

## Kostenausgleich nach § 31 SchG – Behandlung von Altfällen und Berechnungsmaßstäbe

Von Dr. Darío Mock und Marius Meinert, Freiburg i. Br.\*

*Das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg (VGH BW) vom 06.12.2022 (Az. 9 S 3232/21)<sup>1</sup> hat die im Grundsatz schon 1977 geklärte Pflicht zur finanziellen Kooperation zwischen Umlandgemeinden und Schulstandortgemeinden bei Schulinvestitionskosten gewissermaßen aus dem Dornröschenschlaf erweckt. Diese Thematik belastet seitdem das Verhältnis zwischen Umland- und Standortgemeinden. In seiner aktuellen Entscheidung schafft der VGH BW zusätzliche Klarheit hinsichtlich der verfahrensmäßigen und materiellen Anforderungen an die Feststellung eines dringenden öffentlichen Interesses i. S. v. § 31 Abs. 1 Satz 2 SchG<sup>2</sup>, bei der Anwendung auf Generalsanierungen sowie der Frage des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts<sup>3</sup>. Es bleiben aber offene Fragen, die vor allem die finanzielle Beteiligung bei Altfällen und die spezifischen Berechnungsmethoden und Verteilungsschlüssel betreffen.*

### I. Ausgangslage

Schulinvestitionskosten können seit Jahrzehnten unverändert durch öffentlich-rechtliche Vereinbarungen und ggf. die Verpflichtung zum Abschluss solcher Vereinbarungen gemäß § 31 Abs. 1 SchG bzw. der weitgehend wortgleichen Vorgängerregelung in § 15 Abs. 1 SchulVOG (1965)<sup>4</sup> zwischen Standortgemeinden und Umlandgemeinden ausgeglichen werden. Dabei ist von drei Phasen auszugehen: In der *Freiwilligkeitsphase* nach

§ 31 Abs. 1 Satz 1 SchG können Gemeinden Schulverbände bilden oder öffentlich-rechtliche Vereinbarungen abschließen. In der *Zwischenphase* nach § 31 Abs. 1 Satz 2 SchG werden sie hierzu verpflichtet, wenn die oberste Schulbehörde ein *dringendes öffentliches Bedürfnis* feststellt. In der *Zwangsphase* nach § 31 Abs. 1 Satz 3 SchG trifft die Rechtsaufsichtsbehörde notwendigenfalls Maßnahmen zur Durchsetzung dieser Verpflichtung.<sup>5</sup>

\* Der Autor Dr. Mock ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in der Sozietät Heilshorn Mock Edelbluth in Freiburg. Der Autor Meinert ist Rechtsanwalt in dieser Kanzlei.

1 Im Folgenden werden die maßgeblichen Entscheidungen der Übersichtlichkeit halber nach Jahreszahlen zitiert: VGH BW, Urt. v. 06.12.2022 – 9 S 3232/21 – als VGH BW 2022; VGH BW, Urt. v. 14.03.1985 – 11 S 631/80 –, teilweise veröffentlicht in VBIBW 1986, 344, als VGH BW 1985; VGH BW, Urt. v. 08.03.1977, ESVGH 28, 174 als VGH BW 1977.

2 Schulgesetz für Baden-Württemberg (SchG) in der Fassung vom 01.08.1983 (GBl. 1983, 297).

3 Vgl. ausführlich zu dieser Entscheidung den Aufsatz von Kadisch, Schulsanierung und -neubau: Aktuelle Weichenstellungen des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg zur Frage der Kostenbeteiligung von Umlandgemeinden, VBIBW 2024, 353 (in diesem Heft).

4 Vgl. VGH BW 1977, ESVGH 28, 174, 177.

5 VGH BW 2022, juris Rn. 98; VGH BW 1977, ESVGH 28, 174, 177; vgl. Kadisch, VBIBW 2024, 353, 357 (in diesem Heft).

Die aktuelle Entscheidung betrifft, wie auch die frühere Rechtsprechung des VGH BW, die Zwischenphase, also insbesondere die Frage nach einer Verpflichtung von Gemeinden zum Abschluss einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung. In der Zwischenphase kann die oberste Schulbehörde einen feststellenden Verwaltungsakt über das Bestehen eines dringenden öffentlichen Bedürfnisses an der Kooperation erlassen. Die genaue Ausgestaltung dieser Kooperation obliegt zunächst weiter den Gemeinden und wäre erst in der Zwangsphase erneut durch die oberste Schulbehörde und ggf. die Rechtsprechung zu prüfen. Wesentliche Erkenntnisse lassen sich der aktuellen Entscheidung deshalb vor allem für das dringende öffentliche Bedürfnis entnehmen. Weitere, seit den Anfängen der einschlägigen Rechtsprechung im Jahr 1977 ungeklärte Fragen beantwortet der VGH BW in seiner aktuellen Entscheidung indes weiterhin nicht.

In seiner Entscheidung vom 06.12.2022 erklärt der VGH BW überzeugend, dass nicht nur Schulneubauten, sondern auch *Generalsanierungen* als Investitionsmaßnahmen eine Kooperationspflicht auslösen können.<sup>6</sup> Ebenfalls zumindest im Grundsatz überzeugend positioniert hat sich der VGH BW dazu, dass der *maßgebliche Zeitpunkt* für die Beurteilung des Feststellungsbescheids sein Erlasszeitpunkt ist, es sich bei dem Feststellungsbescheid also nicht um einen Dauerverwaltungsakt handelt.<sup>7</sup>

Unklar bleibt hingegen die Frage der Kooperationspflicht bei sog. *Altfällen*. Hierzu bestätigt der VGH BW seine frühere Rechtsprechung, wonach eine Beteiligung auch für Maßnahmen möglich ist, mit deren Planung oder Ausführung vor der Beteiligungsaufforderung an die Umlandgemeinden begonnen wurde. Eine Ausnahme soll denkbar sein, wenn die Maßnahme bereits vor dem Beteiligungsbegehren *tatsächlich und finanziell abgeschlossen* ist.<sup>8</sup> Damit greift der VGH BW eine Formulierung aus seiner älteren Rechtsprechung auf.<sup>9</sup> Er lässt aber ebenso wie in früheren Entscheidungen die Definition des tatsächlichen, also baulichen und des finanziellen Abschlusses offen. Ebenfalls lässt er offen, ob die Kooperationspflicht in diesen Fällen von vornherein ausgeschlossen ist oder ob zusätzliche, einen Vertrauenstatbestand begründende Umstände vorliegen müssen. Diese Fragen sind besonders brisant, weil durch späte Beteiligungsbegehren erhebliche Konflikte zwischen Umland- und Standortgemeinden entstehen können. Obwohl sich dieser Konflikt schon seit den Anfängen der Rechtsprechung im Jahr 1977 abgezeichnet hatte, verlangen die Standortgemeinden im Anschluss an die aktuelle Entscheidung vermehrt die Beteiligung von Umlandgemeinden auch bei bereits länger in Planung befindlichen Projekten. Vermeintlich plötzlich sehen die Umlandgemeinden sich im Anschluss an die aktuelle Entscheidung des VGH BW nun erheblichen Forderungen der Standortgemeinden ausgesetzt.

Bei der Beurteilung des dringenden öffentlichen Bedürfnisses an einer interkommunalen Zusammenarbeit sind zudem noch keine abschließenden und genauen Kostenberechnungen und Verteilungsschlüssel erforderlich. Der VGH BW hat daher offengelassen, wie genau die teils für die Erfüllung von Schulträgeraufgaben gewährten Mittel des *kommunalen Finanzausgleichs* bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen sind. Bei der konkreten Kostenverteilung haben die Gemeinden nicht unerhebliche Verhandlungsspielräume. An dieser Stelle sollen mögliche Maßstäbe für eine etwaige Zwangsphase und als Leitlinie für freiwillige Verhandlungen aufgezeigt werden.

Bei der Festlegung eines Kostenschlüssels bestehen für die Gemeinden Verhandlungsspielräume auch bei der Einbeziehung von *längeren Zeiträumen und Durchschnittswerten* der Schüleranteile einzelner Gemeinden. Während für den Fest-

stellungsbescheid wohl nur eine punktuelle Betrachtung erfolgt, können Gemeinden im Rahmen einer konkreten öffentlich-rechtlichen Vereinbarung auch andere Maßstäbe wählen.

## II. Behandlung von Altfällen

Ein zentraler Gegenstand der Entscheidung des VGH BW ist die Frage, wann bezogen auf eine konkrete Schule und Maßnahme ein dringendes öffentliches Bedürfnis i. S. v. § 31 Abs. 1 Satz 2 SchG vorliegt. Eher am Rande beschäftigt sich die Entscheidung mit der Frage, ob und ggf. in welchen Fällen – sogenannten *Altfällen* – eine Kostenbeteiligung von der Standortkommune nicht mehr eingefordert werden kann.

Diese Fragestellung hat eine erhebliche praktische Bedeutung, da Standortkommunen angesichts der nunmehr angestoßenen Diskussion um eine Beteiligung von Umlandgemeinden auch Maßnahmen in den Blick nehmen, die kurz vor dem Abschluss stehen oder bereits baulich und möglicherweise sogar finanziell abgeschlossen sind und für die eine Beteiligung der Umlandgemeinden bislang nicht im Raum stand. Diese berufen sich regelmäßig auf schutzwürdiges Vertrauen und ein widersprüchliches Verhalten der Standortkommune, um eine – aus Sicht der Umlandkommunen rückwirkende – Kostenbeteiligung zu vermeiden.

### 1. Ansatzpunkte in der Rechtsprechung

Die aktuelle Entscheidung des VGH BW schließt rückwirkende Forderungen bei bereits abgeschlossenen Maßnahmen nicht von vornherein aus. Im Grundsatz ist vielmehr eine Beteiligung der Umlandgemeinden auch in diesen Fällen möglich, da § 31 Abs. 1 SchG keine zeitliche Reihenfolge in dem Sinne voraussetzt, dass ab einem bestimmten Zeitpunkt eine freiwillige oder verpflichtend festgesetzte Beteiligung anderer Kommunen nicht mehr zulässig wäre.<sup>10</sup>

Allerdings nennt das Gericht als Ausnahme von der Möglichkeit, auch nachträglich noch eine Kostenbeteiligung einzufordern, den Fall eines widersprüchlichen Verhaltens der Standortgemeinde: *„Etwas anderes ist grundsätzlich nur denkbar, wenn nach den konkreten Umständen des Einzelfalls die Maßnahme, die das dringende öffentliche Bedürfnis an einer gemeinsamen Aufgabenerfüllung begründen soll, in der Vergangenheit abgeschlossen und finanziert wurde (...). Denn nach den auch im Verwaltungsrecht und zwischen Hoheitsträgern geltenden Grundsätzen von Treu und Glauben, § 242 BGB in entsprechender Anwendung (...), und dem hieraus folgenden Verbot des widersprüchlichen Verhaltens („venire contra factum proprium“) wäre es rechtsmissbräuchlich, wenn eine Schulstandortgemeinde für eine in der Vergangenheit tatsächlich und finanziell abgeschlossene Maßnahme für ihre Schule, die auch von auswärtigen Schülern besucht wird, erst nachträglich eine gemeinsame Erfüllung der Schulträgeraufgaben von den Umlandgemeinden einfordern würde. Dieser Forderung stünde das berechtigte Vertrauen darauf entgegen, dass angesichts der bereits abgeschlossenen Maßnahme eine gemeinsame Erfüllung der Schulträgeraufgaben nicht mehr geltend gemacht werden wird.“<sup>11</sup>*

6 VGH BW 2022, juris Rn. 82 ff.; vgl. *Kadisch*, VBIBW 2024, 353, 358 (in diesem Heft).

7 VGH BW 2022, juris Rn. 61 ff.; anders noch VGH BW 1985, VBIBW 1986, 344, 344; vgl. *Kadisch*, VBIBW 2024, 353, 357 (in diesem Heft).

8 VGH BW 2022, juris Rn. 92; vgl. *Kadisch*, VBIBW 2024, 353, 359 (in diesem Heft).

9 VGH BW 1985, S. 19 der unveröffentlichten Entscheidungsgründe.

10 VGH BW 2022, juris Rn. 91 ff.

11 VGH BW 2022, juris Rn. 91 ff.

Im entschiedenen Fall hat der VGH BW nicht abschließend geklärt, unter welchen Voraussetzungen im Einzelnen eine Kostenbeteiligung der Umlandgemeinden bei abgeschlossenen Maßnahmen nicht zulässig ist. Denn die Standortgemeinde hatte bereits vor Beginn der Maßnahme ein Informationsgespräch mit den betroffenen Umlandgemeinden geführt, was nach Auffassung des Gerichts der Annahme widersprüchlichen Verhaltens sowie der Entstehung schutzwürdigen Vertrauens vor Abschluss der Maßnahme entgegenstand.<sup>12</sup>

In der früheren Entscheidung des 11. Senats findet sich zur Altfallproblematik eine ähnliche Argumentation. Das Gericht weist auch in dieser Entscheidung zunächst darauf hin, dass sich weder aus dem Wortlaut noch aus Sinn und Zweck der Regelung oder der gesetzlichen Systematik ergebe, dass eine interkommunale Zusammenarbeit zum Zweck der gemeinsamen Erfüllung von Schulträgeraufgaben nur dann erfolgen könne, wenn die Schule noch nicht errichtet wurde oder jedenfalls noch nicht betrieben werde. § 31 Abs. 1 SchG setze keine zeitliche Reihenfolge fest, die ab einem bestimmten Zeitpunkt eine (freiwillige oder verpflichtend festgesetzte) Beteiligung anderer Schulträger nicht mehr zuließe. Es handele sich daher „nicht um einen Fall, der in der Vergangenheit abgeschlossen und finanziert wurde (sogenannter Altfall), sondern noch um einen ‚gegenwärtig laufenden‘ Fall, da die Klägerin bereits vor dem Beginn des inzwischen abgeschlossenen Bauvorhabens eine Beteiligung der Umlandgemeinden verlangt hat und entsprechende Verhandlungen – wenn auch ergebnislos – eingeleitet wurden“.<sup>13</sup>

Zusammenfassend ist nach der bisherigen Rechtsprechung dreierlei festzuhalten: Zunächst ist auch bei Altfällen eine Kostenbeteiligung von Umlandgemeinden nicht ausgeschlossen. Weiter setzt ein Altfall voraus, dass die Maßnahme *baulich und finanziell abgeschlossen* ist. Schließlich kann ein schutzwürdiges Vertrauen jedenfalls dann nicht entstehen bzw. handelt die Standortgemeinde nicht widersprüchlich, wenn eine Kostenbeteiligung der Umlandgemeinden diesen gegenüber *vor dem Beginn* der Maßnahme angekündigt bzw. eingefordert wurde.

## 2. Regelfall und Ausnahme

Im Ausgangspunkt ist der aktuellen Entscheidung wie auch der Vorgängerentscheidung aus dem Jahr 1985 zu entnehmen, dass ein gesetzlicher Ausschluss der Kostenbeteiligung in zeitlicher Hinsicht nicht besteht. Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen eine Kostenbeteiligung unter bestimmten Voraussetzungen ausgeschlossen ist.

Zu den Voraussetzungen eines solchen Ausschlusses äußert sich der VGH BW nicht abschließend. Er sei „grundsätzlich nur denkbar“, wenn die Maßnahme in der Vergangenheit abgeschlossen und finanziert wurde, also ein Altfall vorliege. Im Anschluss verweist die Entscheidung auf den auch zwischen Hoheitsträgern geltenden Grundsatz von Treu und Glauben und dem daraus folgenden *Verbot widersprüchlichen Verhaltens* (*venire contra factum proprium*).

Die konkreten Ausführungen des VGH BW sind missverständlich und legen nahe, dass im Falle einer abgeschlossenen Maßnahme stets oder zumindest im Regelfall von einem Ausschluss der Kostenbeteiligung auszugehen sei, also allein der Abschluss einer Maßnahme bereits eine Kostenbeteiligung ausschließe. Diese Auslegung wird naturgemäß von Umlandgemeinden vertreten, die bei aus ihrer Sicht abgeschlossenen Maßnahmen mangels weitergehender Anhaltspunkte für eine ausnahmsweise Kostenbeteiligung diese ablehnen. Dem stehen allerdings die weiterführenden Ausführungen des Gerichts entgegen. Im Anschluss lässt der VGH BW die konkreten Voraussetzungen eines Ausschlusses der Kostenbeteiligung offen und bezeichnet diese Situation ausdrücklich als *Ausnahmefall*, zu dessen Bejahung einerseits ein *widersprüchliches Verhalten* der Standortgemeinde, andererseits ein *berechtigtes Vertrauen* der

Umlandgemeinden erforderlich sei. Hinreichende Anhaltspunkte hierfür lagen nach Auffassung des VGH BW im entschiedenen Fall – trotz abgeschlossener Maßnahme – nicht vor, weil schutzwürdiges Vertrauen jedenfalls durch Gespräche zwischen den Gemeinden vor dem Beginn der Maßnahme zerstört worden war.

Danach ist regelungstechnisch auch bei abgeschlossenen Maßnahmen weiterhin von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis auszugehen, wobei den Regelfall die Kostenbeteiligung der Umlandgemeinde darstellt und eine nachträgliche Kostenbeteiligung dagegen nur in begründungsbedürftigen Ausnahmefällen ausgeschlossen ist. Widersprüchliches Verhalten bzw. berechtigtes Vertrauen ergibt sich damit nicht bereits unmittelbar aus dem Vorliegen einer abgeschlossenen Maßnahme, sondern ist jeweils gesondert anhand der Gesamtumstände zu begründen.

## 3. Widersprüchliches Verhalten und berechtigtes Vertrauen

Nachdem wie ausgeführt der bauliche und finanzielle Abschluss einer Maßnahme allein nicht unmittelbar zu einem Ausschluss der finanziellen Beteiligung von Umlandgemeinden führt, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob in der Vorgehensweise der Standortgemeinde ein rechtlich missbilligtes Verhalten zu sehen ist, das zu einem Ausschluss führt. Dabei ist der Abschluss einer Maßnahme ein wichtiges, aber eben nicht das alleinige Kriterium.

### a) Allgemeine Vorgaben

Rechtlicher Ansatzpunkt ist für den VGH BW der auch im öffentlichen Recht geltende Grundsatz von *Treu und Glauben* (§ 242 BGB) in der Ausprägung des widersprüchlichen Verhaltens als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung.<sup>14</sup> Voraussetzung der Anwendung dieses Grundsatzes ist zunächst das Bestehen einer *Sonderverbindung* zwischen den Beteiligten, die im Zivilrecht üblicherweise aber nicht notwendig durch eine vertragliche Beziehung begründet wird. Der Begriff wird allerdings regelmäßig sehr weit verstanden und geht über vertraglich konkretisierte Rechtsbeziehungen hinaus, erfasst etwa auch den vor- und nachvertraglichen Bereich sowie gesetzliche Schuldverhältnisse.<sup>15</sup>

Mit Blick auf das den Einwand unzulässiger Rechtsausübung begründende Verhalten ist eine weitere Voraussetzung, dass durch dieses Verhalten ein *Vertrauenstatbestand* begründet wurde und das Vertrauen des anderen Teils auch schutzwürdig ist, etwa weil dieser im Hinblick darauf Vermögensdispositionen getroffen hat, oder wenn andere Umstände das Verhalten als treuwidrig erscheinen lassen. Erst dann wird eine grundsätzlich zulässige Verhaltensänderung von der Rechtsordnung missbilligt und kann den Einwand unzulässiger Rechtsausübung bzw. im Rahmen der vorliegenden Konstellation einen Ausschluss von der Beteiligungspflicht begründen.

### b) Sonderverbindung

Überträgt man das Erfordernis einer rechtlichen Sonderverbindung auf das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen Gemeinden, konkret zwischen Standortkommune und entsendender Kommune, so ist – was der VGH BW ohne entsprechende Ausführungen zu Recht unterstellt – der Grundsatz von Treu und Glauben im Verhältnis zwischen den beteiligten Kommunen anwendbar.

In tatsächlicher Hinsicht liegt dies darin begründet, dass die Standortkommune die Lasten der Schulträgerschaft in Bezug

12 VGH BW 2022, juris Rn. 91 ff.

13 VGH BW 1985, S. 18 f. der unveröffentlichten Entscheidungsgründe.

14 Zur Anwendung im öffentlichen Recht BVerwG, VBIBW 1992, 134; allgemein Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl., § 242 Rn. 55 ff.

15 Schubert, in: Münchener Kommentar, BGB, 9. Aufl., § 242 Rn. 121.

auf eine konkrete Schule trägt, die auch von Schülern weiterer Kommunen besucht wird, ohne dass die entsendende Kommune insoweit Schulträgeraufgaben übernimmt oder finanziell beteiligt wäre. Die rechtliche Verknüpfung der beteiligten Kommunen erfolgt über § 31 SchG. Dabei ist dies nicht so zu verstehen, dass die Vorschrift für sich genommen bereits aufgrund der abstrakten Möglichkeit einer Beteiligung von Umlandgemeinden eine etwa einem gesetzlichen Schuldverhältnis vergleichbare Sonderrechtsbeziehung begründen würde. Es entsteht auch nicht unabhängig von konkreten Maßnahmen an einer Schule ein gleichsam vorvertragliches Schuldverhältnis, vergleichbar konkreten Vertragsverhandlungen oder Vertragsanbahnungen nach § 311 Abs. 2 Nr. 1, 2 BGB. Sobald allerdings Maßnahmen anstehen oder durchgeführt werden, die § 31 Abs. 1 Satz 2 SchG zur Anwendung kommen lassen können und ggf. ein dringendes öffentliches Bedürfnis im Sinne der Vorschrift und damit eine Kooperationsverpflichtung zwischen den Kommunen begründen, ist der Anwendungsbereich von § 242 BGB in entsprechender Anwendung eröffnet.

### c) Widersprüchliches Verhalten

Ansatzpunkt für das Vorliegen widersprüchlichen Verhaltens ist in den Konstellationen, in denen § 31 SchG zur Anwendung kommen kann, der Umstand, dass durch eine Standortkommune eine Maßnahme umgesetzt wird, die eine Beteiligungsverpflichtung nach § 31 Abs. 1 Satz 2 SchG auslösen kann, dies aber gegenüber den potenziell verpflichteten Umlandgemeinden nicht geltend gemacht und gleichzeitig das Vorhaben abgeschlossen wird. Macht die Standortgemeinde ein Beteiligungsverlangen nachträglich doch noch geltend, setzt sie sich insoweit in Widerspruch zu ihrem vorherigen Verhalten.

Allerdings ist ein widersprüchliches Verhalten allein zur Begründung einer Ausnahme von einer dem Grunde nach bestehenden Beteiligungspflicht nicht ausreichend. Denn widersprüchliches Verhalten verstößt nicht ohne Weiteres gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Es bleibt einer Gemeinde grundsätzlich unbenommen, von einer Rechtsansicht oder getroffenen Erklärung wieder abzurücken. *Rechtsmissbräuchlich* ist widersprüchliches Verhalten erst dann, wenn dadurch ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen.<sup>16</sup> Dies bedeutet, dass neben der Widersprüchlichkeit des Verhaltens der Standortgemeinde – was bei einem nachträglichen Beteiligungsverlangen regelmäßig vorliegen wird – zu prüfen ist, ob dadurch bei den Umlandgemeinden ein schutzwürdiges Vertrauen entstanden ist.

### d) Berechtigtes Vertrauen

Weitere Voraussetzung für einen Ausschluss der Anwendung von § 31 Abs. 1 Satz 2 SchG in Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben ist damit neben dem Verhalten der Standortgemeinde, dass diese durch ihr Verhalten ein *berechtigtes und schutzwürdiges Vertrauen* der Umlandgemeinden begründet hat, nicht mehr zu einer gemeinsamen Erfüllung von Schulträgeraufgaben – konkret zu einer Kostenbeteiligung – herangezogen zu werden.

#### aa) Erfordernis zusätzlicher Umstände

Berechtigtes Vertrauen kann nicht bereits allein aus dem Umstand abgeleitet werden, dass die Standortgemeinde eine mögliche Beteiligung der Umlandgemeinden schlicht nicht geltend gemacht bzw. zumindest gegenüber den Umlandgemeinden kommuniziert hat.

Üblicherweise setzen Fallgruppen des widersprüchlichen Verhaltens ein *aktives Tun* voraus, um einen Vertrauenstatbestand zu begründen, so z. B. die vorherige Geltendmachung eines Rechts, dessen Voraussetzungen das später geltend ge-

machte Recht ausschließen. Ein aktives Tun ist allerdings nicht in jedem Fall zwingend erforderlich, um widersprüchliches Verhalten zu begründen. So kann etwa die „faktische Fortsetzung“ eines Mietverhältnisses nach Erwirken eines Räumungstitels dazu führen, dass die vorherige Kündigung nicht aufrechterhalten werden kann. In diesem Fall genügt bereits das Nichtgebrauchmachen vom Räumungstitel über längere Zeit als widersprüchliches Verhalten gegenüber einer späteren Durchsetzung der Kündigung.<sup>17</sup>

Mit solchen Fällen ist die bloße Nichtgeltendmachung eines Beteiligungsanspruchs bzw. die fehlende Aufforderung zur Beteiligung aber nicht unmittelbar vergleichbar. Im Beispielfall der mietrechtlichen Kündigung lag im Zeitpunkt des vorhergehenden Verhaltens, also der Nichtdurchsetzung des Räumungstitels, bereits ein (sogar gerichtlich abgeschlossener) aktiver Streit über die Fortsetzung oder Beendigung des Mietverhältnisses vor. In diesem Fall ist die Erwartung naheliegend, dass der Vermieter vom Räumungstitel auch Gebrauch macht, wenn er sein Ziel weiterverfolgen möchte. Im Streit um die Tragung von Schulinvestitionskosten war die Frage einer gemeinsamen Kostentragung hingegen vor dem förmlichen Beteiligungsbegehren regelmäßig kein Diskussionsthema zwischen Standort- und Umlandgemeinden. Aus dem bloßen „Schweigen“ der Standortgemeinde kann daher noch kein vertrauensbegründender Tatbestand hergeleitet werden. Die bloße Nichtgeltendmachung eines Rechts ohne zusätzliche Umstände allein begründet grundsätzlich kein solches Vertrauen. So ist etwa auch bei der Verwirkung als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben ein sog. Umstandsmoment als Vertrauenstatbestand erforderlich.<sup>18</sup>

#### bb) Baulicher und finanzieller Abschluss

Der VGH BW geht in seinen Entscheidungen davon aus, dass sich das Vertrauen einer Umlandgemeinde darauf, nicht mehr von der Standortgemeinde nach § 31 Abs. 1 Satz 2 SchG in Anspruch genommen zu werden, erst dann hinreichend verfestigt hat und als Folge schutzwürdig ist, wenn die Maßnahme abgeschlossen ist. Neben der bloßen Nichtgeltendmachung eines möglichen Beteiligungsverlangens setzt ein Ausschluss danach den *baulichen und finanziellen Abschluss* der betreffenden Maßnahme voraus.<sup>19</sup> Dabei ist allerdings auch nach der jüngsten Entscheidung weiterhin nicht abschließend geklärt, wie der bauliche und finanzielle Abschluss einer Maßnahme – was nach den vorstehenden Ausführungen die für Altfälle maßgebliche Zäsur in tatsächlicher Hinsicht darstellt – konkret zu definieren ist.

#### (1) Baulicher Abschluss

Für den *baulichen* Abschluss kommen unterschiedliche Zeitpunkte in Betracht. Als frühester möglicher Zeitpunkt dürfte die Vollendung des letzten Einzelgewerks anzusehen sein. Naheliegender ist es allerdings, auf die *Abnahme* des Vorhabens

16 BGHZ 162, 175 m. w. N.; Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl., § 242 Rn. 55.

17 Beispielhaft zur mietrechtlichen Kündigung: LG Düsseldorf, Urt. v. 16.02.1979, MDR 1979, 496; Sutschet, in: BeckOK BGB, Stand 01.05.2024, § 242 Rn. 116.

18 Zur Anwendung im Verwaltungsrecht BVerwG, Beschl. v. 12.01.2024, NVwZ-RR 2004, 314; allgemein Schubert, in: Münchener Kommentar, BGB, 9. Aufl., § 242 Rn. 456 ff.

19 Die Begründung schutzwürdigen Vertrauens auf andere Weise, etwa durch ausdrückliche Erklärung der Standortgemeinde, ist rechtlich nicht ausgeschlossen, dürfte aber in der Praxis kaum eine Rolle spielen, zumal auch dann eine Änderung dieser Position möglich bleibt und wiederum nur durch Hinzutreten weiterer Umstände (etwa dem bis dahin erfolgten Abschluss der Maßnahme) als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden kann.

insgesamt bzw. des letzten Einzelgewerks abzustellen. Denn die Abnahme beinhaltet nicht nur die bauliche Fertigstellung des Bauwerks, also die Erfüllung der Leistungen beauftragter Bauunternehmer, sondern auch die Billigung der erbrachten Leistung durch die Standortgemeinde als im Wesentlichen vertragsgemäß.<sup>20</sup> Die erfolgte Abnahme dokumentiert, dass die am Bau Beteiligten von der (jedenfalls im Wesentlichen) vertragsgemäßen und vollständigen Fertigstellung des betreffenden Bauwerks ausgehen.

Eine Bezugnahme auf die Abnahme als Zeitpunkt des baulichen Abschlusses hat den Vorteil, dass der Zeitpunkt der Abnahme, zumal bei einer regelmäßig im Rahmen von Schulbaumaßnahmen erfolgenden förmlichen Abnahme,<sup>21</sup> eindeutig und ohne großen Aufwand festgestellt werden kann. Dies würde in der Konsequenz bedeuten, dass im Rahmen der Abnahme festgestellte unwesentliche Mängel, die der Abnahme des Werks nicht entgegenstehen und im Nachgang beseitigt werden können, einem baulichen Abschluss nicht entgegenstünden.

Die *Inbetriebnahme* der Schule bzw. die Wiederaufnahme der Nutzung nach Abschluss einer Baumaßnahme kommt ebenfalls als maßgeblicher Zeitpunkt in Betracht und wird jedenfalls in der Entscheidung des 11. Senats aus dem Jahr 1985 angesprochen.<sup>22</sup> Dies entspricht indes nicht der vom selben Senat aktuell verwendeten Terminologie, würde den Zeitraum einer möglichen Geltendmachung von der baulichen Umsetzung der Maßnahme entkoppeln und zudem letztlich in die Entscheidung der Standortkommune stellen.

Wollte man stärker auf den tatsächlichen Abschluss sämtlicher im Zusammenhang mit dem Vorhaben stehender baulicher Tätigkeiten abstellen, wären jedenfalls auch die bestehenden *Gewährleistungsfristen* in den Blick zu nehmen, innerhalb derer weiterhin bauliche Maßnahmen erforderlich werden können, die noch dem ursprünglichen Bauvorhaben zuzurechnen sind und kein neues Vorhaben begründen. Dies würde allerdings eine deutliche Verlagerung des baulichen Abschlusses in die Zukunft bedeuten, der zudem aufgrund der grundsätzlichen Disponibilität der Gewährleistungsfristen<sup>23</sup> ohne Einflussmöglichkeit der Umlandgemeinden festgesetzt werden könnte.

## (2) Finanzieller Abschluss

Für den *finanziellen* Abschluss scheint es vom Wortlaut der Entscheidung her zunächst naheliegend, auf die letzte Rechnungsstellung für Einzelleistungen abzustellen. Denkbar ist aber auch, auf den Zeitpunkt des letzten Eingehens einer finanziellen Verpflichtung abzustellen, da nach diesem Zeitpunkt grundsätzlich keine Einflussnahmemöglichkeit mehr auf die Gesamtbelastung besteht. Der Zeitpunkt könnte auch wegen selbst nach Rechnungsabgleichung weiterhin laufender finanzieller Beziehungen wie Gewährleistungsbürgschaften oder zurückzahlender Kredite deutlich in der Zukunft liegen.

Zumindest gegen den sehr späten Zeitpunkt der Schuldensamortisierung sprechen die vom VGH BW an anderer Stelle zitierten Empfehlungen des Gemeindetags: *„Fälle der Vergangenheit, die abgeschlossen und vom Schulträger mit Hilfe staatlicher und ggf. anderer öffentlicher Zuschüsse finanziert sind (Altfälle), sollten nicht zum Gegenstand neuer Forderungen werden, auch wenn früher dafür aufgenommene Schulden noch nicht voll amortisiert sind. Solche Fälle sind als überstanden anzusehen und sollten ruhen bleiben.“*<sup>24</sup>

Im Ergebnis spricht – nicht nur aus Praktikabilitätsgründen – einiges dafür, die Schlussrechnung der Gemeinde für das Vorhaben insgesamt, unter Einbeziehung aller Zahlungsverpflichtungen sowie gewährter Fördermittel, als maßgeblichen Zeitpunkt heranzuziehen. Die weitergehende Berücksichtigung nachlaufender Finanzierungszeiträume beinhaltet die Gefahr einer letztlich sehr ausgedehnten Möglichkeit der Standortkommune, Umlandgemeinden noch für Maßnahmen heranziehen

zu können, was umgekehrt für diese die wirtschaftliche Planungssicherheit erheblich beeinträchtigt. Gleichzeitig wäre der Zeitraum bis zum finanziellen Abschluss der Maßnahme nicht einheitlich bestimmbar, sondern vom konkreter Finanzierungs-konzept der Standortkommune abhängig.

## cc) Vertrauenshindernde Maßnahmen

So wie die Standortgemeinde durch Nichtgeltendmachung eines Beteiligungsverlangens bei gleichzeitigem Abschluss der Maßnahme bei den Umlandkommunen schutzwürdiges Vertrauen schaffen kann, kann sie insbesondere durch rechtzeitige Geltendmachung eines Beteiligungsverlangens die Entstehung schutzwürdigen Vertrauens auch verhindern. Dies kann jedenfalls dadurch geschehen, dass die Standortgemeinde vor dem Abschluss der Maßnahme auf die Betroffenen Umlandkommunen zugeht und gegenüber diesen deutlich macht, dass sie eine Beteiligung der Umlandkommunen anstrebt, da ein Wandel der Absichten oder Rechtsauffassung grundsätzlich möglich bleibt, solange noch kein schutzwürdiges Vertrauen gerade auf den dauerhaften Ausschluss einer Beteiligungsabsicht entstanden ist.<sup>25</sup>

Da bereits vor dem Abschluss eigene Haushaltsmittel der Standortgemeinde bereitgestellt wurden und das später im Wesentlichen verfolgte Sanierungskonzept feststeht, könnte schon vor dem endgültigen Abschluss der Sanierung einiges für das berechnete Vertrauen auf die Nichtbeteiligung der Umlandgemeinden sprechen. Andernfalls würde die Gefahr entstehen, dass Standortgemeinden durch die Verzögerung kleinster Einzelgewerke oder -zahlungen den Zeitraum für ein zulässiges Beteiligungsbegehren treuwidrig verlängern können. Der VGH BW stützt sich in seiner Annahme der Beteiligungsfähigkeit von Altfällen maßgeblich auch auf die Empfehlungen des Gemeindetags, die hierfür Regelungen vorsehen. Diese Empfehlungen deuten aber einen frühen Zeitpunkt der nötigen Beteiligung *noch vor Beginn* der Maßnahme an: *„Zu den gegenwärtig laufenden Fällen rechnen auch bereits abgeschlossene Investitionsvorhaben, wenn vor ihrem Beginn eine Beteiligung gefordert und Verhandlungen eingeleitet wurden, die noch nicht erledigt sind. Bei solchen schwebenden Fällen entspricht es der Billigkeit, daß die Verhandlungen auf der Basis der vorliegenden Empfehlungen zu einem angemessenen und vertretbaren Abschluß gebracht werden.“*<sup>26</sup>

Wenn auch sowohl in der aktuellen Entscheidung des VGH BW als auch in der Vorgängerentscheidung vertrauenshindernde Maßnahmen vor Beginn der Maßnahme ergriffen wurden, kann daraus letztlich nicht geschlossen werden, zwischen Beginn und tatsächlichem wie finanziellem Abschluss der Maßnahme könne die Entstehung schutzwürdigen Vertrauens nicht mehr verhindert werden. Dem stehen ungeachtet der fehlenden abschließenden Klärung der konkreten Voraussetzungen eines Ausschlusses die insoweit doch eindeutigen Ausführungen des VGH BW zum maßgeblichen Zeitpunkt entgegen.

Hinsichtlich des Zeitpunkts, zu dem vertrauenshindernde Maßnahmen ihre Wirksamkeit entfalten können, ist auf den

20 Zu Inhalt und Funktion der Abnahme vgl. *Busche*, in: Münchener Kommentar, BGB, 9. Aufl., § 640 Rn. 3 m. w. N.

21 Aufgrund entsprechender Vereinbarung oder nach § 12 VOB/B.

22 VGH BW 1985, S. 18 f. der unveröffentlichten Entscheidungsgründe.

23 Vgl. § 13 Abs. 4 VOB/B und § 202 BGB; *Retzlaff*, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl., § 634 a Rn. 19.

24 Beteiligung von Schülerwohngemeinden an Schulbaukosten – Muster des Gemeindetags Baden-Württemberg für Schulbaukostenvereinbarungen, BWGZ 1979, 689, 693.

25 Vgl. *Schubert*, in: Münchener Kommentar, BGB, 9. Aufl., § 242 Rn. 374, 419.

26 Beteiligung von Schülerwohngemeinden an Schulbaukosten – Muster des Gemeindetags Baden-Württemberg für Schulbaukostenvereinbarungen, BWGZ 1979, 689, 693.

Zeitpunkt einer außenwirksamen Aufforderung an die Umlandgemeinden abzustellen. Die Fallgruppe des widersprüchlichen Verhaltens und berechtigten Vertrauens betrifft das Verhältnis zwischen den Gemeinden. Daher dürfte die bloß „interne“ Willensbildung einer Gemeinde, zumal wenn sie im Gemeinderat in nichtöffentlicher Sitzung erfolgen sollte, nicht genügen, um das Vertrauen der Umlandgemeinden zu hindern. Erst wenn diese unmittelbar kontaktiert wurden, konnte ihr Vertrauen in die Nichtbeteiligung beseitigt werden. Selbst bei einer Behandlung in öffentlicher Sitzung kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass Umlandgemeinden vom Inhalt der Sitzung Kenntnis nehmen. Anderes könnte sich etwa ergeben, wenn vorher besondere Umstände die Umlandgemeinden dazu veranlasst haben müssten, die Sitzung zu beobachten.

Nicht erforderlich zur Verhinderung der Entstehung schutzwürdigen Vertrauens ist es hingegen, dass die verfahrensrechtlichen Anforderungen an das erfolgreiche Durchlaufen der sogenannten Freiwilligkeitsphase erfüllt sind.<sup>27</sup> Das Vertrauen darauf, die Standortgemeinde werde keine Beteiligung der Umlandgemeinden begehren, ist nämlich bereits dann nicht mehr schutzwürdig, wenn – auch ohne besondere Verfahrensformen – vorbereitende Gespräche oder Handlungen erfolgen. So können etwa Vorgespräche zwischen Bürgermeistern, aus denen sich ergibt, dass eine Standortgemeinde die Beteiligung der Umlandgemeinden in Betracht zieht, dazu führen, dass sich eine Umlandgemeinde nicht mehr auf das weitere Unterlassen eines Beteiligungsbegehrens verlassen kann. Auch ohne eine positive und förmliche Entscheidung über die Ausübung eines Rechts kann erkennbar sein, dass die Ausübung dieses Rechts nicht ausgeschlossen wird.

#### 4. Zusammenfassende Bewertung

Im Ergebnis ist nach der gesetzlichen Regelung auch bei abgeschlossenen Maßnahmen eine Beteiligung von Umlandgemeinden rechtlich nicht ausgeschlossen. Ausgeschlossen ist die Beteiligung erst dann, wenn in Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben sich die Standortgemeinde widersprüchlich verhält und dadurch bei den Umlandgemeinden schutzwürdiges Vertrauen hervorruft.

Von einer derartigen Konstellation dürfte dann auszugehen sein, wenn die Standortgemeinde gegenüber den Umlandgemeinden kein Beteiligungsverfahren betrieben und gleichzeitig das Vorhaben realisiert und tatsächlich wie finanziell zum Abschluss gebracht hat. Ob der Abschluss des Vorhabens für die Entstehung schutzwürdigen Vertrauens ausreichend ist oder ob möglicherweise weitere Umstände hinzutreten müssen, kann nach der aktuellen Entscheidung nicht mit letzter Sicherheit ausgeschlossen werden.

In baulicher Hinsicht dürfte für den Abschluss des Vorhabens auf den Zeitpunkt der Abnahme abzustellen sein. Finanziell ist das Vorhaben abgeschlossen, sobald die Schlussabrechnung des Vorhabens erfolgt ist. Nachfolgende Finanzierungs- oder Gewährleistungszeiträume sind nicht zu berücksichtigen.

Geklärt ist jedenfalls, dass die Standortgemeinde die Entstehung schutzwürdigen Vertrauens dadurch verhindern kann, dass sie auf die Umlandgemeinden zugeht und eine Beteiligung einfordert. Dies dürfte bis zum baulichen wie finanziellen Abschluss der Maßnahme möglich sein. Bei einem Beteiligungsverlangen vor Beginn der Maßnahme sind die Standortgemeinden aber jedenfalls auf der sicheren Seite.

### III. Berücksichtigung von Zuweisungen nach dem FAG

Bei der Kostenverteilung zwischen Standort- und Umlandgemeinden ist eine Regelung darüber zu treffen, in welchem Maß Mittel des kommunalen Finanzausgleichs zulasten der Standort-

gemeinde angerechnet werden. Umlandgemeinden sehen in den Mitteln des kommunalen Finanzausgleichs eine teilweise Abgeltung der Erfüllung von Schulträgeraufgaben für die Umlandgemeinden und fordern daher regelmäßig eine Berücksichtigung.

Der VGH BW führt hierzu aus, dass der kommunale Finanzausgleich im Rahmen der Prüfung des *dringenden öffentlichen Bedürfnisses* i. S. v. § 31 Abs. 1 Satz 2 SchG grundsätzlich zu berücksichtigen ist. Ausdrücklich heißt es, die Regelungen des kommunalen Finanzausgleichs seien bei der wertenden Betrachtung der Dringlichkeit im Rahmen des § 31 Abs. 1 Satz 2 SchG mit in den Blick zu nehmen.<sup>28</sup>

Die bisherige Rechtsprechung erging in der *Zwischenphase*. Dort genügt die Feststellung, dass die pauschalierten Mittel des kommunalen Finanzausgleichs die zusätzlichen Lasten durch auswärtige Schüler (regelmäßig) nicht vollständig ausgleichen. Ein spezifischer rechnerischer Abzug der Mittel von den zusätzlichen Lasten erfolgte daher nicht.<sup>29</sup>

Im Rahmen einer *öffentlich-rechtlichen Vereinbarung* sind die Mittel hingegen konkret zu berücksichtigen. In diesem Sinne hielt der VGH BW bereits in einer früheren Entscheidung fest: „Das Bestehen dieses Finanzierungssystems und der hieraus folgende konkrete finanzielle Ausgleich der bei der Schulstandortgemeinde durch die Maßnahme entstehenden Lasten ist bei der Frage, ob ein dringendes öffentliches Bedürfnis an der gemeinsamen Erfüllung der Schulträgeraufgaben besteht [...] und ferner gegebenenfalls bei der Verhandlung über den Inhalt der nach § 31 Abs. 1 Satz 2 SchG abzuschließenden öffentlich-rechtlichen Vereinbarung [...] zu berücksichtigen.“<sup>30</sup>

Für die Zwischenphase ist im Ausgangspunkt geklärt, dass konkret gewährte Mittel des kommunalen Finanzausgleichs von den zusätzlichen Lasten abzuziehen sind.<sup>31</sup> Das muss ebenso bei einer freiwilligen oder zwangsweisen Vereinbarung gelten, da auch hier billigerweise nur diejenigen Kosten auszugleichen sind, die der Standortgemeinde wegen der auswärtigen Schüler entstehen und die nicht anderweitig ausgeglichen oder abgegolten sind.

Der Begriff der konkreten Gewährung wird aber nicht näher definiert. Unstrittig zu berücksichtigen sind Mittel der Schulbauförderung, die für einzelne Investitionsmaßnahmen gewährt werden. Die Mittel des kommunalen Finanzausgleichs sind aber typischerweise *pauschaliert*. Eine konkrete Gewährung im engeren Sinne liegt also nicht vor. Da nach der Rechtsprechung dennoch FAG-Mittel potenziell zu berücksichtigen sind, bedarf es einer näheren Definition des Begriffs der *konkreten Gewährung*. Wir schlagen vor, solche Mittel zu berücksichtigen, die nach ihrer gesetzlichen oder sonstigen Zweckbestimmung dafür gewährt werden, dass die Standortgemeinde Schulträgeraufgaben der Umlandgemeinden erfüllt. Ein konkreter Projektbezug kann bei pauschalierten Mitteln nicht verlangt werden. Ausreichend muss stattdessen sein, dass die Mittel zusätzlich zu den Mitteln für ortseigene Schüler gewährt werden und dass ein gewisser Anteil der pauschalierten Mittel auf die einzelne Investitionsmaßnahme heruntergerechnet werden kann.

Für die einzelnen kommunalen Finanzausgleichsmittel ergibt sich daher Folgendes:

27 VGH BW 2022, juris Rn. 94.

28 VGH BW 2022, juris Rn. 166.

29 VGH BW 2022, juris Rn. 166; VGH BW 1985, VBIBW 1986, 344, 348 f.; VGH BW 1977, ESVGH 28, 174, 182 f.

30 VGH BW 2022, juris Rn. 87 (Hervorhebung durch die Verfasser), ähnlich schon VGH BW 1985, VBIBW 1986, 344, 348.

31 VGH BW 2022, juris Rn. 147; ähnlich bereits implizit in der älteren Rechtsprechung, die den pauschalen Charakter bestimmter Finanzausgleichsmittel betont und daher eine vollständige Deckung ablehnt.

### 1. Sachkostenbeitrag

§ 17 Abs. 1 FAG<sup>32</sup> sieht eine pauschalierte Leistung zur Deckung der laufenden *sächlichen Schulkosten* vor. Dieser Sachkostenbeitrag wird mit einer linearen Progression je Schüler gewährt. Damit kommt er der Standortgemeinde auch für auswärtige Schüler zugute und entspricht insofern dem früheren Gastschülerbeitrag<sup>33</sup>, deckt also auch die zusätzlichen Lasten für Auswärtige ab.

Die Rechtsprechung betont, dass § 17 FAG der Deckung der laufenden Sachkosten dient. Eine Volldeckung der Investitionskosten ist damit nicht beabsichtigt.<sup>34</sup> Nicht ausdrücklich geklärt ist, ob der Sachkostenbeitrag zumindest einen Teil der Investitionskosten decken soll und daher anzurechnen ist. Der Wortlaut der bisherigen Entscheidungen schließt das nicht ausdrücklich aus. Es wäre aber angesichts der Unterscheidung zwischen laufenden Kosten und Investitionskosten nicht überzeugend. Investitionskosten sind, obwohl sie langfristig wiederkehren, keine laufenden Kosten. Der Sachkostenbeitrag ist damit bei der Kostenverteilung grundsätzlich nicht zulasten der Standortgemeinde zu berücksichtigen.

Für einzelne Kostenpositionen, etwa die informationstechnische Ausstattung oder das Mobiliar, ist noch unklar, ob sie auch dann, wenn sie im Rahmen von Sanierungs- oder Neubaumaßnahmen anfallen, als laufende Sachkosten zu betrachten sind.<sup>35</sup> Hier scheint ein Vergleich zur haushaltsrechtlichen Bewertung dieser Positionen sinnvoll. Sollten sie nicht als Teil der Investitionsmaßnahme zu betrachten sein, sondern als laufende Sachkosten, wären sie durch § 17 FAG gedeckt. In diesem Fall ist aber weiterhin keine Berücksichtigung des § 17 FAG bei der Kostenverteilung für die Investitionsmaßnahme erforderlich, weil diese Kostenpositionen bereits keinen Teil der zusätzlichen Lasten für Auswärtige durch die Investitionsmaßnahme darstellen und deshalb nicht im Rahmen der Beteiligung der Umlandgemeinden an den Kosten der Investitionsmaßnahme ersetzt werden.

Offengelassen hat der VGH BW im Übrigen, ob auch bei unzureichender Deckung der laufenden Sachkosten ein Kostenbeteiligungsanspruch aus § 31 SchG entstehen kann oder ob § 17 FAG eine abschließende Regelung dieser Kostenverteilung enthält.<sup>36</sup> Diese Frage ist für Schulinvestitionskosten zunächst nicht relevant, birgt aber bei besonders hohen laufenden Kosten weiteres Konfliktpotenzial zwischen Standort- und Umlandgemeinden.

### 2. Sportstättenbau

Auch die nach Schülerzahlen gewährten Zuweisungen für den Sportstättenbau werden nach § 16 Satz 4 FAG im Wege einer linearen Progression je Schüler gewährt, dienen also ebenfalls teilweise der Deckung der zusätzlichen Lasten für auswärtige Schüler.

Die Landesregierung macht seit 2006 von der Möglichkeit des § 16 Satz 7 FAG Gebrauch, die Sportstättenzuweisungen ausschließlich im Wege der einzelfallbezogenen Projektförderung zu gewähren.<sup>37</sup> Eine Anrechnung dieser Mittel beim Bau von Schulsportstätten ist also ohne Weiteres nach den jeweiligen gemeindlichen Schüleranteilen möglich. Anders als bei pauschalierten Leistungen ist der konkrete Projektbezug genauer Fördersummen hier ohne Weiteres herzustellen.

### 3. Schlüsselzuweisungen

Die Schlüsselzuweisung nach § 5 Abs. 1 FAG unterliegt teilweise einer sog. *Einwohnerveredelung*, d. h. die Pro-Kopf-Zuweisungen steigen mit zunehmender absoluter Einwohnerzahl. So erhalten größere Gemeinden, die typischerweise Schulstandortgemeinden sind, tendenziell höhere Zuweisungen als kleinere Gemeinden, die typischerweise Schüler in die Standortgemeinden entsenden.

Die Einwohnerveredelung beruht im Wesentlichen auf Beiträgen von *Brecht* und *Popitz* aus dem Jahr 1932, die wiederum eine preußische Regelung von 1928 aufgreifen. Zur Rechtfertigung der Einwohnerveredelung wird angeführt, größere Gemeinden müssten größere Pro-Kopf-Kosten für die Erfüllung ihrer Aufgaben tragen, weil Leistungen dort teurer seien bzw. ein höherer Standard erwartet werde, weil zusätzliche Ausgaben z. B. für typischerweise höhere Sozialausgaben anfielen und weil Aufgaben für Umlandgemeinden durch die Bereitstellung öffentlicher Einrichtungen mitübernommen würden.<sup>38</sup>

Die Einwohnerveredelung wird in der Literatur deutlich kritisiert. Insbesondere werden die empirischen Grundlagen angezweifelt. Eine konkret aufgabenbezogene Förderung z. B. bei tatsächlicher Erfüllung zentral-örtlicher Aufgaben oder bei raumordnerischer Zuweisung einer zentralörtlichen Funktion dürfte zielführender sein als die Orientierung an der Einwohnerzahl.<sup>39</sup>

Der baden-württembergische Landesgesetzgeber hält dennoch an der Einwohnerveredelung fest. Da die Einwohnerveredelung teilweise mit der Erfüllung von Aufgaben der Umlandgemeinden begründet wird, bedarf es eines Maßstabs dafür, welcher Teil der Schlüsselzuweisungen bei der Kostenverteilung zwischen Standort- und Umlandgemeinden zulasten der Standortgemeinden von den zusätzlichen Lasten für Auswärtige abzuziehen ist.

#### a) Veredelungsanteil

Da die Schlüsselzuweisungen im Grundsatz der Erfüllung der eigenen Aufgaben der Standortgemeinde dienen, ist zunächst zu ermitteln, welcher Teil der Schlüsselzuweisungen aus der Einwohnerveredelung resultiert, also nur deshalb gewährt wird, weil die Standortgemeinde eine erhöhte Pro-Kopf-Zuweisung erhält.

Die Schlüsselzuweisungen werden gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 FAG nach mangelnder Steuerkraft verteilt. Dazu werden gem. § 5 Abs. 1 Satz 2 FAG die Steuerkraft und die Bedarfsmesszahl verglichen. Die Bedarfsmesszahl setzt sich gem. § 7 Abs. 1 FAG aus der Bedarfsmesszahl A und der Bedarfsmesszahl B zusammen. Zur Einwohnerveredelung kommt es durch die Erhöhung des Kopfbetrags der Bedarfsmesszahl A bei steigender Einwohnerzahl nach § 7 Abs. 3 FAG. Die Bedarfsmesszahl B hängt dagegen nach § 7 Abs. 4 FAG von der Einwohnerdichte ab. Ihr Kopfbetrag steigt mit sinkender Einwohnerdichte und dürfte angesichts der strukturellen Unterschiede zwischen Stadt und Land sogar negativ mit der absoluten Einwohnerzahl korrelieren.

Daher ist als „Veredelungsanteil“ der Schlüsselzuweisungen, der als Ausgleich für die Erfüllung von Aufgaben der Umland-

32 Gesetz über den kommunalen Finanzausgleich (Finanzausgleichsgesetz – FAG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 01.01.2000 (GBl. 2000, 14).

33 *Aker/Klee*, Gemeindefinanzreform und Finanzausgleich Baden-Württemberg, Stand Juni 2023, § 17 FAG Rn. 1.

34 VGH BW 2022, juris Rn. 166; implizit wohl schon VGH BW 1985, VBIBW 1986, 344, 348 f. – in einem obiter dictum wird die Möglichkeit diskutiert, auch für laufende Sachkosten eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung abzuschließen; VGH BW 1977, ESVGH 182, 172, 182 f.

35 Vgl. zum Begriff der laufenden Sachkosten allgemein: *Rux*, Schulrecht, 6. Aufl., 2018, Rn. 1349 ff.

36 VGH BW 1985, VBIBW 1986, 344, 348 f.

37 *Aker/Klee*, Gemeindefinanzreform und Finanzausgleich Baden-Württemberg, Stand Juni 2023, § 16 FAG Rn. 2; Orientierungsdaten des Landesfinanzministeriums zur kommunalen Haushalts- und Finanzplanung in den Jahren 2024 ff. vom 18.07.2023.

38 Vgl. zur Einwohnerveredelung in vergleichbaren Regelungen: BVerfGE 86, 148, 238 ff.; BbgVerfG, LVerfGE 10, 237; MVVerfG, LVerfGE 22, 285.

39 Vertiefend *Thormann*, DÖV 2019, 912; überblicksweise *Söllner*, ifo-Schnelldienst 3/2001.

gemeinden in Betracht kommt, lediglich der Teil der Schlüsselzuweisungen nach § 5 Abs. 1 FAG zu berücksichtigen, der dadurch entsteht, dass der Kopfbetrag der Bedarfsmesszahl A steigt. Zu ermitteln ist dieser Anteil durch eine hypothetische Berechnung der Schlüsselzuweisung unter Zugrundelegung eines Kopfbetrags von 100 % des Grundbetrags. Der überschüssige Anteil der tatsächlichen Schlüsselzuweisung wird wegen der höheren Einwohnerzahl gewährt.

#### b) Abzug für höhere Kosten

Der Einwohnerveredelung liegt aber nicht nur die Erfüllung von Aufgaben für Umlandgemeinden zugrunde, sondern auch die – in der Literatur kritisch betrachtete – Annahme, in größeren Städten seien strukturell bedingt höhere Kosten für die Aufgabenerfüllung notwendig. Nur ein Teil der Erhöhung der Bedarfsmesszahl A dient also der Aufgabenerfüllung zugunsten des Umlands. Eine rechnerische Ermittlung der Anteile für Aufgabenerfüllung zugunsten des Umlands und für strukturell höhere Kosten der eigenen Aufgabenerfüllung ist praktisch nicht möglich und kann auch nicht mehr auf empirische Untersuchungen in Preußen aus dem Jahr 1932 gestützt werden.

Hinzu kommt, dass der Aufgabenerfüllung für das Umland (z. B. großflächiger Einzelhandel, Museen) auch eine Aufgabenerfüllung durch das Umland (z. B. Naherholung) gegenübersteht und der Gesetzgeber durch die pauschalierte Einwohnerveredelung wohl die Gesamtsituation berücksichtigen möchte, eine nachträgliche Zerlegung also systematisch ausgeschlossen ist.

Dennoch ist im Rahmen von öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen eine zahlenmäßige Festlegung erforderlich. Dabei wird ein gewisser Abzug für die vom Gesetzgeber angenommenen höheren Kosten zu gewähren sein. Dafür spricht auch, dass z. B. das nordrhein-westfälische Landesrecht einen eigenen Soziallastenausgleich zusätzlich zur allgemeinen Einwohnerveredelung vorsieht.<sup>40</sup> Das baden-württembergische Landesrecht sieht einen solchen hingegen nicht vor, berücksichtigt die in Städten typischerweise höheren Sozialausgaben also bereits in den Schlüsselzuweisungen nach § 5 Abs. 1 FAG.

Inwieweit der Veredelungsanteil unberücksichtigt bleibt, weil er nicht auf der Aufgabenerfüllung durch Umlandgemeinden beruht, wird im Einzelfall von den betroffenen Gemeinden auszuhandeln sein. Um einen Anhaltswert für den Regelfall zu ermitteln, wären bisher nicht vorliegende empirische Untersuchungen erforderlich. In Ermangelung solcher Untersuchungen halten wir vorerst für typische Fälle eine Berücksichtigung von 80 % des Veredelungsanteils für sachgerecht.

Die Veranschlagung von 80 % beruht darauf, dass zunächst drei wesentliche Gründe für die Einwohnerveredelung angeführt wurden: gehobene Ansprüche, strukturell höhere Kosten und Aufgabenerfüllung für das Umland. Die 1932 noch vertretene Ansicht, die großstädtische Bevölkerung habe höhere Ansprüche als die ländliche Bevölkerung, dürfte heute weitgehend als überholt anzusehen sein.<sup>41</sup> Von den ursprünglich drei Begründungsansätzen verbleiben also nur noch die Aufgabenerfüllung für das Umland und die strukturell höheren Kosten. Ohne besondere Kenntnis der Einzelfallsituation in der Standortgemeinde dürfte in der Regel der Anteil der Kosten für zusätzliche Aufgaben deutlich höher sein als der Anteil der strukturell bedingt erhöhten Kosten. So verbleiben für höhere Kosten im städtischen Raum wohl vor allem die Kosten für Wohnraum und damit indirekt für Arbeit. Auch im ländlichen Raum stehen dem Gründe für höhere Kosten entgegen, nämlich vor allem höhere Infrastrukturkosten pro Kopf bei geringerer Einwohnerdichte und z. B. weitere Anfahrtswege. Im Ergebnis gehen wir daher davon aus, dass im

Zweifelsfall ein Großteil der Veredelung für die Erfüllung von Aufgaben der Umlandgemeinden gewährt wird.

#### c) Abzug für andere Aufgaben

Die Schlüsselzuweisungen werden nicht allein für die jeweilige Schulinvestitionsmaßnahme gewährt, sondern ohne spezifische Aufgabenzuordnung. Wegen der Pauschalierung ist eine genaue Zuteilung zu spezifischen Aufgaben nicht möglich.

Um eine konkrete Berücksichtigung zu ermöglichen, ist es unserer Ansicht nach aber schlüssig, zunächst den Anteil der zusätzlichen Lasten für Auswärtige an den gesamten Ausgaben der Standortgemeinde zu ermitteln und diesen prozentualen Anteil vom Mehrwert der erhöhten Pro-Kopf-Zuweisung auf die zusätzlichen Lasten für Auswärtige anzurechnen.

Dabei ist wiederum zu berücksichtigen, dass nicht alle Ausgaben der Standortgemeinde sich durch ihre Aufgabenerfüllung zugunsten der Umlandgemeinden erhöhen. Bspw. bleiben Ausgaben für melderechtliche Aufgaben davon unberührt. Dementsprechend sind solche Posten für die Gesamtausgaben der Standortgemeinde, von denen der Anteil der Schulinvestitionskosten zu ermitteln ist, nicht zu berücksichtigen. Insgesamt dürften die Bildungsausgaben einen deutlich größeren Anteil an den umlandversorgungsbedingten Ausgaben darstellen als an den Gesamtausgaben der Standortgemeinde.

Eine genaue Berechnung ist auch hier der einzelfallbezogenen Verhandlung vorbehalten. Dabei kann bspw. je nach Fachbereich verhandelt werden, ob dort ein wesentlicher Ausgabenanteil auch den Umlandgemeinden zugutekommt. Das dürfte etwa regelmäßig im Bereich Kultur der Fall sein, nicht hingegen in den Bereichen Meldewesen oder Ausländerrecht. Für Zweifelsfälle schlagen wir vor, bei der Ermittlung des Anteils der Schulinvestitionskosten an den Gesamtausgaben der Standortgemeinde die Gesamtausgaben nur mit 80 % ihrer tatsächlichen Höhe zu berücksichtigen. Auch hier handelt es sich aber zunächst nur um eine Schätzung in Ermangelung empirischer Untersuchungen.

Im Rahmen von Verhandlungen könnte zudem diskutiert werden, ob auch haushaltsrechtlich als Aufwendungen zu betrachtende Abschreibungen bei den Gesamtausgaben berücksichtigt werden.

#### 4. Kommunale Investitionspauschale

Die kommunale Investitionspauschale nach § 4 Abs. 1 FAG unterliegt keiner Einwohnerveredelung durch höhere Pro-Kopf-Zuweisungen bei höheren Einwohnerzahlen. Die den Zuweisungen zugrunde liegende Einwohnerzahl wird nach § 4 Abs. 2 FAG allein aufgrund der Steuerkraftsumme modifiziert.

Die kommunale Investitionspauschale wird damit allein zur Förderung der Investitionslasten durch Ortsansässige gewährt. Eine Abgeltung von Lasten, die für Auswärtige übernommen werden, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Anders als der Sachkostenbeitrag nach § 17 FAG (der allerdings keine Investitionen betrifft) erhält die Standortgemeinde keine zusätzlichen Mittel für die auswärtigen Schüler. Daher ist diese Pauschale bei der Kostenverteilung zwischen Standort- und Umlandgemeinden nicht zu berücksichtigen.

<sup>40</sup> Vgl. § 8 Abs. 5 FFG NRW 2024; VerfGH NRW, Urt. v. 06.05.2014 – 9/12 –, teilweise veröffentlicht in Städte- und Gemeinderat NRW 2014, Nr. 7–8, 45.

<sup>41</sup> Anschaulich zur Annahme von Popitz, die Landbevölkerung gebe sich mit einfacheren Schul- und Rathäusern zufrieden und benötige keine gepflegten Straßen, weil sie ohnehin zu landwirtschaftlichen Arbeiten gehe: Thormann, DÖV 2019, 912, 913 f.

### 5. Berücksichtigungsfähiger Zeitraum

Fraglich ist schließlich, über welchen Zeitraum die Zuweisungen nach dem FAG zu berücksichtigen sind, wenn sich die Schulinvestitionsmaßnahme über mehrere Jahre erstreckt. Sachgerecht ist hier eine Mittelung der Zuweisungen für den Zeitraum, in dem die Ausgaben für die Investitionsmaßnahme anfallen. Bei der Berücksichtigung mehrerer Haushaltsjahre können die vorgeschlagenen Anteile jeweils getrennt je Haushaltsjahr berechnet oder kumuliert werden. Bei frühzeitigen Vereinbarungen empfiehlt sich zur besseren Planbarkeit eine vorherige Pauschalierung nach prognostizierten Werten oder Durchschnittswerten der jüngeren Vergangenheit.

### 6. Vorschlag zur Umsetzung

Im Rahmen einer freiwilligen öffentlich-rechtlichen Vereinbarung steht den Gemeinden ein Gestaltungsspielraum zu. Daher handelt es sich hier nur um einen sachgerecht erscheinenden Berechnungsvorschlag. Abweichende Vereinbarungen sind möglich und das Vorgehen der obersten Schulbehörde in der Zwangsphase ist nicht sicher vorhersagbar.

Pragmatischer und angesichts der im Einzelnen nicht abschließend berechenbaren Anteile notwendig scheint die Vereinbarung eines pauschalen prozentualen Abschlags von den zusätzlichen Lasten. Dieser Abschlag sollte überschlagsweise nach den hier angeführten Kriterien auf Plausibilität geprüft werden. Damit es nachträglich nicht zu Konflikten kommt, sollten weitreichende nachträgliche Veränderungsmöglichkeiten vermieden werden.

Als Berechnungsformeln für eine Plausibilitätsprüfung bezüglich der Schlüsselzuweisungen bieten sich an:

Veredelungsanteil = tatsächliche Schlüsselzuweisungen – fiktive Schlüsselzuweisungen bei Kopfgröße 100 % nach § 7 Abs. 3 FAG

Projektbezugsfaktor = zusätzliche Lasten + (Gesamtausgaben der Standortgemeinde × Abzugsfaktor für nicht umlandnützige Aufgaben [im Zweifel 80 %])

Von zusätzlichen Lasten abzuziehende Schlüsselzuweisungen = Veredelungsanteil × Anteil nach Abzug für höhere Kosten [im Zweifel 80 %] × Projektbezugsfaktor

Nach beispielhaften Berechnungen anhand von Schätzungen und Erfahrungswerten gehen wir davon aus, dass der Abzug von den zusätzlichen Lasten, der sich aus der Einwohnerverteilung ergibt, typischerweise im unteren einstelligen Prozentbereich liegen wird. Die tendenziell geringen Werte sprechen für eine vorherige und abschließende Pauschalierung im Wege freiwilliger Vereinbarungen.

## IV. Durchschnittsbildung bei Auswärtigenquoten

Mit Blick auf die Langfristigkeit der Schulträgeraufgaben und der Sanierungsmaßnahmen scheint es sachgerecht, bei der Verteilung der Investitionskosten auf die einzelnen Gemeinden mehrjährige *durchschnittliche Schüleranteile* zugrunde zu legen, statt allein auf das aktuelle Schuljahr abzustellen. Gerade bei kleinen Umlandgemeinden, deren Anteile zwischen einem Schüler und überhaupt keinen Schülern schwanken können, dürften Durchschnittswerte die Akzeptanz einer Vereinbarung deutlich erhöhen.

In seiner aktuellen Entscheidung vom 06.12.2022 legt der 9. Senat des VGH BW als *maßgeblichen Zeitpunkt* für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Feststellungsbescheids dessen Erlasszeitpunkt zugrunde. In einer früheren Entscheidung war der 11. Senat des VGH BW dagegen von einem *Dauerverwaltungsakt* ausgegangen und hatte im Fall eines gerichtlichen Rechtsstreits daher den Schluss der letzten mündlichen Verhandlung als maßgeblichen Zeitpunkt angesehen, also auch Änderungen

nach Erlass des Feststellungsbescheids berücksichtigt.<sup>42</sup> In der Freiwilligkeitsphase ergibt sich kein Unterschied zwischen den Entscheidungen, weil hier sowohl der Bescheiderlass als auch die letzte mündliche Verhandlung noch in der Zukunft liegen.

Der Unterschied betrifft zunächst nur den Zeitpunkt, in dem maßgebliche Zahlen betrachtet werden. Ob in diesem maßgeblichen Zeitpunkt eine punktuelle Betrachtung der jeweils aktuellsten Statistik erfolgt oder eine längerfristige Betrachtung der Vergangenheit oder eine Prognose erfolgt, ist damit nicht zwingend entschieden. Eine *Durchschnittsbildung* über die vergangenen Jahre ist aber in keiner der Entscheidungen vorgesehen.

In der aktuellen Entscheidung vom 06.12.2022 berücksichtigt der 9. Senat des VGH BW zwar (auch) den Durchschnitt der vergangenen Jahre, um das dringende öffentliche Bedürfnis an der Zusammenarbeit wegen auf gewisse Dauer angelegter Erfüllung der Schulträgeraufgaben für die Umlandgemeinden zu begründen. Letztlich stellt er aber (auch) entscheidend auf den älteren Auswärtigenanteil im aktuellsten Schuljahr ab. In seiner älteren Entscheidung verweist der 11. Senat lediglich auf den anhaltend hohen Auswärtigenanteil von über 50 % als Grund für das dringende öffentliche Bedürfnis, ohne dass er sich zu einem Maßstab für die spezifische Kostenbeteiligung äußert. Die ältere Entscheidung des 9. Senats befasst sich ebenfalls nicht mit der spezifischen Kostenverteilung, stellt aber für das dringende öffentliche Bedürfnis neben einer anhaltend hohen Auswärtigenquote (im Sinne eines Durchschnitts) auf die Lage im Erlasszeitpunkt ab.<sup>43</sup>

In der Zwischenphase ist damit davon auszugehen, dass im Zweifel nur die im Erlasszeitpunkt aktuellen Schüleranteile für die Frage maßgeblich sind, ob ein ausreichend hoher Auswärtigenanteil vorliegt, um eine Beteiligung der Umlandgemeinden zu erfordern. Die Zahlen für die Vergangenheit untermauern nur die Dauerhaftigkeit der Erfüllung von Schulträgeraufgaben. Zur Ausgestaltung einer konkreten öffentlich-rechtlichen Vereinbarung trifft die Rechtsprechung dagegen keine unmittelbaren Aussagen. Abweichungen von dem vom VGH BW angedeuteten Konzept des alleinigen Abstellens auf aktuelle Zahlen bleiben möglich und wohl auch sachlich geboten.

Hier lässt sich zumindest andeutungsweise die ältere Rechtsprechung heranziehen, die auch eine zum Erlasszeitpunkt angestellte Prognose über die zukünftige Auswärtigenquote für in der Zwischenphase potenziell beachtlich hält und damit auch längere Zeiträume einbezieht.<sup>44</sup> Auch die Empfehlungen des Gemeindetags aus dem Jahr 1979, die an anderer Stelle vom VGH BW zitiert werden, enthalten Vorschläge für verschiedene maßgebliche Zeitpunkte bzw. Zeiträume für die Schülerzahlen im Rahmen der Kostenverteilung durch eine freiwillige Vereinbarung, darunter auch durchschnittliche Zahlen der Vergangenheit und künftige Zahlen bei einer ratenmäßigen Finanzierung durch die Umlandgemeinden.<sup>45</sup>

Im Ergebnis ist eine Heranziehung durchschnittlicher Werte über einen gewissen Zeitraum daher im Sinne einer höheren Akzeptanz durch die Verringerung der Auswirkungen jährlicher Schwankungen sinnvoll. Die Gemeinden können einen solchen Maßstab freiwillig untereinander vereinbaren. Allerdings ist nicht von einem Anspruch auf eine solche Berechnung in der Zwangsphase auszugehen.

42 VGH BW 2022, juris Rn. 60 ff., 151 ff.; VGH BW 1985, VBIBW 1986, 344, 344; vgl. Kadisch, VBIBW 2024, 353, 357 (in diesem Heft).

43 VGH BW 2022, juris Rn. 151 ff.; VGH BW 1985, S. 8 der unveröffentlichten Entscheidungsgründe; VGH BW 1977, ESVGH 28, 174, 181 f.

44 VGH BW 1977, ESVGH 28, 174, 181 f.

45 Beteiligung von Schülerwohngemeinden an Schulbaukosten – Muster des Gemeindetags Baden-Württemberg für Schulbaukostenvereinbarungen, BWGZ 1979, 689, 694.

## V. Unterlassene Unterhaltungsmaßnahmen

Im Vorfeld einer Sanierung *unterlassene Unterhaltungsmaßnahmen* waren nicht Gegenstand der bisherigen Entscheidungen zu § 31 SchG. Probleme können sich aus Sicht der Umlandgemeinden daraus ergeben, dass Unterhaltungsmaßnahmen im Regelfall als laufende Sachkosten nach § 17 FAG einzuordnen und daher grundsätzlich pauschaliert abgegolten sind.<sup>46</sup> Für diese Maßnahmen ist die Standortgemeinde zunächst selbst finanziell verantwortlich. Bei Sanierungsmaßnahmen können Umlandgemeinden dagegen im Einzelfall zu den Kosten hinzugezogen werden. Werden Unterhaltungsmaßnahmen „verschleppt“, scheint es also möglich, dass die Standortgemeinde zunächst den Sachkostenbeitrag für diese Maßnahmen erhält, die Maßnahme aber nicht durchführt, sie im Anschluss in die Sanierungsmaßnahme aufnimmt und hierfür wiederum eine Kostenbeteiligung der Umlandgemeinden erreicht. In diesem Fall hätte sich die Standortgemeinde gewissermaßen durch doppelte Förderung in Form des Sachkostenbeitrags und der Beteiligung nach § 31 SchG bereichert oder aus Sicht der Umlandgemeinden eine unnötige Verteuerung der zusätzlichen Lasten der Sanierungsmaßnahme für Auswärtige herbeigeführt.

Probleme bestehen demnach, wenn vor Beginn einer Sanierungsmaßnahme Unterhaltungsmaßnahmen unterlassen wurden, so die Sanierung unnötig verteuert wurde und sich daraus eine Erhöhung der zusätzlichen Lasten für Auswärtige im Vergleich zu den Lasten bei rechtzeitiger Durchführung der Unterhaltungsmaßnahmen ergibt.

Angesichts des allgemein als schlecht geltenden baulichen Zustands der öffentlichen Schulen dürfte ein solcher Verdacht vonseiten der Umlandgemeinden häufig vorgebracht werden. Andererseits könnte sich gerade aus dem allgemein schlechten baulichen Zustand der öffentlichen Schulen ergeben, dass im Einzelfall keine absichtliche Verschleppung von Unterhaltungsmaßnahmen zwecks Umwälzung der Kosten auf die Umlandgemeinden vorliegt, sondern die Unterlassung der Unterhaltungsmaßnahme den Normalfall darstellt.

Als Grundlage für eine Ausnahme von der Beteiligungspflicht bei vorher unterlassenen Unterhaltungsmaßnahmen kommen das Gebot der Wirtschaftlichkeit des § 77 Abs. 2 GemO und der Grundsatz von Treu und Glauben in Betracht.

### 1. Gebot der Wirtschaftlichkeit

Die *Wirtschaftlichkeit* einer Maßnahme i. S. d. Wirtschaftlichkeitsgebots richtet sich nach dem Verhältnis von Aufwand und Ertrag. Nach dem Minimalprinzip sind Maßnahmen wirtschaftlich, die ein vorgegebenes Ziel mit dem geringsten Aufwand erreichen. Nach dem Maximalprinzip sind Maßnahmen wirtschaftlich, die mit einem gegebenen Aufwand das beste Ergebnis erreichen. Das Wirtschaftlichkeitsgebote steht in einem Spannungsverhältnis zum Gebot der Sparsamkeit, das ebenfalls in § 77 Abs. 2 GemO verankert ist und auf die Verringerung des absoluten Aufwands gerichtet ist.<sup>47</sup>

Wegen der unterschiedlichen Faktoren, die in die Prüfung des § 77 Abs. 2 GemO einzubeziehen sind, und wegen der daraus resultierenden Zielkonflikte dürfte der Nachweis eines Verstoßes regelmäßig nur schwer zu erbringen sein. Insbesondere spricht das Gebot der Sparsamkeit zunächst im Zeitpunkt etwaig unterlassener Unterhaltungsmaßnahmen auch für ein Unterlassen, weil so zumindest kurzfristig die Ausgaben verringert werden. Uneinigkeit besteht daher über die genaue Rechtsnatur der Spielräume, die durch die Gebote eröffnet werden (Beurteilungs- oder Ermessensspielraum, Maß der Überprüfbarkeit durch Rechtsaufsichtsbehörden und Gerichte).<sup>48</sup>

Ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebote ist aber nicht grundsätzlich ausgeschlossen – wenn auch im Ergebnis nur schwer nachweisbar –, sondern kommt zumindest dann in Be-

tracht, wenn durch das Unterlassen einer Unterhaltungsmaßnahme mittelfristig höhere Sanierungskosten verursacht werden, die nicht vollständig durch Einsparungen bei Unterhaltungsmaßnahmen und etwaige Zinsvorteile aus der erst späteren Fälligkeit der Sanierungsmaßnahme ausgeglichen werden.

Da sich § 77 Abs. 2 GemO zunächst nur an die konkret haushaltende Gemeinde richtet, sind dadurch noch nicht unmittelbar die Interessen der Umlandgemeinden geschützt, die sich daraus ergeben, dass diese konkret an Sanierungskosten beteiligt werden können, während dies für Kosten des laufenden Betriebs in der Regel ausgeschlossen ist.

Aus Sicht der haushaltenden Gemeinde kann eine „Verschleppung in die Sanierung“ zur Erfüllung der Gebote des § 77 Abs. 2 GemO sogar besonders geeignet sein, weil dadurch ein größerer Teil der Gesamtkosten nicht von dieser Gemeinde zu tragen ist. Eine Einbeziehung von Interessen Dritter bzw. von Interessen der Nachbargemeinden in das kommunale Haushaltsrecht ist grundsätzlich nicht vorgesehen.<sup>49</sup>

§ 18 Satz 1 Halbs. 1 GKZ<sup>50</sup> ordnet die Anwendung der kommunalrechtlichen Haushaltsgrundsätze auf Zweckverbände an. Nach § 31 SchG können sowohl Schulverbände (als Zweckverbände) gegründet als auch öffentlich-rechtliche Vereinbarungen zur Erfüllung der Schulträgeraufgaben getroffen werden. Das GKZ ordnet für öffentlich-rechtliche Vereinbarungen – mangels eigener Rechtspersönlichkeit oder organisatorischer Stellung der Vereinbarungen – die Anwendung kommunalrechtlicher Vorschriften nicht an. Hier gelten die kommunalrechtlichen Vorschriften für die einzelnen Gemeinden bereits unmittelbar. Auch bei öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen sprechen aber der Rechtsgedanke des § 18 GKZ sowie die allgemeine Anordnung der Anwendung kommunalrechtlicher Vorschriften für Zweckverbände in § 5 GKZ dafür, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu fordern.

Im Fall eines Zweckverbandes würde die Anwendung des § 77 Abs. 2 GemO auch diesen zu Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verpflichten, also nicht mehr nur die Interessen der Einzelgemeinden betreffen. So wäre die Berücksichtigung von Gesamtersparnissen oder -verteuerungen durch gemeinsame Betrachtung von Kosten des laufenden Betriebs und von Investitionen grundsätzlich möglich. Ähnliches dürfte wegen vergleichbarer Interessenlage auch bei öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen gelten.

Auch bei entsprechender Anwendung von haushaltsrechtlichen Grundsätzen im Sinne einer Einbeziehung der Kosten für eine Sanierung, die von den Umlandgemeinden getragen werden, dürfte das unmittelbar aber nur die Fälle betreffen, in denen eine Vereinbarung bereits bestand, als die Unterhaltungsmaßnahmen unterlassen wurden. Ebenso, wie ein Zweckverband erst ab seinem Bestehen an Normen gebunden sein kann, die sein Handeln betreffen, können die Interessen der an einer Vereinbarung Beteiligten grundsätzlich erst ab der Vereinbarung einbezogen werden. Zudem wird im Spannungsverhältnis von Sparsamkeits- und Wirtschaftlichkeitsgebote ein gewisser Aufschub von Instandhaltungskosten, dessen genaue Auswir-

46 Vgl. aber zur offengelassenen Frage, ob im Einzelfall auch eine Beteiligung von Umlandgemeinden zu besonders hohen laufenden Kosten möglich ist: VGH BW 1985, VBIBW 1986, 344, 348 f.

47 Katz, in: Kunze/Bronner/Katz, GemO BW, Stand Juni 2023, § 77 Rn. 40 f.; Schwarting, Der kommunale Haushalt, 5. Aufl., 2019, Rn. 78.

48 Katz, in: Kunze/Bronner/Katz, GemO BW, Stand Juni 2023, § 77 Rn. 44 ff.

49 VGH BW 1998, juris Rn. 28; Giebler, in: Kunze/Bronner/Katz, GemO BW, Stand Juni 2023, § 80 Rn. 96 ff.; Hafner, in: Aker/Hafner/Notheis, GemO BW, 2. Aufl., § 12 GemHVO Rn. 1.

50 Gesetz über kommunale Zusammenarbeit (GKZ) in der Fassung vom 16.09.1974 (GBl. 1974, 408, ber. 1975 S. 460, ber. 1976 S. 408).

kungen sich unter Umständen nicht zu jedem Zeitpunkt vorhersagen lassen, noch keine Rechtsverletzung darstellen.

Regelmäßig dürfte damit eine Ausnahme von der Beteiligungspflicht der Umlandgemeinden gestützt auf das Wirtschaftlichkeitsgebot ausgeschlossen sein.

## 2. Grundsatz von Treu und Glauben

Eine Ausnahme kommt aber nach dem Grundsatz von *Treu und Glauben* in Betracht. Ansatzpunkt ist die gegenüber den Umlandgemeinden potenziell treuwidrige Erhöhung der Sanierungskosten, die dadurch entsteht, dass Unterhaltungsmaßnahmen unterlassen werden, die grundsätzlich von der Standortgemeinde selbst zu finanzieren wären.

Auch hier stellt sich das Problem, dass in der Regel zum Zeitpunkt des Unterlassens mangels Vereinbarung oder auch nur Beteiligungsbegehren noch keine Sonderverbindung zwischen den Gemeinden bestanden haben dürfte. Der Grundsatz von Treu und Glauben dürfte, wenn man ihn auf das spätere Beteiligungsbegehren anwendet, dennoch auch dazu führen, dass der vorherige Sachverhalt der unterlassenen Unterhaltungsmaßnahmen zu berücksichtigen ist, wenn bereits in dem Zeitpunkt, in dem die Unterhaltungsmaßnahme angezeigt gewesen wäre, die Voraussetzungen für eine spätere Beteiligung vorlagen oder jedenfalls konkret absehbar waren.<sup>51</sup> In solchen Fällen müssen Standortgemeinden schon frühzeitig die Interessen der Umlandgemeinden berücksichtigen.

Alternativ ist eine Berücksichtigung der „verschleppten Unterhaltungsmaßnahmen“ darüber möglich, dass Sanierungskosten in der Höhe nicht „notwendig“ im Sinne der Rechtsprechung zum dringenden öffentlichen Bedürfnis sind, in der sie erst durch die „Verschleppung“ entstanden sind.

Ein entsprechender Rechtsgedanke, wonach Kosten, die eine Partei grundsätzlich allein zu tragen hat, nicht auf Kosten „umgewälzt“ werden sollen, für die eine weitere Partei beteiligungspflichtig ist, findet sich im Wohnraummietrecht. Gemäß § 559 Abs. 2 BGB sind bei einer grundsätzlich möglichen Mieterhöhung wegen Modernisierungsmaßnahmen diejenigen Kosten der Modernisierungsmaßnahme nicht zu berücksichtigen, die auch für Erhaltungsmaßnahmen notwendig gewesen wären. Das gilt nach neuerer Rechtsprechung ähnlich einem „Abzug Neu-für-Alt“ auch anteilig für zum Zeitpunkt der Modernisierung noch nicht „fällige“, d. h. wegen vollständiger Abnutzung notwendige, Erhaltungsmaßnahmen. Hintergrund dieser gesetzgeberischen Entscheidungen ist, dass Vermieter grundsätzlich gem. § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB gegenüber Mietern zu Instandhaltungsmaßnahmen verpflichtet sind. Durch Modernisierungsmaßnahmen sollen sie nicht auf Kosten der Mieter von der Ersparnis dieser Instandhaltungsmaßnahmen profitieren und zugleich für die Modernisierungsmaßnahme, die die Instandhaltungsmaßnahmen ersetzt, kompensiert werden.<sup>52</sup>

Die Rechtsbeziehungen zwischen Standort- und Umlandgemeinden sind öffentlich-rechtlich und nicht privatrechtlich geprägt. Dennoch sind sie in Teilen mit privatrechtlichen Rechtsbeziehungen vergleichbar. Die Standortgemeinde trägt die Kosten des laufenden Betriebs allein bzw. diese werden nur pauschaliert durch § 17 FAG abgegolten<sup>53</sup>, während sie für Sanierungskosten auch die Umlandgemeinden hinzuziehen kann. Ebenso trägt der Vermieter die Kosten für Instandsetzungsmaßnahmen grundsätzlich allein, während er für Modernisierungsmaßnahmen durch eine Mieterhöhung auch den Mieter hinzuziehen kann. Anders als in der mietrechtlichen Konstellation ist die Standortgemeinde allerdings nur objektiv-rechtlich zum Betrieb der Schulen verpflichtet. Den Umlandgemeinden steht kein subjektives und einklagbares Recht auf den Betrieb der Schule gegenüber der Standortge-

meinde zu. Dennoch dürfte der Rechtsgedanke übertragbar sein, dass Einsparungen bei Unterhaltungsmaßnahmen, die durch Sanierungsmaßnahmen entstehen, bei der Beteiligung an den Sanierungskosten zu berücksichtigen sind.

Zu weitgehend erscheint allerdings eine Übertragung der mietrechtlichen Rechtsprechung zur Anrechnung fiktiver Instandhaltungskosten, also solcher Kosten, die vor der Modernisierungsmaßnahme *nicht* notwendig geworden sind. Hierbei handelt es sich um neuere Rechtsprechung, die auch auf spezifisch wohnraummietrechtlichen Erwägungen beruht, insbesondere auf dem Schutz von Mietern vor nachträglichen Mieterhöhungen. Wird dieser Aspekt ausgeblendet und für die öffentlich-rechtliche Situation nur die Haushaltssituation der beteiligten Gemeinden einbezogen, folgt aus der Unterlassung von noch nicht notwendig gewordenen Unterhaltungsmaßnahmen keine (unmittelbare) Ersparnis oder Verteuerung.

## 3. Anforderungen im Einzelfall

Bei einer Ausnahme für „verschleppte Unterhaltungskosten“ dürfte die Rechtsprechung sehr zurückhaltend sein, weil sie zumindest in der Zwischenphase die schulrechtlichen Zwecke der Leistungsfähigkeit der Schule und der bestmöglichen schulischen Versorgung in den Vordergrund stellt, die durch eine möglichst weitgehend gedeckte Finanzierung unterstützt werden.<sup>54</sup> Bei einem – ggf. sogar von der Standortgemeinde verschuldeten – Finanzierungsengpass wären diese Zwecke gefährdet.

Während die Entscheidungen aus den Jahren 1977 und 1985 keine Anhaltspunkte für diese Problematik geben, weil jeweils Neubauten betroffen waren, für die keine vorherigen Unterhaltungsmaßnahmen in Frage kamen, lagen im aktuellen Fall des VGH BW vier Jahre zwischen dem Antrag auf Schulbauförderung, den das Gericht als Planungsbeginn annimmt, und dem Beginn der Ausführung der Sanierungsmaßnahme, sowie weitere drei Jahre bis zum Abschluss der Sanierungsmaßnahme. Da sich die aktuelle Entscheidung nicht zu unterlassenen Unterhaltungsmaßnahmen äußert, dürfte ihr implizit zu entnehmen sein, dass bei einem Zeitraum von vier Jahren zwischen Planungsbeginn und Sanierungsbeginn regelmäßig keine unbilligen Verschiebungen von Kosten des laufenden Betriebs in die Sanierung zu erwarten sind.<sup>55</sup>

Entsprechend den obigen Ausführungen dürften zumindest folgende Anforderungen an eine Ausnahme zu stellen sein:

- Die unterlassene Unterhaltungsmaßnahme muss *vor Beginn der Sanierung notwendig* geworden sein.
- Durch die unterlassene Unterhaltungsmaßnahme muss sich die Sanierungsmaßnahme *im Einzelnen nachvollziehbar verteuert* haben.
- Es darf *keine ausreichende andere Begründung bzw. Rechtfertigung* für das Unterlassen der Unterhaltungsmaßnahme geben als die Verschiebung in die Sanierung zu lasten der Umlandgemeinden. Dabei dürfte angesichts der Zielkonflikte zwischen verschiedenen, gesetzlich nur allgemein formulierten Haushaltsgrundsätzen ein erheblicher Spielraum der Standortgemeinde bestehen.

51 Vgl. oben II.2.

52 BGH, Urt. v. 17.06.2020, MDR 2020, 1173, 1174; Artz, in: Münchener Kommentar, BGB, 9. Aufl., § 559 Rn. 20.

53 Zur Möglichkeit einer ergänzenden Hinzuziehung von Umlandgemeinden zu laufenden Kosten im Einzelfall vgl. oben III.1, Fn. 36.

54 VGH BW 2022, juris Rn. 138; VGH BW 1985, VBIBW 1986, 344, 347.

55 VGH BW 2022, juris Rn. 4 ff.

Der Beweis dieser Voraussetzungen dürfte in der Regel nur schwer zu führen sein. Bereits auf tatsächlicher Ebene birgt die Frage der früheren Notwendigkeit spezifischer Maßnahmen erhebliche Unsicherheiten. Auf rechtlicher Ebene dürften Standortgemeinden versuchen, sich auf das Sparsamkeitsgebot als Begründung eines Unterlassens von Unterhaltungsmaßnahmen zu berufen, wenn keine konkreten Anhaltspunkte für ein „Verschleppen“ oder bewusstes Eingehen höherer Langzeitkosten vorliegen.

Eine alternative *pauschale Berücksichtigung* von ersparten Unterhaltungskosten bei längerer Planungsphase läge im Interesse der Umlandgemeinde an einer einfacheren Rechtsdurchsetzung. Ein plausibler Maßstab wäre ein *Vergleich der jährlichen baulichen Unterhaltungskosten* vor und nach Beginn der Planung und der Abzug der Differenz von den berücksichtigungs-fähigen Gesamtbaukosten. Eine solche Vereinbarung würde allerdings die endgültige Kostenverteilung deutlich in die Zukunft verschieben.

## VI. Fazit und Ausblick

Die Einzelheiten einer finanziellen Beteiligung und die Frage der grundsätzlichen Beteiligungsfähigkeit bei schon in verschiedenen Stadien der Umsetzung befindlichen Maßnahmen verunsichern aktuell viele Kommunen. Dabei befinden sich Gemeinden teils zugleich für je verschiedene Schulen in der Rolle der Standortgemeinde und der Umlandgemeinde. Der Streit um finanzielle Belastungen, die gerade für kleinere Umlandgemeinden oft erheblich sind, ist geeignet, die Beziehungen zwischen Kommunen zu belasten, die grundsätzlich an Abstimmung und Kooperation interessiert sind.

Vor diesem Hintergrund ist es zu bedauern, dass vonseiten der Landesregierung bisher keine Änderungen des Gesetzesrechts beabsichtigt sind.<sup>56</sup> Eine detailliertere landeseinheitliche Regelung könnte nicht nur Klarheit schaffen, sondern auch die interkommunalen Beziehungen entlasten. Allerdings dürfte davon auszugehen sein, dass eine etwaige landeseinheitliche Regelung wohl nicht rückwirkend, sondern allenfalls für künftige Fälle eingeführt würde. Gerade die besonders konflikträchtigen – vermeintlichen oder tatsächlichen – Alt-fälle blieben dabei außen vor. Es dürfte davon auszugehen sein, dass gerade diese Fälle, bei denen die Kostenbeteiligung der Umlandgemeinden insgesamt in Frage steht, einer gerichtlichen Klärung zugeführt werden.

Bis zu einer weiteren Klärung durch die Rechtsprechung dürfte es sich für Gemeinden in der Regel empfehlen, durch frühzeitige Abstimmung und freiwillige Vereinbarungen späterem Streit vorzubeugen, zumal wenn ein Altfall nicht in Rede steht. Neben dem Maß der finanziellen Beteiligung kann die allseitige Akzeptanz auch durch Vereinbarung weiterer Regelungen wie z. B. Stundungsregelungen oder Beteiligungsmöglichkeiten in der Planungsphase gefördert werden. Insbesondere bei kleineren Kommunen, deren Schüler überwiegend in benachbarten Kommunen zur Schule gehen, wird im Sinne der Verhältnismäßigkeit darauf zu achten sein, dass trotz der Heranziehung durch eine oder mehrere Standortgemeinden die finanzielle Handlungsfähigkeit mit Blick auf die Wahrnehmung kommunaler Aufgaben gewahrt bleibt.

<sup>56</sup> Antwort des Ministeriums für Kultus, Jugend und Sport vom 22.01.2024 auf eine Kleine Anfrage, LT-Drs. 17/6007.