

### III. Abgaben

#### 25 Beitragsplan.

**Folgen eines erst nach Baubeginn öffentlich aufgelegten bzw. durch Einzelverfügung eröffneten Beitragsplans; Verwirkung der Beitragsansprüche.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 26. Januar 2010 in Sachen Einwohnergemeinde X. gegen Y. und Z. (WBE.2008.71).

#### *Aus den Erwägungen*

1.

Seitens der Verfahrensbeteiligten ist allseits unbestritten, dass mit den Bauarbeiten für die Verbindungsstrasse am 29. November 2004 begonnen wurde, der Beitragsplan "Verbindungsstrasse A.-B." vom 14. Oktober 2004 den betroffenen Grundeigentümern jedoch erst mit Einzelverfügung vom 22. März 2005 (versandt am 6. April 2005) eröffnet wurde. Zu beurteilen ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren einzig die Frage, ob die erst nach Baubeginn erfolgte Eröffnung des Beitragsplans zur Folge hat, dass der verfügte Beitragsanspruch des Gemeinwesens gegenüber den Beschwerdegegnern verwirkt ist.

2. (...)

3.

3.1.

Die Gemeinden sind gemäss § 34 Abs. 1 BauG (in der hier anwendbaren Fassung vom 31. August 1999) im Sinne des Bundesrechts (vgl. insbesondere Art. 19 RPG und Art. 6 WEG) verpflichtet, von den Grundeigentümern – nach Massgabe der diesen erwachsenden wirtschaftlichen Sondervorteile – Beiträge an die Kosten der Erstellung und Änderung von Strassen zu erheben. Die genaue Rege-

lung erfolgt in einem Beitragsplan (§ 35 Abs. 1 BauG; sog. ursprünglicher Beitragsplan). Soweit keine kantonalen Vorschriften bestehen, regeln die Gemeinden die Beitragserhebung selber (§ 34 Abs. 3 BauG). Von dieser Kompetenzzuweisung hat die Gemeinde X. mit dem Erlass des Strassenreglements vom 29. November 2002 (Strassenreglement) Gebrauch gemacht. Gemäss § 5 Strassenreglement erhebt der Gemeinderat für die Kosten der Erstellung und Änderung von Strassen von den Grundeigentümern Erschliessungsbeiträge (vgl. im Einzelnen auch §§ 6 ff. Strassenreglement). Im Beitragsplan sind alle relevanten Angaben und Berechnungen nachvollziehbar darzustellen (§ 10 Abs. 1 und 2 Strassenreglement). Auf Ort und Zeitpunkt der öffentlichen Auflage des Beitragsplans ist vorgängig im amtlichen Publikationsorgan der Gemeinde hinzuweisen (§ 11 Abs. 1 Strassenreglement). Den Beitragspflichtigen ist die Auflage zusammen mit der Höhe des Beitrags durch eingeschriebenen Brief anzuzeigen (§ 11 Abs. 2 Strassenreglement). Zur Frage, zu welchem Zeitpunkt die öffentliche Auflage des Beitragsplans zu erfolgen hat, äussert sich das Strassenreglement nicht.

### 3.2.

Das Baugesetz vom 2. Februar 1971 (aBauG) sah in § 32 Abs. 1 vor, dass Beitragspflicht und Höhe der einzelnen Beiträge vor der Bauausführung aufgrund eines Kostenvoranschlages durch den Beitragsplan festgesetzt würden. § 32 Abs. 2 aBauG bestimmte, dass der Beitragsplan nach Publikation und schriftlicher Anzeige an die Pflichtigen während 30 Tagen öffentlich aufzulegen und binnen gleicher Frist mit Beschwerde an den Regierungsrat weiterziehbar war. Der Beitragsplan war somit nicht erst nach Bauvollendung hindendrein zu erstellen, sondern "vor der Bauausführung", d. h. vor deren Beginn (so ausdrücklich Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971, Kommentar, 2. Auflage, Aarau 1985, N 1 zu § 32 aBauG).

§ 35 Abs. 1 des vorliegend geltenden BauG (Fassung vom 31. August 1999) lautet wie folgt:

"Der Gemeinderat, bei Gemeindeverbänden der Vorstand, bestimmt die Beitragspflichtigen und deren einzelne Beiträge an die Grob- und Feinerschliessung in einem Beitragsplan. Dieser wird während 30

Tagen öffentlich aufgelegt. In Verfahren, die nur wenige Grundeigentümer betreffen, kann die öffentliche Auflage entweder durch eine auf die Beteiligten beschränkte Auflage oder durch Einzelverfügungen mit Zustellung des Kostenverteilers ersetzt werden."

Das BauG (in der massgebenden Fassung vom 31. August 1999) enthält somit anders als das Baugesetz von 1972 keine ausdrückliche Regelung mehr darüber, zu welchem Zeitpunkt der Beitragsplan festzusetzen ist. Aus den Gesetzesmaterialien zu dieser Bestimmung geht nun aber klar hervor, dass der Gesetzgeber diesbezüglich keine Änderung beabsichtigte und insbesondere auch nicht eine nachträgliche Festsetzung und Auflage des ursprünglichen Beitragsplans ermöglichen wollte. Der Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 16. Dezember 1998 (Nr. 98.005747) zum Gesetz über Raumplanung, Umweltschutz und Bauwesen vom 19. Januar 1993, Änderung der §§ 34, 35, 88, 166 und 169 (Erschliessungsfinanzierung), Bericht und Entwurf zur 1. Beratung, S. 14, ist zu entnehmen, "Dass dem Beitragsplan ein Kostenvoranschlag zugrunde liegen und die Auflage vor Baubeginn stattfinden muss, ergibt sich aus der Sache selbst; ein Hinweis im Gesetz erübrigt sich". Insofern ist mit der Vorinstanz davon ausgehen, dass das BauG auch ohne ausdrückliche Regelung von einer Festsetzung und Auflage des (ursprünglichen) Beitragsplans vor Baubeginn ausgeht und eine solche auch verlangt.

In diesem Sinne haben die Schätzungskommission nach Baugesetz und das Verwaltungsgericht übereinstimmend festgehalten, aus dem sachlogischen Zusammenhang mit den weiteren für die Realisierung einer Erschliessung notwendigen Verfahrensschritten (Erschliessungsplan, Bauprojekt, Landerwerb) sei der Beitragsplan frühestens nach Erstellung des auflagereifen Projekts mit Kostenvoranschlag und *spätestens vor Baubeginn* aufzulegen (VGE II/65 vom 5. Juli 2007 [WBE.2006.30], S. 6; AGVE 2002, S. 502 f. [Entscheid der Schätzungskommission nach Baugesetz vom 28. Mai 2002]; vgl. auch schon AGVE 1970, S. 215).

### 3.3.

Unterschiedliche Rechtsauffassungen zwischen den beiden Gerichten bestehen jedoch offensichtlich bezüglich der Folgen einer erst

nach Baubeginn und damit angesichts der gesetzlichen Vorgabe klarerweise verspätet erfolgenden Auflage eines ursprünglichen Beitragsplans. Während die Schätzungskommission nach Baugesetz eine Verwirkung des individuellen Beitragsanspruchs annimmt, hat das Verwaltungsgericht eine solche in seiner bisherigen Rechtsprechung verneint. In VGE II/65 vom 25. November 1980 [1979/229], S. 13, hielt es diesbezüglich Folgendes fest:

"Gegen § 32 Abs. 1 BauG wurde im vorliegenden Fall insoweit verstossen, als mit der Bauausführung begonnen wurde, bevor auch nur die Auflagefrist für den Beitragsplan abgelaufen war. Indessen liesse es sich nicht rechtfertigen, hieran Verwirkungsfolgen zu knüpfen. Als wesentliche Folge der vorzeitigen Bauausführung kann das Gemeinwesen nicht mehr auf den Bau verzichten, wenn ihm der verbleibende Kostenanteil zu gross erscheint (...). § 32 Abs. 1 BauG soll damit in erster Linie das Budgetrecht der Gemeinde wahren (vgl. AGVE 1970, 215). Ausserdem dürfte es – vom rein praktischen Gesichtspunkt aus betrachtet – nach dem Bau schwerer fallen, Ausfälle auf Grund von Beschwerdegutheissungen auf die anderen Privaten zu verteilen. Dagegen erwachsen den Beitragspflichtigen aus der vorzeitigen Bauausführung keine Nachteile. Dass die Beiträge nach Massgabe der entstandenen Kosten fällig werden (§ 33 Abs. 2 BauG; dazu Zimmerlin, a.a.O., N. 2 zu § 33 BauG), kann selbstverständlich keine Fälligkeit vor der Rechtskraft des Beitragsplanes bewirken."

In einem späteren Entscheid (VGE II/125 vom 22. Oktober 1992 [BE.92.00249], S. 8) führte das Verwaltungsgericht aus:

"Gemäss § 32 Abs. 1 BauG ist der Beitragsplan vor der Bauausführung aufzustellen; das bedeutet, dass mit dem Bau erst nach Eintritt der Rechtskraft des Beitragsplans begonnen werden darf. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist es, der Gemeinde das Budgetrecht zu wahren (AGVE 1970, S. 215) und ihr zu ermöglichen, nachträglich auf den Bau zu verzichten, wenn ihr der Anteil, welcher nach dem Beschwerdeentscheid auf sie entfällt, zu hoch erscheint. Beginnt die Gemeinde wie im vorliegenden Fall mit dem Bau vor Rechtskraft des Beitragsplans, so bewirkt dies nicht dessen Ungültigkeit, sondern hat lediglich zur Folge, dass die Gemeinde nicht mehr auf den Bau ver-

zichten kann (AGVE 1981, S. 152). Den beitragspflichtigen Privaten dürfen aus der vorzeitigen Bauausführung jedenfalls keine Nachteile erwachsen (VGE II/65 vom 25. November 1980 in Sachen Hartmann, S. 13)."

Im schon erwähnten VGE II/65 vom 5. Juli 2007 (WBE.2006.30), S. 6, schliesslich bezeichnete das Verwaltungsgericht die von der Schätzungskommission in AGVE 2002, S. 503, gemachte Feststellung, dass ein Beitragsplan bzw. dessen Auflage nach dem Baubeginn nicht mehr möglich sei, als offenkundig unzutreffend; es gehe um die Zulässigkeit der späteren Auflage, die das Verwaltungsgericht in konstanter Rechtsprechung zum aBauG bejaht habe. Im konkreten Fall seien die Folgen der späteren Auflage eines ursprünglichen Beitragsplans nicht zu erörtern.

Die Schätzungskommission kritisiert die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu Recht daraufhin, dass diese einzig die Seite der Gemeinde beleuchte und die Seite der Grundeigentümer, welche durch die Beitragspläne häufig sehr stark belastet würden, völlig ausblende. Die Verpflichtung zur Auflage des Beitragsplans vor der Bauausführung hat in der Tat nicht ausschliesslich die kommunale Budgetwahrung zum Zweck; sie dient vielmehr auch dem Schutz der betroffenen Grundeigentümer und der Rechtssicherheit (vor allem auch im Hinblick auf allfällige Eigentümerwechsel). Das Bundesgericht hat sich in zwei Entscheiden mit kantonalen Vorschriften (aus den Kantonen Thurgau und Solothurn) befasst, die im Wesentlichen mit § 32 aBauG übereinstimmen. Es erwog, bei der gesetzlich statuierten Pflicht, zusammen mit dem Bauplan der zu erstellenden oder zu korrigierenden Strasse auch das Verzeichnis der beitragspflichtigen Grundstücke aufzulegen bzw. deren Eigentümer über die Beitragspflicht und die mutmasslichen Kosten zu informieren, handle es sich keineswegs um eine blosser Ordnungsvorschrift von untergeordneter Tragweite, sondern um eine für den Schutz der Interessen der Privaten wichtige Bestimmung. Durch die Festlegung der beitragspflichtigen Grundstücke sowie die Bekanntgabe der mutmasslichen Kosten werde es den betroffenen Eigentümern ermöglicht, sich rechtzeitig, nämlich vor Ausführung des Strassenbaues, darüber schlüssig zu werden, ob sie dem Bauvorhaben stillschweigend zu-

stimmen oder aber gegen das Projekt bzw. dessen Ausgestaltung und die damit zusammenhängende Bildung von Interessenzonen Einsprache erheben wollten. Werde die Beitragspflicht erst nachträglich bestritten, könnten solche Einwendungen nicht mehr oder nicht mehr im gleichen Umfang erhoben werden (BGE 102 Ia 48; bestätigt in BGE vom 17. Oktober 2005 [2P.84/2005], Erw. 2.4). Weiter hat das Bundesgericht im Urteil vom 17. Oktober 2005 (2P.84/2005), Erw. 2.5, festgehalten, wann für die aus einem erstellten öffentlichen Werk einzelnen Grundeigentümern erwachsenden Sondervorteile ein Verfahren zur Beitragserhebung einzuleiten sei bzw. bis zu welchem Zeitpunkt ein solches Verfahren spätestens eingeleitet werden dürfe, sollte durch die betreffende Gesetzgebung zweckmässigerweise ausdrücklich geregelt werden, zumal eine analoge Anwendung von Verjährungs- oder Verwirkungsfristen aus anderen Rechtsgebieten mit erheblichen Unsicherheiten behaftet sei.

Diese Überlegungen sind grundsätzlicher Natur und lassen sich ohne Weiteres auch auf das geltende aargauische Baugesetz übertragen. Daran ändert entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin nichts, dass dieses heute nicht mehr ausdrücklich verlangt, dass der Beitragsplan vor der Bauausführung erstellt und aufgelegt wird. Wie dargelegt, erachtete der Gesetzgeber es als keiner expliziten Regelung bedürftige Selbstverständlichkeit, dass die Festsetzung und Auflage des Beitragsplans vor der Bauausführung erfolgen; keinesfalls hat er damit eine in zeitlicher Hinsicht abweichende Regelung treffen wollen (siehe vorne Erw. 3.2.). Das Erfordernis dieser zeitlichen Abfolge folgt auch aus der kantonalen Praxis (siehe vorne Erw. 3.2.). Es hat, wie die Vorinstanz zutreffend annimmt, nicht nur zum Zweck, das Budgetrecht der Gemeinde zu schützen, sondern es dient ebenfalls und in erster Linie dem Schutz der privaten Beitragspflichtigen und der Rechtssicherheit. Die betroffenen Grundeigentümer müssen die Möglichkeit haben, sich vor der Bauausführung gegen ihre persönliche Beitragspflicht wehren zu können. Unter Umständen gibt nämlich erst die Höhe der zu erwartenden Beiträge Anlass, sich gegen die Erschliessung zu wehren, sei es mit dem Argument, ein Ausbau der Erschliessungsanlage sei gar nicht nötig oder es seien billigere Varianten denkbar. Individuelle Beitragspflicht und

Beitragsbemessung hängen zudem massgeblich von den Verhältnissen vor Baubeginn ab, welche sich im Nachhinein vielfach kaum mehr zuverlässig eruieren lassen. Weiter gebietet die Rechtssicherheit eine klare Regelung der Frage, bis zu welchem Zeitpunkt Grundeigentümerbeiträge erhoben werden können, dies namentlich im Hinblick auf allfällige Eigentümerwechsel. Mithin handelt es sich nicht lediglich um eine blossе Ordnungsvorschrift zum Schutz des Budgetrechts, sondern um eine wesentliche Verfahrensvorschrift, welche die Befugnis des Gemeinwesens zur Erhebung von Grundeigentümerbeiträgen durch eine zeitliche Vorgabe begrenzt (vgl. erwähnter BGE vom 17. Oktober 2005 [2P.84/2005], Erw. 2.5). Ihre Missachtung muss deshalb mit rechtlichen Konsequenzen verbunden sein. Die öffentliche Auflage des Beitragsplans bzw. die Bekanntgabe durch Einzelverfügung erst nach Bauausführung bewirkt zwar nicht per se die Nichtigkeit des Beitragsplans als Ganzes, jedoch können die betroffenen Grundeigentümer einspracheweise die Verwirkung des ihnen gegenüber festgesetzten Beitragsanspruchs geltend machen.

#### 3.4.

Nicht näher zu prüfen ist, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Planaufgabe trotzdem erst nach Baubeginn zulässig sein kann (z. B. wegen zeitlicher Dringlichkeit der auszuführenden Arbeiten, System der Gesamtfinanzierung; vgl. erwähnter BGE vom 17. Oktober 2005 [2P.84/2005], Erw. 2.5). Im vorliegenden Fall lag der Beitragsplan unbestrittenermassen bereits vor Baubeginn (29. November 2005) vor, wurde aber erst rund vier bis fünf Monate nach Baubeginn durch Einzelverfügungen eröffnet. Sachliche Gründe für die spätere Auflage bzw. Eröffnung sind nicht ersichtlich und wurden auch von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht. Diese verwies vor Vorinstanz einzig auf ihre – zwischenzeitlich geänderte – Praxis. Mit anderen Worten bestand vorliegend keine objektiv begründete Veranlassung, den betroffenen Grundeigentümern den Beitragsplan erst während der Bauausführung bzw. rund zwei Monate vor Abschluss der massgeblichen Bauarbeiten zu eröffnen. Damit ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beitragsplan im vorliegenden Fall jedenfalls vor Baubeginn hätte

aufgelegt bzw. eröffnet werden müssen und der individuelle Beitragsanspruch gegen die Beschwerdegegner somit verwirkt ist.



## IV. Bau-, Raumentwicklungs- und Umweltschutzrecht

### 26 Eehafte Wasserrechte.

- **Im Kanton Aargau haben sich Nutzungsrechte an Gewässern aus althergebrachten Rechtstiteln als privatrechtliche Eigentumsrechte erhalten.**
- **Begriff und Inhalt des dinglichen Rechts bestimmt das Privatrecht.**
- **Die eehaften Wasserrechte sind von der Eigentumsgarantie geschützt.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 25. Januar 2010 in Sachen J. gegen Regierungsrat (WBE.2006.368).

### *Aus den Erwägungen*

5.

5.1.

Eehafte Rechte sind nach Lehre und Rechtsprechung vorbestandene, auf althergebrachten Rechtstiteln beruhende Rechte und eehafte Wasserrechte sind historische Rechte an öffentlichen Gewässern, die bis heute weiterbestehen (siehe BGE 131 I 321 Erw. 5; BGE vom 24. März 2003 [2P.256/2002], Erw. 1.2.2 und 3; BGE 88 II 498; AGVE 1983, S. 167; Peter Liver, Die eehaften Wasserrechte in der Schweiz, in: Privatrechtliche Festabhandlungen, Festgabe zum 70. Geburtstag des Verfassers am 21. August 1972, Bern 1972, S. 466 [Liver, Wasserrechte]; Peter Liver, Die Entwicklung des Wasserrechts in der Schweiz seit 100 Jahren, in: ZSR 71/1952, Band 1, S. 339 [Liver, ZSR], Dominik Strub, Wohlerworbene Rechte, Insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts, Diss. Freiburg 2001, S. 85 und S. 201 f. mit Hinweisen). Zur Zeit ihrer Begründung galten eehafte Wasserrechte als private Rechte und bis ins 19. und noch anfangs des 20. Jahrhunderts galt das verliehene Was-