7 KAG stellt allerdings auf den Zeitpunkt des Bescheidserlasses ab (und nicht auf den Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflichten, siehe dazu schon IV. 1) a)).

Zu einem unmittelbar entgangenem Beitrag im Sinne des Art. 19 Abs. 9 Satz 1 KAG kann es hingegen kommen, wenn ein Bescheid z.B. aufgehoben wurde, weil das herangezogene Grundstück nicht beitragspflichtig war. Bislang konnte und musste die Gemeinde in einem solchen Fall den betroffenen Betrag bei den Beitragspflichtigen der zu Recht herangezogenen Grundstücke nacherheben, wenn bestimmte Voraussetzungen vorlagen, wie z.B., dass noch keine Festsetzungsverjährung eingetreten war. Ist eine solche Nacherhebung nunmehr allein infolge der Abschaffung der Straßenausbaubeiträge nicht mehr möglich, dann liegt insoweit ein unmittelbar entgangener Beitrag vor.

#### - **Ablöseverträge**

Da die Abschaffung des Straßenausbaubeitragsrechts auch nicht unmittelbare Ursache für die etwaige Rückzahlung von Ablösesummen durch die Gemeinde sein kann (siehe dazu im Einzelnen unten VII.), kann es auch insoweit nicht zu einem unmittelbar entgangenem Betrag kommen.

## **b) Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 19 Abs. 9 Satz 3 KAG**

Ein Erstattungsanspruch nach Art. 19 Abs. 9 Satz 1 KAG besteht nur für solche Straßenausbaubeitragsmaßnahmen, für welche die in Satz 3 genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind.

### **i. zu Satz 3 Nr. 1**

Anspruchsvoraussetzung ist zunächst, dass die Gemeinde spätestens bis zum 11.04.2018 (Tag der Einbringung des Gesetzentwurfs) eine Straßenausbaubeitragsatzung nach Art. 5 Abs. 1 Satz 3 KAG (Satzung für einmalige Beiträge) oder Art. 5b Abs. 1 KAG (Satzung für wiederkehrende Beiträge) jeweils in der bis zum 31.12.2017 (Tag vor dem Inkrafttreten des Gesetzes) geltenden Fassung erlassen hatte.

„Spätestens“ bedeutet, dass die Gemeinden nicht notwendigerweise auch am Stichtag selbst über eine Satzung verfügen mussten. Vielmehr können sie – unbeschadet der weiteren Voraussetzungen – grundsätzlich auch dann Erstattungsansprüche nach Art. 19 Abs. 9 Satz 1 KAG haben, wenn sie zu irgendeinem in der Vergangenheit vor dem Stichtag liegenden Zeitpunkt eine Satzung erlassen, diese aber vor dem Stichtag wieder aufgehoben hatten. Die in Art. 19 Abs. 9 Satz 3 Nr. 1 KAG normierte Anspruchsvoraussetzung schließt mithin nur solche Gemeinden von der Erstattung aus, die vor dem Stichtag niemals eine Straßenausbaubeitragsatzung erlassen hatten. Die Aufhebung einer Satzung hat indes sowohl für die Anspruchsvoraussetzung eines „unmittelbar entgangenen Beitrags“ (dazu schon VI. 1) a) ii)) als auch für die in Art. 19 Abs. 9 Satz 3 Nr. 2 KAG geregelte weitere Anspruchsvoraussetzung Bedeutung, wonach es sich um eine nach Maßgabe einer Straßenausbaubeitragsatzung beitragsfähige Maßnahme handeln muss (dazu sogleich VI. 1) b) ii) (1)).

Eine Satzung gilt dann als erlassen, wenn der Gemeinderat den Satzungsbeschluss gefasst hat und die Satzung ausgefertigt und bekannt gemacht wurde.

Der Gesetzgeber hat in Art. 19 Abs. 9 Satz 3 Nr. 1 KAG als Stichtag den 11.04.2018 bestimmt und damit hinsichtlich des gemeindlichen Erstattungsanspruchs ausdrücklich auch erst nach dem 01.01.2018 (und bis 11.04.2018) erlassene Satzungen für relevant erklärt. Für den Erstattungsanspruch unbeachtlich ist deshalb, dass eine von der Gemeinde im Zeitraum 01.01.2018 bis 11.04.2018 erlassene Satzung unwirksam ist, soweit sie gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 KAG n. F. verstößt (siehe oben II. 1) a)). Nach dem Willen des Gesetzgebers kann auch eine aus diesem Grunde unwirksame Satzung Grundlage eines Erstattungsanspruchs sein.

Unschädlich für den Erstattungsanspruch ist es, wenn eine Gemeinde eine rechtzeitig erlassene Satzung nach nunmehr erfolgter Abschaffung des Straßenausbaubeitragsrechts aus

Gründen der Rechtsklarheit für die Zukunft wieder aufhebt (siehe dazu oben II. 1) b)). Die Erstattung nach Art. 19 Abs. 9 Satz 1 KAG bleibt von einer solchen deklaratorischen Aufhebung einer ohnehin unwirksam gewordenen Satzung für die Zukunft unberührt. Für die Zwecke des Erstattungsverfahrens wird nach dem Willen des Gesetzgebers die Weitergeltung des Kommunalabgabengesetzes in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung und der zu diesem Zeitpunkt geltenden bzw. noch bis spätestens 11.04.2018 erlassenen gemeindlichen Beitragssatzung fingiert (vgl. etwa Art. 19 Abs. 9 Satz 2 KAG).

Die Erstattungsbehörde hat mangels Normverwerfungskompetenz grundsätzlich von der Wirksamkeit der gemeindlichen Satzung auszugehen.

## ii. **Satz 3 Nr. 2**

Weitere kumulative Anspruchsvoraussetzung ist, dass die Gemeinde für die demnach (also für die nach der in Art. 19 Abs. 9 Satz 3 Nr. 1 KAG genannten Straßenausbaubeitragssatzung) beitragsfähigen Maßnahmen in einem der Rechtsaufsichtsbehörde nach Art. 65 Abs. 2 GO spätestens am 11.04.2018 (Tag der Einbringung des Gesetzentwurfs) vorgelegten Haushaltsplan Ausgaben im Vermögenshaushalt, Auszahlungen aus Investitionstätigkeit oder Verpflichtungsermächtigungen veranschlagt hatte.

### **(1) demnach beitragsfähige Maßnahme**

Es muss sich erstens um eine Maßnahme gehandelt haben, die gemessen an der in Satz 3 Nr. 1 KAG genannten Straßenausbaubeitragssatzung beitragsfähig gewesen wäre. War eine Maßnahme ganz oder teilweise nicht beitragsfähig in diesem Sinne, so schließt Art. 19 Abs. 9 Satz 3 Nr. 2 KAG (insoweit) eine Erstattung aus (unbeschadet des Umstands, dass es bei ganz oder teilweise nicht beitragsfähigen Maßnahmen zusätzlich auch an der in Art. 19 Abs. 9 Satz 1 KAG normierten Voraussetzung eines unmittelbar entgangenen Beitrags fehlt). Nicht beitragsfähig im Sinne des Satz 3 Nr. 2 KAG sind z.B. Maßnahmen, die noch in den Anwendungsbereich des Erschließungsbeitragsrechts fallen oder bei denen es sich nicht um eine Verbesserung und Erneuerung, sondern lediglich um eine Unterhaltungs- oder Instandsetzungsmaßnahme handelt, oder hinsichtlich der bereits Festsetzungs- oder Zahlungsverjährung oder ein Ausschluss nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. b Doppelbuchst. bb Spiegelstrich 1 KAG wegen Eintritts der Vorteilslage eingetreten war.

Ebenso nicht beitragsfähig sind solche Maßnahmen, bei denen die Gemeinde vor Entstehen der sachlichen Beitragspflichten die Straßenausbaubeitragssatzung wieder aufgehoben (und auch nicht bis spätestens 11.04.2018 erneut erlassen) hatte. Ohne Straßenausbaubeitragssatzung kann es keine beitragsfähige Maßnahme im Sinne des Satz 3 Nr. 2 KAG geben.

## **(2) Veranschlagung im Haushaltsplan**

Zweitens müssen für die Maßnahme in einem spätestens am 11.04.2018 vorgelegten Haushaltsplan Ausgaben im Vermögenshaushalt, Auszahlungen aus Investitionstätigkeit oder Verpflichtungsermächtigungen veranschlagt gewesen sein. Maßgeblich ist der Eingang bei der Rechtsaufsichtsbehörde. Die Frage der Wirksamkeit des Haushaltsplans spielt dabei keine Rolle. Darauf, ob auch die Beitragseinnahme bereits veranschlagt war, kommt es ebenfalls nicht an.

Ausgaben im Vermögenshaushalt, Auszahlungen aus Investitionstätigkeit oder Verpflichtungsermächtigungen müssen in irgendeinem bis 11.04.2018 vorgelegten Haushaltsplan enthalten gewesen sein. Die Veranschlagung kann also auch in einem früheren Haushaltsjahre als 2018 betreffenden Haushaltsplan erfolgt sein.

Maßnahmen, für welche die Ausgaben im Vermögenshaushalt, Auszahlungen aus Investitionstätigkeit oder Verpflichtungsermächtigungen zum ersten Mal in einem nach dem 11.04.2018 vorgelegten Haushaltsplan veranschlagt sind – dies wird in der Praxis in erster Linie einzelne Haushalte für das Haushaltsjahr 2018 betreffen – werden im Rahmen der Erstattung nach Art. 19 Abs. 9 Satz 1 KAG hingegen nicht berücksichtigt. Darüber hinaus wird es in einem solchen Fall auch an der weiteren Voraussetzung des Satz 3 Nr. 3 KAG fehlen, da nicht ersichtlich ist, wie ohne jegliche Veranschlagung in einem Haushaltsplan ein Vergabeverfahren für die erste Bauleistung eingeleitet oder mit eigenem Personal mit der technischen Herstellung begonnen werden könnte (vgl. Art. 64 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 2 GO). Vom Haushaltsplan im Sinne der Art. 63, 64 GO zu unterscheiden ist die mittelfristige Finanzplanung im Sinne des Art. 70 GO. Der Finanzplan und das Investitionsprogramm sind kein Haushaltsplan. Durch eine Veranschlagung allein im Rahmen der mittelfristigen Finanzplanung (Finanzplan, Investitionsprogramm) wird die Voraussetzung des Satz 3 Nr. 2 KAG nicht erfüllt.

Für Satz 3 Nr. 2 KAG ist es allerdings nicht notwendig, dass in dem bis spätestens 11.04.2018 vorgelegten Haushaltsplan die Ausgaben für die Straßenbaumaßnahme bereits in voller Höhe veranschlagt waren. Es genügt vielmehr, dass in einem solchen Haushaltsplan ein Teilbetrag der Aufwendungen enthalten war. Hat eine Gemeinde beispielsweise die Aufwendungen für eine Straßenbaumaßnahme teilweise im (rechtzeitig vorgelegten) Haushaltsplan für 2018 veranschlagt und den Restbetrag im Rahmen der mittelfristigen Finanzplanung im Finanzplan für 2019 und 2020 berücksichtigt, dann ist die Voraussetzung des Satz 3 Nr. 2 KAG erfüllt.

### iii. Satz 3 Nr. 3

Weitere Voraussetzung für einen Erstattungsanspruch nach Art. 19 Abs. 9 Satz 1 KAG ist, dass die Gemeinde spätestens am 11.04.2018 (Tag der Einbringung des Gesetzentwurfs) das Vergabeverfahren für die erste Bauleistung eingeleitet oder – wenn aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens verzichtet werden konnte – mit der technischen Herstellung durch eigenes Personal begonnen hatte. Lagen diese Voraussetzungen nicht vor, dann kommt allenfalls ein Aufwandsersatzanspruch nach Art. 19 Abs. 9 Satz 6 KAG in Betracht (dazu VI. 2)), nicht jedoch ein „voller“ Beitragserstattungsanspruch nach Art. 19 Abs. 9 Satz 1 KAG.

Mit „Einleitung des Vergabeverfahrens“ für die erste Bauleistung ist die „Ausschreibung“ der ersten Bauleistung gemeint, die Ausschreibung nur einer Planungsleistung genügt nicht. Für die Einleitung des Vergabeverfahrens im Sinne des Satz 3 Nr. 3 KAG ist es erforderlich, dass die Gemeinde bis spätestens 11.04.2018 nicht nur ihren internen Willensbildungsprozesses zur Ausschreibung abgeschlossen hatte, sondern darüber hinaus von ihrer Seite alles veranlasst hatte, damit es zu einer Eröffnung des Vergabeverfahrens durch Veröffentlichung der Ausschreibung (z.B. im Bayerischen Staatsanzeiger) kommt. Hierfür genügt die Absendung des Auftrags zur Bekanntmachung, aber auch das Absenden eines Auftrags an einen Dritten (z.B. ein Ingenieurbüro), die Ausschreibung einschließlich deren Veröffentlichung für die Gemeinde durchzuführen. Unschädlich ist es, wenn die (rechtzeitig beauftragte) Veröffentlichung der Ausschreibung tatsächlich erst nach dem 11.04.2018 erfolgte. Nicht entscheidend ist, ob das Verfahren im vergaberechtlichen Sinn tatsächlich rechtzeitig eingeleitet war. Der abgabenrechtliche Begriff der Einleitung des Verfahrens im Sinne des Satz 3 Nr. 3 KAG ist nicht uneingeschränkt identisch mit dem vergaberechtlichen Begriff der Verfahrenseinleitung. Nur letzterer dient dem Bieterschutz. Bei Satz 3 Nr. 3 KAG geht es hingegen allein darum, dass zum Stichtag 11.04.2018 eine ernsthafte und verbindliche Entscheidung der Gemeinde vorlag, die Straßenausbaumaßnahme auch tatsächlich durchzuführen.

Ist die Ausschreibung einer Straßenausbaumaßnahme rechtzeitig bis zum 11.04.2018 in die Wege geleitet worden, schaden eine spätere Aufhebung dieser Ausschreibung und deren erneute Ausschreibung dann nicht, wenn die rechtlichen Voraussetzungen hierfür gegeben waren. Entscheidend für den Tatbestand des Satz 3 Nr. 3 KAG ist, dass die Einleitung der Vergabe der ersten Bauleistung rechtzeitig bis zum Stichtag erfolgt war. Mit dieser Einleitung ist dokumentiert, dass eine ernsthafte und verbindliche Entscheidung der Gemeinde vorlag, die Straßenausbaumaßnahmen auch tatsächlich durchzuführen. Ein Missbrauch wird einerseits durch die Regelung des Art. 19 Abs. 9 Satz 5 KAG verhindert, wonach nach dem 11.04.2018 eine Veränderung des Bauprogramms zu Lasten des Freistaats Bayern ausge-



geschlossen ist, und zum anderen auch dadurch, dass die Aufhebung der Ausschreibung und Neuausschreibung vergaberechtlich rechtmäßig sein müssen.

In den Fällen, in denen im Zuge einer Dorferneuerung die Ausschreibung nicht durch die Gemeinde selbst, sondern durch die Teilnehmergeinschaft erfolgt, kommt es auf den Zeitpunkt der Einleitung der Ausschreibung durch die Teilnehmergeinschaft an; sie ist der Gemeinde im Rahmen dieser Regelung zuzurechnen.

Hat die Gemeinde (nachweislich) geplant und beschlossen, die Maßnahme selbst mit eigenem Personal (z.B. Bauhof) durchzuführen und konnte eine Vergabe tatsächlich und rechtlich entfallen, ist stattdessen an den (nachgewiesenen) Beginn der technischen Straßenausbaumaßnahme („erster Spatenstich“) anzuknüpfen.

**iv. Satz 3 Nr. 4**

Der gemeindliche Antrag auf Erstattung muss spätestens am 30.04.2028 bei der Erstattungsbehörde eingereicht worden sein.

**c) Satz 4**

Art. 19 Abs. 9 Satz 4 KAG enthält eine Regelung über den Ausschluss der Erstattung bei einer rechtswidrig unterlassenen straßenrechtlichen Widmung. Betroffen ist nur die Fallgestaltung, dass am 11.04.2018 die sachlichen Beitragspflichten allein deshalb nicht entstanden waren oder (fiktiv) entstanden gewesen wären, weil eine hierfür erforderliche Widmung von der Gemeinde als Straßenbaubehörde nicht innerhalb eines Jahres nach ordnungsgemäßer Herstellung der Straßen vorgenommen worden war. Wären hingegen an diesem Tag die sachlichen Beitragspflichten auch aus anderen Gründen noch nicht entstanden gewesen (z.B. weil bei entsprechender Satzungsregelung der Gesamtaufwand mangels Vorliegen aller Rechnungen noch nicht feststellbar war), ist Abs. 9 Satz 4 KAG nicht einschlägig. Mit der Regelung in Abs. 9 Satz 4 KAG soll verhindert werden, dass Gemeinden, die bei einer möglicherweise schon seit längerem tatsächlich abgeschlossenen Maßnahme die sachlichen Beitragspflichten allein dadurch nicht haben entstehen lassen, dass sie unter Verstoß gegen Art. 47 Abs. 2 BayStrWG eine straßenrechtlich erforderliche Widmung unterlassen und deshalb von einer Beitragserhebung beim Bürger abgesehen haben, nun durch Nachholen der Widmung eine Erstattungsleistung des Freistaats Bayern erlangen können.

**d) Satz 5**

Für Maßnahmen, für die am 11.04.2018 die sachlichen Beitragspflichten noch nicht entstanden waren oder (fiktiv) gewesen wären, werden nach Art. 19 Abs. 9 Satz 5 KAG höchstens die Beiträge erstattet, die sich bei Ausführung der Maßnahme gemäß dem an diesem Tag

bestehenden Bauprogramm ergeben haben oder ergeben hätten. Damit ist sichergestellt, dass sich bis zum Entstehen der sachlichen Beitragspflichten grundsätzlich mögliche Änderungen des Bauprogramms nach diesem Stichtag nicht (mehr) zu Lasten des Freistaats Bayern auswirken können. Eine Reduzierung des Bauprogramms, die zu einem geringeren Kostenaufwand für die Gemeinde (und damit zu einem niedrigeren Erstattungsanspruch gegenüber dem Staat) führt oder eine kostenneutrale Änderung, sind hingegen unschädlich und mit Blick auf das Entstehenlassen (fiktiver) sachlicher Beitragspflichtiger (siehe dazu VI. 1) a) i) und VI. 3) b)) sowie auf die Herbeiführung des Eintritts der Vorteilslage (vgl. dazu V. 1)) möglich. Die Regelung des Abs. 9 Satz 5 KAG deckelt die Höhe der vom Staat zu erstattenden Kosten nach oben auf das, was durch die Realisierung des ursprünglichen Bauprogramms entstanden wäre.

Von Satz 5 umfasst ist auch die Fallgestaltung, dass das ursprüngliche Bauprogramm der Gemeinde nicht zu einer beitragsfähigen Maßnahme geführt hätte (etwa weil es sich nur um eine Unterhaltungs- oder Instandsetzungsmaßnahme gehandelt hat). Gleiches gilt für die Fallgestaltung, dass eine Gemeinde ein ursprünglich weitergehendes Bauprogramm nachträglich endgültig aufgeben hatte (was z.B. dann der Fall sein kann, wenn eine nicht vollständig ausgeführte Maßnahme über viele Jahre nicht weitergebaut wurde) und deshalb anders als ursprünglich geplant lediglich eine nicht beitragsfähige Maßnahme verblieb (z. B. ein nicht beitragsfähiger Teilstreckenausbau). In beiden Fällen ist durch Satz 5 ausgeschlossen, dass die Gemeinde durch eine (erneute) Änderung des Bauprogramms nach dem Stichtag eine beitragsfähige und damit grundsätzlich erstattungsfähige Maßnahme generiert.

## **2. Erstattungsanspruch nach Art. 19 Abs. 9 Satz 6 KAG**

Der Erstattungsanspruch nach Art. 19 Abs. 9 Satz 6 KAG richtet sich auf den Ersatz von Aufwendungen. Er deckt das negative Interesse ab. Nach Sinn und Zweck der Regelung muss auch hinsichtlich dieses Anspruchs stets ein innerer Zusammenhang mit der Abschaffung des Straßenausbaubeitragsrechts bestehen. Wurde also beispielsweise die Planung und Vorbereitung einer Straßenbaumaßnahme schon vor längerer Zeit und damit ganz unabhängig von der Abschaffung des Straßenausbaubeitragsrechts abgebrochen, scheidet allein deshalb ein Erstattungsanspruch nach Art. 19 Abs. 9 Satz 6 KAG aus. Weichenstellung zwischen den Ansprüchen nach Satz 1 und nach Satz 6 ist die Frage, ob das Tatbestandsmerkmal des Art. 19 Abs. 9 Satz 3 Nr. 3 KAG (Vergabe oder Beginn der Herstellung) erfüllt ist oder nicht (dazu sogleich).

#### **a) Von Satz 6 umfasste Aufwendungen**

Voraussetzung des Erstattungsanspruchs nach Satz 6 ist zunächst, dass es sich um vor dem 11.04.2018 (Tag der Einbringung des Gesetzentwurfs) getätigte Aufwendungen für Planung und Vorbereitung von Straßenausbaubeitragsmaßnahmen handelt.

Der Begriff der Straßenausbaubeitragsmaßnahme ist in Art. 5 Abs. 1 Satz 3 KAG legaldefiniert als Maßnahme zur Verbesserung oder Erneuerung von Ortsstraßen, beschränkt-öffentlichen Wegen, in der Baulast der Gemeinden stehenden Teile von Ortsdurchfahrten und der Straßenbeleuchtung.

Ersetzt werden Aufwendungen für Planung und Vorbereitung, soweit diese beitragsfähig sind: Das sind z.B. Kosten für die Beauftragung eines Planers, für die Beauftragung von Bodenuntersuchungen oder für die Vorbereitung des Vergabeverfahrens. Hierunter fallen auch entsprechende Planungsleistungen des eigenen Personals (vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 KAG). Durch Satz 6 Halbsatz 2 KAG ist klargestellt, dass Aufwendungen für Grunderwerb oder die Übernahme von Anlagen nicht als Aufwendungen für die Planung und Vorbereitung im Sinne des Satz 6 verstanden werden.

Vor dem 11.04.2018 getätigt sind Aufwendungen dann, wenn die Gemeinde bis dahin entsprechende Ausgaben bereits geleistet oder sich zumindest gegenüber Dritten vertraglich zur Leistung verpflichtet hatte.

#### **b) Voraussetzungen nach Sätzen 3, 4 und 5**

Ein Erstattungsanspruch nach Satz 6 besteht nur dann, wenn die Voraussetzungen nach den Sätzen 3 und 5 mit Ausnahme von Satz 3 Nr. 3 vorliegen und die Erstattung nicht nach Satz 4 ausgeschlossen ist.

Positive Voraussetzung des Anspruchs nach Satz 6 ist, dass wie beim Anspruch nach Satz 1 die Voraussetzungen gemäß Satz 3 Nrn. 1, 2 und 4 vorliegen: Die Gemeinde muss also bis spätestens 11.04.2018 eine Satzung erlassen gehabt haben. Außerdem muss es sich um eine gemessen an dieser Satzung beitragsfähige Maßnahme gehandelt haben. Für diese Straßenbaumaßnahme muss die Gemeinde in einem der Rechtsaufsichtsbehörde spätestens am 11.04.2018 vorgelegten Haushaltplan Ausgaben oder eines der Surrogate veranschlagt haben. Den Erstattungsantrag muss die Gemeinde bis spätestens 30.04.2028 gestellt haben. Wegen der näheren Einzelheiten hinsichtlich der Auslegung von Satz 3 Nrn. 1, 2 und 4 wird auf die obigen Ausführungen zum Erstattungsanspruch nach Satz 1 (unter VI. 1) i), ii) und iv)) verwiesen.

Negatives Tatbestandsmerkmal des Ersatzanspruchs nach Satz 6 ist, dass die Voraussetzung des Satz 3 Nr. 3 nicht vorliegt: Ein Anspruch nach Satz 6 kann nur dann bestehen, wenn zum Stichtag 11.04.2018 das Vergabeverfahren für die erste Bauleistung nicht eingeleitet war und auch nicht mit eigenem Personal mit der technischen Herstellung begonnen worden war. Sind hingegen die Voraussetzungen des Satz 3 Nr. 3 zum Stichtag erfüllt, dann kommt nur eine Erstattung entgangener Beiträge nach Art. 19 Abs. 9 Satz 1 KAG (dazu oben VI. 1)) in Frage. Der Tatbestand des Satz 3 Nr. 3 ist mithin die Weichenstellung zwischen den Ansprüchen nach Satz 1 und Satz 6. Wegen der näheren Einzelheiten hinsichtlich der Auslegung von Satz 3 Nr. 3 wird auf die obigen Ausführungen zum Erstattungsanspruch nach Satz 1 (unter VI. 1) iii)) verwiesen.

### **c) Keine Erstattung nach Satz 1**

Zusätzlich hat der Gesetzgeber in Satz 6 als weitere Voraussetzung dieses Erstattungsanspruchs normiert, dass die Aufwendungen nicht von einer Erstattung nach Satz 1 umfasst sein dürfen. Dies bedeutet, dass Aufwendungen, die bereits im Rahmen einer konkreten Erstattung nach Satz 1 bei der Berechnung des unmittelbar entgangenen Beitrags Berücksichtigung gefunden haben, selbstredend nicht zusätzlich im Rahmen des Aufwendungsersatzes nach Satz 6 geltend gemacht werden können. Darüber hinaus wird aber auch durch diese gesetzgeberische Formulierung deutlich, dass ein Erstattungsanspruch nach Satz 6 ausscheidet, wenn zum Stichtag 11.04.2018 das Vergabeverfahren für die erste Bauleistung bereits eingeleitet oder mit eigenem Personal mit der technischen Herstellung begonnen worden war.

## **3. Formelle Fragestellungen**

### **a) Regierungen als Erstattungsbehörden**

Zuständige Verwaltungsbehörden für die Erstattungen nach Art. 19 Abs. 9 Satz 1 und 6 KAG sind die Regierungen (§ 1 SABErstV).

### **b) Antragstellung der Gemeinden**

Die Anträge auf Erstattung haben die Gemeinden unmittelbar bei der jeweils örtlich zuständigen Regierung einzureichen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 SABErstV). Wird ein Antragsformular oder ein elektronisches Antragsverfahren zur Verfügung gestellt, ist dieses von den Gemeinden zu verwenden (§ 2 Abs. 1 Satz 2 SABErstV). Das entsprechende Formular wird über die Regierungen rechtzeitig zur Verfügung gestellt werden.

Den Gemeinden obliegt die Darlegungslast dafür, dass die Voraussetzungen der Erstattungsansprüche nach Art. 19 Abs. 9 Satz 1 oder 6 KAG vorliegen. Sie haben alle Angaben

zu machen und Unterlagen vorzulegen, die erforderlich sind, damit die Regierung prüfen kann, ob die Voraussetzungen für eine Erstattung vorliegen (§ 2 Abs. 2 Satz 1 SABErstV). Auf Verlangen der Regierung haben die Gemeinden fehlende Angaben oder Unterlagen zu ergänzen (§ 2 Abs. 2 Satz 2 SABErstV).

Nach Art. 19 Abs. 9 Satz 2 KAG kann ein Antrag auf Erstattung nach Art. 19 Abs. 9 Satz 1 KAG frühestens ab dem 1. Januar 2019 und nach Abschluss des Jahres gestellt werden, in dem die sachlichen Beitragspflichten entstanden sind oder – für Maßnahmen, bei denen die sachlichen Beitragspflichten bei Inkrafttreten des Gesetzes am 01.01.2018 noch nicht entstanden waren – fiktiv entstanden wären (zum fiktiven Entstehen sachlicher Beitragspflichten siehe die Anmerkung oben unter VI. 1) a) i)). Eine Erstattung nach Art. 19 Abs. 9 Satz 6 KAG kann frühestens ab dem 01.01.2019 beantragt werden (Art. 19 Abs. 9 Satz 7 KAG). Für beide Erstattungsansprüche gilt, dass die Erstattungsanträge spätestens am 30.04.2028 gestellt sein müssen, wie aus Art. 19 Abs. 9 Satz 3 Nr. 4 KAG (i.V.m. Satz 6 KAG) hervorgeht.

### **c) Fälligkeit der Erstattungsleistungen**

Nach § 3 SABErstV hat die Regierung im Erstattungsbescheid u.a. die Fälligkeit der Erstattungsleistung zu bestimmen. Dabei hat sie zu berücksichtigen, zu welchem Zeitpunkt die Erstattungsleistung nach Maßgabe der im Staatshaushalt für diesen Zweck bereitgestellten Mittel zur Auszahlung kommen kann. Sind im laufenden Kalenderjahr noch ausreichende Mittel vorhanden, so kann sie für die Fälligkeit einen Zeitpunkt im laufenden Kalenderjahr vorsehen; andernfalls wählt sie einen Zeitpunkt in dem darauffolgenden Kalenderjahr, für das noch ausreichende Mittel vorhanden sind.

Diese Bestimmung soll gewährleisten, dass die Vorgabe des Gesetzgebers in Art. 19 Abs. 9 Satz 8 KAG eingehalten werden kann, wonach die Erstattungsansprüche nach Art. 19 Abs. 9 Satz 1 oder 6 KAG nach Maßgabe der im Staatshaushalt für diesen Zweck bereitgestellten Mittel erfüllt werden. Durch diese gesetzliche Regelung ist die Gesamtsumme der in einem Kalenderjahr zur Auszahlung kommenden Erstattungsleistungen auf die im Staatshaushalt bereitgestellten Mittel begrenzt. Sind diese aufgebraucht, können darüber hinausgehende Erstattungsansprüche erst im darauffolgenden Haushaltsjahr erfüllt werden. Eine Begrenzung der Höhe der Erstattungsleistungen insgesamt erfolgt durch die Regelung des Satzes 8 nicht. Vielmehr führt sie allenfalls zu einer zeitlichen Verzögerung der Auszahlung der Mittel, die von den Gemeinden ersatzlos hinzunehmen sind.

Vor Erlass eines Bescheids, mit dem einer Gemeinde eine Erstattungsleistung gewährt werden soll, hat die Regierung im Einzelfall zu prüfen, ob im Staatshaushalt noch ausreichende

Mittel vorhanden sind, um die Erstattungsleistung noch im laufenden Kalenderjahr auszahlen zu können. Je nach dem Ergebnis dieser Prüfung regelt die Regierung im Bescheid die Fälligkeit der Erstattungsleistung.

#### **d) Rechtsbehelfe gegen Erstattungsbescheide der Regierungen**

Gegen Entscheidungen der Regierungen über Erstattungsanträge nach Art. 19 Abs. 9 Satz 1 oder 6 KAG können die Gemeinden unmittelbar Klage zum Verwaltungsgericht erheben. Ein Vorverfahren nach § 68 VwGO findet nicht statt (Art. 15 Abs. 2 AGVwGO). Bei Bescheiden der Regierungen über Erstattungsanträge der Gemeinden nach Art. 19 Abs. 9 Satz 1 oder 6 KAG handelt es sich insbesondere nicht um Verwaltungsakte „im Bereich des Kommunalabgabenrechts“ im Sinne des Art. 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGVwGO, für die ein fakultatives Widerspruchsverfahren vorgesehen wäre:

Zwar ist das Erstattungsverfahren im Kommunalabgabengesetz geregelt, weshalb es auf den ersten Blick von der weiten Formulierung „im Bereich des Kommunalabgabenrechts“ mitumfasst zu sein scheint. Wie sich der Gesetzesbegründung (LT-Drs. 15/7252, S. 10 f.) entnehmen lässt, wollte der Gesetzgeber allerdings mit Art. 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGVwGO die „Kommunalabgaben“ (im weiteren Sinne, also auch die außerhalb des KAG geregelten Kommunalabgaben) regeln. Bei den Erstattungsleistungen nach Art. 19 Abs. 9 KAG handelt es sich indes schon begrifflich nicht um Kommunalabgaben: Letztere werden von den Kommunen (Gemeinde, Landkreis, Bezirk) oder einem Zweckverband als Abgabeberechtigtem beim Bürger erhoben (vgl. Art. 1 KAG). Die Erstattungsleistungen nach Art. 19 Abs. 9 KAG werden hingegen vom Staat den Gemeinden auf deren Antrag hin gewährt. Hinzu kommt, dass die gesetzgeberische Überlegung, für Kommunalabgaben ein fakultatives Widerspruchsverfahren vorzusehen, weil hier häufig sehr komplizierte und daher fehleranfällige Berechnungen erforderlich seien, wofür gerade bei kleineren Gemeinden oftmals ausreichend geschultes Personal fehle (LT-Drs. 15/7252, S. 7), für das Erstattungsverfahren nach Art. 19 Abs. 9 KAG offensichtlich nicht zutrifft: Über die Erstattungsanträge entscheiden nicht (kleinere) Gemeinden, sondern staatliche Behörden. Bei den Regierungen ist auch ausreichend qualifiziertes Personal vorhanden. Auch nach der ratio legis kann deshalb Art. 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGwGO keine Anwendung auf das Erstattungsverfahren nach Art. 19 Abs. 9 KAG finden.

## **VII. Umgang mit Ablöseverträgen**

Art. 5 Abs. 9 Sätze 1 und 2 KAG sehen die Möglichkeit vor, Beiträge vor ihrem Entstehen durch Vertrag abzulösen. Ablösung ist dabei die vorgezogene Tilgung des Straßenausbaubeitrags. Grundsätzlich gilt, dass die Änderung des Kommunalabgabengesetzes und die Abschaffung der Straßenausbaubeiträge Ablöseverträge, die vor dem 31.12.2017 abge-

geschlossen wurden, nicht berühren. Denn bis zu diesem Zeitpunkt gab es eine Rechtsgrundlage für den Abschluss der Verträge, so dass diese ihre Wirksamkeit behalten und einen wirksamen Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Ablösesummen darstellen. Ablöseverträgen, die nach dem 01.01.2018 geschlossen wurden, ist hingegen nachträglich die Rechtsgrundlage entzogen worden. Da Verträge im Beitragsrecht immer zwingend einer gesetzlichen Autorisierung bedürfen und diese nunmehr weggefallen ist, sind diese Verträge nichtig (vgl. BVerwG, U. v. 27.01.1982 – 8 C 24.81 – juris Rn. 16; U. v. 25.11.1988 – 8 C 58.87 – juris Rn. 15). Die Ablösesummen sind zu erstatten; eine Verzinsung findet – mangels expliziter gesetzlicher Anordnung (Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b Doppelbuchst. aa KAG i.V.m. § 233 AO) – nicht statt.

### **1. Grundsätzliche Wirksamkeit der Ablösevereinbarung**

Die Ablösevereinbarung ist – wie die Vorauszahlung – ein Vorfinanzierungsinstrument der Gemeinde, das allerdings auf vertraglicher und nicht auf Bescheidgrundlage erfolgt. Dadurch, dass der Beitragspflichtige sich auf den Ablösevertrag einlässt, übernimmt er gewisse ablösungstypische Risiken, wie z.B. das Risiko, mehr als nur den auf sein Grundstück entfallenden Straßenausbaubeitrag zu bezahlen (vgl. BVerwG, U. v. 09.11.1990 – 8 C 36.89 – juris Rn. 11, U. v. 21.01.2015 – 9 C 1.14 – juris Rn. 13). Eine weitere Unsicherheit, die der Beitragspflichtige bei Abschluss eines Ablösevertrags in Kauf nimmt, ist die Frage, wann die Maßnahme fertig gestellt wird. Für den Ablösevertrag gibt es – anders als für die Vorauszahlungen – keine zeitliche Beschränkung. Es gibt weder eine Grenze, wann der Ablösevertrag frühestens geschlossen werden kann (z.B. durch den Baubeginn wie bei Art. 5 Abs. 5 Satz 1 KAG) noch eine Regelung, wie die Straßenausbaumaßnahme nach Abschluss des Vertrags voranschreiten muss (z.B. Benutzbarkeit binnen 6 Jahren wie bei Art. 5 Abs. 5 Satz 3 KAG). Finden die Parteien hierzu keine Vertragsregelung, dann trägt der Beitragspflichtige das Risiko, wenn sich die Fertigstellung der Ausbaumaßnahme verzögert. Ist also die Ausbaumaßnahme zum 01.01.2018 noch nicht fertiggestellt oder die sachliche Beitragspflicht aus anderen Gründen nicht entstanden, dann ändert dies nichts an der Wirksamkeit des Ablösevertrags.

### **2. Kündigung oder Anpassung des Vertrags bei Aufgabe oder Änderung des Bauprogramms**

Anders stellt sich die Rechtslage dann dar, wenn die Gemeinde die Absicht, die Straße herzustellen, vollständig aufgibt. Denn auch wenn der Zeitpunkt der Fertigstellung keine Rolle spielen mag, so gilt dies nicht für die Frage, ob die Maßnahme überhaupt fertiggestellt wird. Gibt die Gemeinde die Absicht, die Baumaßnahme fertig zu stellen, komplett auf, entsteht für die Beitragspflichtigen nach Art. 60 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG ein Kündigungsrecht. Art. 60

Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG sieht vor, dass eine Vertragspartei einen öffentlich-rechtlichen Vertrag kündigen kann, wenn sich die Verhältnisse, die für die Festsetzung des Vertragsinhalts maßgebend gewesen sind, seit Abschluss des Vertrags so wesentlich geändert haben, dass einer Vertragspartei das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht zumutbar ist und eine Anpassung des Vertrags ausscheidet. Die Annahme, dass die beitragspflichtige Maßnahme tatsächlich durchgeführt wird, ist Geschäftsgrundlage des Vertrags. Gibt die Gemeinde ihre Bauabsicht nachträglich auf, ändern sich die Verhältnisse so maßgeblich, dass dem Beitragspflichtigen ein Festhalten an dem Ablösevertrag nicht mehr zumutbar ist (vgl. hierzu die Rechtsprechung bei Enteignungen: BGH, U.v. 29.04.1982 – III ZR 154/80 – NJW 1982, 2184; BayObLG, U.v. 10.02.1992 – RReg 1 Z 392/90 – NVwZ-RR 1992, 281).

Ändert die Gemeinde hingegen nur ihre Ausbaubesicht hinsichtlich Umfang oder Ausmaß, z.B. indem sie das Bauprogramm reduziert und auch ein „weniger“ genügen lässt, dann ist nach Art. 60 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG eine Anpassung vorzunehmen.

Die von der Gemeinde zurück zu zahlenden Ablösesummen werden weder verzinst (Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b Doppelbuchst. aa KAG i.V.m. § 233 AO) noch indexiert. Eine Erstattung durch den Freistaat Bayern nach Art. 19 Abs. 9 KAG kommt hier nicht in Betracht, da nicht die Abschaffung der Straßenausbaubeiträge, sondern die Aufgabe bzw. Änderung des Bauprogramms kausal für den Beitragsausfall war.

### **3. Ungleichbehandlung innerhalb einer Anlage**

Hat eine Gemeinde nur mit einem Teil der Anlieger einer Anlage einen Ablösevertrag geschlossen, während der andere Teil überhaupt nicht vorfinanziert hat, sondern später zu Straßenausbaubeiträgen herangezogen werden sollte, kann die Gemeinde prüfen, ob sie auf Grundlage des Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a KAG i.V.m. § 227 AO den ursprünglichen Ablösevertrag freiwillig ändern oder aufheben möchte. Hierbei gelten inhaltlich dieselben Ausführungen wie bei der Frage, wann im Einzelfall eine Billigkeitsmaßnahme bei der Beitragserhebung durch Bescheid möglich ist (siehe hierzu IV. 1) d)). Da formell ein Vertrag vorliegt, der nur einvernehmlich geändert werden kann, bedarf es hier einer vertraglichen Übereinkunft der ursprünglichen Vertragsparteien. Auch hier scheidet eine Verzinsung der Rückzahlungsbeträge aus.

Eine Erstattung der zurückgezahlten Ablösesummen durch den Freistaat Bayern nach Art. 19 Abs. 9 KAG kommt nicht in Betracht, da nicht die Änderung des Kommunalabgabengesetzes zum 01.01.2018 kausal für den Beitragsausfall war, sondern vielmehr die Ermessensentscheidung der Gemeinde nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a KAG i.V.m § 227 AO. Allenfalls die Beiträge, welche die Gemeinde bei den Anliegern, die keine Ablösevereinba-



rung abgeschlossen haben, noch erheben wollte und infolge der Abschaffung der Straßenausbaubeiträge nicht mehr erheben kann, können – bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 9 KAG – einen Erstattungsanspruch begründen.

## **VIII. Erschließungsbeitragsrecht: Altanlagenregelung in Art. 5 a Abs. 7**

### **Satz 2 KAG**

Durch das Gesetz zur Änderung des Kommunalabgabengesetzes vom 26.06.2018 zur Abschaffung der Straßenausbaubeiträge wurden keine Änderungen hinsichtlich des Erschließungsbeitragsrechts vorgenommen. Insbesondere ist auch die bereits durch Gesetz vom 08.03.2016 eingeführte und erst zum 01.04.2021 in Kraft tretende Regelung für sog. Altanlagen in Art. 5 a Abs. 7 Satz 2 KAG – kein Erschließungsbeitrag mehr, wenn seit Beginn der erstmaligen technischen Herstellung 25 Jahre vergangen sind – unverändert geblieben. Auch die u.a. für diesen Fall des Art. 5 a Abs. 7 Satz 2 KAG in Art. 5 a Abs. 8 KAG vorgesehene Rechtsfolge – Fiktion der erstmaligen Herstellung – besteht fort. Im Ergebnis führt die Abschaffung der Straßenausbaubeiträge allerdings dazu, dass die Bürger in den Fällen der fiktiven Ersterschließung von Altanlagen ab Inkrafttreten des Art. 5 a Abs. 7 Satz 2 KAG zum 01.04.2021 weder Erschließungsbeitrag noch Straßenausbaubeitrag, also überhaupt keinen Beitrag mehr bezahlen müssen.

Bei Gelegenheit dieses Schreibens sei zur Altanlagenregelung des Art. 5 a Abs. 7 Satz 2 KAG erneut auf Folgendes hingewiesen (siehe dazu bereits das IMS vom 06.11.2018, B4-1521-1-25): Zu den erforderlichen gemeindlichen Maßnahmen im Hinblick auf das Inkrafttreten dieser Vorschrift am 01.04.2021 und in der Folgezeit hat das Innenministerium bereits mit IMS vom 12.07.2016 (Az. IB4-1521-1-25, S. 21 ff. abrufbar von der Homepage des StMI unter der Rubrik Kommunen/Kommunale Finanzen/Abgabenrecht) umfangreiche Vollzughinweise erteilt. Unbeschadet der dort dargestellten rechtlichen Handlungsmöglichkeiten sind die Gemeinden nicht verpflichtet, bei Straßen, die noch nicht erstmalig hergestellt sind, zwingend technische Straßenbaumaßnahmen durchzuführen, um eine Abrechnung nach Erschließungsbeitragsrecht zu ermöglichen. Wie vielmehr in diesem IMS bereits zum Ausdruck gebracht wurde, haben die Gemeinden insoweit mehrere Handlungsmöglichkeiten, je nachdem ob eine technische Fertigstellung bis 01.04.2021 zeitlich möglich bzw. unter Berücksichtigung der erforderlichen Investitionen wirtschaftlich sinnvoll und vertretbar ist (S. 23 f.); ggf. sind Prioritäten zu setzen (S. 24). Weitergehende Vorgaben an die Kommunen sind angesichts des kommunalen Selbstverwaltungsrechts insoweit nicht angezeigt.

Eine abgewogene und nachvollziehbare Entscheidung der Gemeinde in diesen Fällen bietet aus Sicht des Staatsministeriums des Innern, für Sport und Integration keinen Anlass für eine Beanstandung.

\* \* \*