

Erschließungs- und Ausbaubeiträge

Driehaus / Raden

11., überarbeitete und erweiterte Auflage 2022

ISBN 978-3-406-74305-4

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Selbst wenn es sich bei dem maßgeblichen Plan um einen förmlich festgestellten **Fluchtlinienplan** handelt, der als festgestellter städtebaulicher Plan iSd § 173 Abs. 3 S. 1 BBauG gemäß § 233 Abs. 3 BauGB fortgilt und der sich seinem Festsetzungsinhalt nach auf die Festsetzung von **Straßenfluchtlinien beschränkt**, greift eine Abweichung von dem Plan in die Planungsgrundzüge nur ein, wenn angenommen werden muss, aus der Sicht des Planers komme **jeder Einzelheit** des Festsetzungsinhalts wesentliche Bedeutung zu, der Planer habe also unabhängig davon, was sich im Zuge der Planverwirklichung noch ergeben werde, jede Einzelheit festschreiben wollen. „Kann das – wie wohl in der Regel – nicht angenommen werden, hängt die Beachtlichkeit einer Abweichung vom Festsetzungsinhalt vom Ausmaß dieser Abweichung ab. Mit den Planungsgrundsätzen unvereinbar sind dann lediglich Abweichungen von einigem Gewicht, dh Abweichungen, bei denen sich unter Berücksichtigung des sich aus den Gesamtumständen ergebenden (mutmaßlichen) Willens des Planers die Annahme aufdrängt, dass sie etwas tangieren, was dem Planer unter dem Blickwinkel der angestrebten städtebaulichen Ordnung wichtig gewesen ist. Um eine Abweichung von derartigem Gewicht ging es in dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. März 1986⁹⁹ zugrundeliegenden Fall **offensichtlich**; der Senat hatte dementsprechend keinen Anlass, das zu problematisieren. Mit Blick darauf hat der Senat in jenem Urteil dargelegt, bei Konstellationen der zu beurteilenden Art – dh bei Abweichungen, die nicht schon in Ermangelung jeglichen Gewichts als unerheblich ausscheiden – bedürfe es besonderer Anhaltspunkte, um annehmen zu dürfen, sie seien gleichwohl vom Willen des Planers gedeckt und deshalb mit den Grundzügen der Planung vereinbar.“¹⁰⁰

Im Übrigen spricht bei vor vielen Jahren insbesondere in Fluchtlinienplänen getroffenen Festsetzungen eher eine **Vermutung** dafür, dass „nach dem planerischen Willen die festgesetzten Linien nicht ‚auf Jahrzehnte‘ unabhängig von aller Entwicklung schlechthin festgeschrieben werden sollten. Abweichungen von objektiv untergeordnetem Gewicht dürften daher in der Regel ohne weiteres hinzunehmen sein.“¹⁰¹

IV. Bedeutung des erschließungsrechtlichen Planerfordernisses und der planungsrechtlichen Bindung für das Erschließungsbeitragsrecht

Weder die erschließungs- **noch** die erschließungsbeitragsrechtlichen Bestimmungen lassen **erkennen**, ob und ggf. welche Bedeutung namentlich das erschließungsrechtliche Planerfordernis und die planungsrechtliche Bindung für das **Erschließungsbeitragsrecht** haben, dh ob das Entstehen von (sachlichen) Erschließungs(teil)beitragspflichten abhängig ist von der erschließungsrechtlichen Rechtmäßigkeit einer beitragsfähigen Erschließungsanlage.¹⁰² Es kann daher nicht verwundern, dass diese Frage in der ersten Zeit nach Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes unterschiedlich beantwortet worden ist.¹⁰³

⁹⁹ 8 C 103.84, NVwZ 1986, 647 = DVBl 1986, 771 = ZfBR 1986, 197 = ZMR 1986, 213 = BayVBl 1987, 667.

¹⁰⁰ BVerwG Urt. v. 9.3.1990 – 8 C 76.88, NVwZ 1990, 873 = DÖV 1990, 784 = DVBl 1990, 786.

¹⁰¹ BVerwG Urt. v. 9.3.1990 – 8 C 76.88, NVwZ 1990, 873 = DÖV 1990, 784 = DVBl 1990, 786.

¹⁰² S. zur Abhängigkeit des Entstehens sachlicher Erschließungsbeitragspflichten von einer erschließungsrechtlich rechtmäßigen Herstellung beitragsfähiger Erschließungsanlagen iE Driehaus in: Planung und Plankontrolle, Otto Schlichter zum 65. Geburtstag, S. 407 ff. (416 ff.).

¹⁰³ Vgl. ua Heise KStZ 1969, 53 f., und Kregel KStZ 1980, 143 (144).

1. Erschließungs- und planungsrechtliche Rechtmäßigkeit als Voraussetzung für das Entstehen von Erschließungs(teil)beitragspflichten

- 53 Im Anschluss ua an das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 23.2.1967¹⁰⁴ sowie in Übereinstimmung etwa mit Schmidt¹⁰⁵ und Finkler¹⁰⁶ hat das Obergerverwaltungsgericht Lüneburg am 22.2.1968¹⁰⁷ erkannt, ein **Verstoß** gegen § 125 Abs. 1 (seinerzeit noch) BBauG habe **keinen** Einfluss auf das Erschließungsbeitragsrecht. Der Erschließungsbeitragsanspruch sei nämlich ein Anspruch, der seine Rechtfertigung in dem Vorteil finde, den der Anlieger durch die Straßenherstellung erhält. Werde sein Grundstück durch die Straße erschlossen und bewirke die Widmung der ausgebauten Straße, dass der Vorteil von Dauer ist, sei nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Voraussetzung für die Erhebung eines Erschließungsbeitrags gegeben.
- 54 Bereits wenige Monate später hat das Bundesverwaltungsgericht durch seine Entscheidung vom 21.10.1968¹⁰⁸ einen **Meinungswandel** eingeleitet. Zur Begründung seiner Ansicht, Erschließungsbeiträge könnten **nur** für Straßen gefordert werden, die aufgrund eines Bebauungsplans (oder damals: mit Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde) hergestellt worden sind, hat das Bundesverwaltungsgericht seinerzeit ausgeführt: § 125 BBauG stehe zwar nicht in dem mit „Erschließungsbeitrag“ überschriebenen Zweiten Abschnitt des die Erschließung regelnden Sechsten Teils des Bundesbaugesetzes. Er gehöre vielmehr zu dem mit „Allgemeine Vorschriften“ bezeichneten ersten Abschnitt dieses Teils. Der Systematik von Gesetzen entspreche es aber, dass allgemeine Vorschriften auch im Rahmen von besonderen Teilen eines Gesetzes anzuwenden sind, soweit dem besondere Vorschriften nicht entgegenstehen. An entgegenstehenden Vorschriften fehle es im zweiten Abschnitt des Sechsten Teils, sodass die Herstellung einer Erschließungsanlage auch hinsichtlich der Beitragspflicht nur dann für rechtmäßig zu erachten sei, wenn die Voraussetzungen des § 125 BBauG erfüllt seien.
- 55 Diese Begründung **trägt** die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts **nicht**. Daran ändert die Tatsache nichts, dass sich das Bundesverwaltungsgericht in seinen späteren Entscheidungen¹⁰⁹ bis zu seinem Urteil vom 21.10.1994¹¹⁰ darauf beschränkt hat, sich zur Stützung seiner Ansicht auf die zuvor behandelte Entscheidung vom 21.10.1968 zu berufen.
- 56 Richtig ist zwar der seinerzeitige Ausgangspunkt des Bundesverwaltungsgerichts, es entspreche der Systematik von Gesetzen, dass allgemeine Vorschriften auch im Rahmen von besonderen Teilen des Gesetzes anzuwenden sind, soweit dem keine besonderen Bestimmungen entgegenstehen. Doch handelt es sich bei den §§ 123 ff. BBauG (bzw. BauGB) **nicht** um **allgemeine Vorschriften** in diesem Sinne, weil es – wie das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 21.10.1994¹¹¹ erkannt hat – in den §§ 123 ff. BBauG (BauGB) nicht um (allgemeines) Abgabenrecht geht. Das mag indes letztlich auf sich beruhen. Selbst wenn man nämlich insoweit anderer Meinung wäre, rechtfertigte das ausschließlich die Ansicht, die **Herstellung** einer Straße, die mangels Erfüllung der

¹⁰⁴ VGH München Ur. v. 23.2.1967 – 132 IV 66, KStZ 1967, 101 (103 f.).

¹⁰⁵ Schmidt, Handbuch des Erschließungsrechts, S. 49.

¹⁰⁶ Finkler, Das Erschließungsrecht, 2. Aufl., § 125 Anm. 4.

¹⁰⁷ OVG Lüneburg Ur. v. 22.2.1968 – I OVG A 121/66, KStZ 1968, 184 (185).

¹⁰⁸ BVerwG Ur. v. 21.10.1968 – IV C 94.67, Buchholz 406.11 § 127 BBauG Nr. 4 S. 8 (12) = DVBl 1969, 275 = ZMR 1969, 187.

¹⁰⁹ BVerwG ua Urteile v. 12.12.1969 – IV C 100.68, Buchholz 406.11 § 133 BBauG Nr. 34 S. 7 (9) = NJW 1970, 876 = DVBl 1970, 417, v. 29.5.1970 – IV C 141.68, BVerwGE 35, 222 (224) = ZMR 1970, 381 = MDR 1970, 954, und v. 12.10.1973 – IV C 3.72, Buchholz 406.11 § 125 BBauG Nr. 4 S. 1 (2) = DVBl 1974, 238 = KStZ 1974, 233.

¹¹⁰ BVerwG Ur. v. 21.10.1994 – 8 C 2.93, BVerwGE 97, 62 = DVBl 1995, 63 = HSGZ 1995, 119.

¹¹¹ BVerwG Ur. v. 21.10.1994 – 8 C 2.93, BVerwGE 97, 62 = DVBl 1995, 63 = HSGZ 1995, 119.

Voraussetzungen des § 125 BauGB als erschließungs- bzw. planungsrechtlich **rechtswidrig** zu qualifizieren ist, sei auch mit Blick auf das Erschließungsbeitragsrecht als rechtswidrig zu beurteilen. Damit ist jedoch **nichts gewonnen** für die Beantwortung der sich daran anschließenden, aus der Sicht des Erschließungsbeitragsrechts ausschlaggebenden Frage, ob die Erhebung des **Erschließungsbeitrags** überhaupt **eine rechtmäßige Herstellung** der Straße **voraussetzt**. Diese Frage beantwortet sich nicht schon gleichsam von selbst in einem dies behandelnden Sinne. Denn es gibt **keinen** allgemeinen bundesrechtlichen **Rechtssatz**, der es ausschliesse, einen rechtswidrigen Zustand oder ein rechtswidriges Verhalten zur Grundlage der Erhebung einer Abgabe zu machen.¹¹² Das wird im Steuerrecht hinreichend deutlich ua durch die bereits in der Weimarer Republik übliche Besteuerung des sog Dirnenlohns¹¹³ und ist vom Bundesgesetzgeber in § 40 AO nachdrücklich mit den Worten betont worden „für die Besteuerung ist es unerheblich, ob ein Verhalten, das den Tatbestand eines Steuergesetzes ganz oder zum Teil erfüllt, gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt“. Ferner kann etwa ein Bürger, der mangels einer entsprechenden Erlaubnis durch eine Inanspruchnahme des öffentlichen Verkehrsraums eine unerlaubte Sondernutzung ausübt, nicht damit rechnen, schon allein mit Blick auf die fehlende Erlaubnis von der Auferlegung einer Sondernutzungsgebühr befreit zu sein.¹¹⁴

Im **Ergebnis** freilich ist der dargestellten, heute ganz einhellig geteilten Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts **zuzustimmen**. Dieses Ergebnis begründet sich – wie das Bundesverwaltungsgericht¹¹⁵ zutreffend betont hat – auf § 125 BauGB. Der Gesetzgeber hat dieser Vorschrift – übrigens zu Recht – ein derartiges Gewicht beigemessen, dass **sie selbst** und nicht erst das Erschließungsbeitragsrecht dessen Abhängigkeit von einer rechtmäßigen Herstellung **bestimmt**. Das verkennt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof,¹¹⁶ wenn er in seinem Beschluss vom 19.4.2002 ohne jede Begründung meint, die vom bayerischen Landesgesetzgeber kraft seiner Gesetzgebungskompetenz (**ausschließlich**) für das Erschließungsbeitragsrecht zulässigerweise vorgenommene Übernahme der §§ 127–135 BauGB in das bayerische Landesrecht (vgl. dazu → § 1 Rn. 16) „schließt die Thematik ein, welche beitragsrechtlichen Fehlerfolgen bei Anwendung des § 125 Abs. 2 BauGB erwachsen können“. Welche Folgen eine Verletzung des § 125 BauGB namentlich für das Erschließungsbeitragsrecht hat, bestimmt nämlich **nicht** das bundes- oder landesrechtlich geregelte Erschließungsbeitragsrecht, sondern einzig das Bundesrecht in Gestalt des § 125 BauGB selbst.¹¹⁷ Es ist zu bedauern, dass das Bundesverwaltungsgericht im Beschluss vom 11.9.2002¹¹⁸ die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs unter Abweichung von seiner im Urteil vom 21.10.1994 vertretenen Rechtsansicht gebilligt hat, ohne auch nur mit einem Wort auf die hier behandelte Frage einzugehen.

Das führt zurück zu der Frage, ob die Erhebung des Erschließungsbeitrags eine rechtmäßige Herstellung der Straße voraussetzt, sowie zu § 40 AO (→ Rn. 56): Aus der Tatsache, dass im Steuer- und Gebührenrecht Abgaben von Fall zu Fall unabhängig von der Rechtmäßigkeit eines Verhaltens oder Zustands verlangt werden dürfen, lässt sich **nichts** zugunsten der Meinung herleiten, Erschließungsbeitragspflichten könnten ohne

¹¹² BVerwG Urt. v. 18.9.1981 – 8 C 22.81, Buchholz 406.11 § 125 BBauG Nr. 13 S. 1 (4 f.) = DÖV 1982, 118 = KStZ 1982, 32.

¹¹³ BFH ua Urteile v. 23.6.1964 – Gr. S. 1/64 S, BFHE 80, 73 (75 f.), und v. 17.4.1970 – VI R 164/68, BFHE 99, 200 (202 f.).

¹¹⁴ Vgl. insoweit etwa Kastner in Marschall/Schroeter/Kastner, Bundesfernstraßengesetz, 6. Aufl., § 8 Rn. 4.

¹¹⁵ BVerwG Urt. v. 21.10.1994 – 8 C 2.93, BVerwGE 97, 62 = DVBl 1995, 63 = HSGZ 1995, 119.

¹¹⁶ VGH München Beschl. v. 19.4.2002 – 6 B 00.755 BeckRS 2002, 33000.

¹¹⁷ Vgl. dazu Driehaus, Planung und Planungskontrolle, FS Otto Schlichter, 419 ff.

¹¹⁸ BVerwG Beschl. v. 11.9.2002 – 9 B 36.02, BeckRS 2002, 24113.

Rücksicht auf die Anforderungen des § 125 BauGB entstehen. Soweit nämlich eine Abgabenerhebung von einer solchen Rechtmäßigkeit gelöst wird, beruht das ausschlaggebend auf der Erwägung, ein unzulässiges oder allgemein zu missbilligendes Verhalten des potentiellen Abgabenschuldners dürfe nicht durch einen Verzicht auf eine Abgabenerhebung begünstigt werden, der potentiell Abgabepflichtige dürfe für sein Fehlverhalten abgabenrechtlich nicht sozusagen noch belohnt werden. Dieser Gedanke ist in dem zu beurteilenden Zusammenhang **unergiebig**, weil die in Rede stehende Rechtswidrigkeit einer Straßenherstellung nicht auf ein Verhalten der potentiell erschließungsbeitragspflichtigen Anlieger, sondern auf ein solches der Gemeinde selbst zurückzuführen ist. Der damit angesprochene Gesichtspunkt der Verantwortlichkeit drängt vielmehr die Auffassung auf, die Gemeinde solle für ihr (Fehl-)Verhalten selbst einstehen und das heißt, ihr solle bis zu einer ihr in der Regel ohne weiteres möglichen Beseitigung des Mangels durch das nachträgliche Inkraftsetzen eines Bebauungsplans oder eine bebauungsplanersetzende Planung, die den Anforderungen des § 1 Abs. 4–7 BauGB genügt (vgl. dazu → Rn. 17 ff.), das Recht versagt sein, die von ihr für die Straßenherstellung aufgewandten Mittel über Erschließungsbeiträge erstattet zu bekommen.

- 59 Folgende **verfassungsrechtliche** Überlegung unterstützt diese Auffassung: Der Erschließungsbeitrag ist – wie jeder Beitrag im abgabenrechtlichen Sinne – eine durch den Gesichtspunkt der Gegenleistung gekennzeichnete Abgabe, mit der ein Ausgleich für einen durch eine Leistung der Gemeinde ausgelösten **Sondervorteil** verlangt wird.¹¹⁹ Gerade der besondere wirtschaftliche Vorteil, den bestimmte Personen von der Straßenherstellung haben, ist Voraussetzung dafür, sie und nicht (auch) andere an den Kosten dieser Maßnahme anteilig zu beteiligen;¹²⁰ ohne einen solchen Sondervorteil wäre die Heranziehung zu einem Erschließungsbeitrag verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.¹²¹ Eine den **vollen** Erschließungsbeitrag legitimierende Kraft hat indes ausschließlich ein dem korrespondierender „**voller**“, nicht durch irgendwelche Belastungen in der Wertigkeit geminderter Sondervorteil; nur er deckt eine zum Ausgleich für eine Leistung der Gemeinde geforderte volle Beitrags(gegen)leistung. Einen solchen Sondervorteil verschafft allerdings lediglich eine rechtmäßig hergestellte Anbaustraße. Fehlt es an der Rechtmäßigkeit, ist die Herstellung und der durch sie ausgelöste Sondervorteil mit einem **Makel**, mit einem Risiko belastet, dem Risiko nämlich, dass die Straße früher oder später zur Behebung des eingetretenen rechtswidrigen Zustands beseitigt wird. Dabei ist unerheblich, unter welchen Voraussetzungen iE eine Beseitigung der Straße erfolgen kann und wie hoch der Grad der Wahrscheinlichkeit einer solchen Beseitigung ist. Denn diese Gesichtspunkte haben Einfluss lediglich auf das Gewicht des Makels, der einer rechtswidrig hergestellten Straße und dem durch sie vermittelten Sondervorteil anhaftet, nicht aber auf dessen Existenz.
- 60 Schließlich bestätigen die Gesetzesmaterialien die Meinung, das Entstehen sachlicher Erschließungsbeitragspflichten sei kraft des § 125 BauGB von einer nach Maßgabe dieser Bestimmung rechtmäßigen Straßenherstellung abhängig. Der von der Bundesregierung

¹¹⁹ Vgl. BVerfG ua Beschlüsse v. 20.5.1959 – 1 BvL 1/58, BVerfGE 9, 291 (297), v. 16.10.1962 – 2 BvL 27/60, BVerfGE 14, 312 (317) und v. 25.6.2014 – 1 BvR 668/10, 1 BvR 2104/10, BVerfGE 137, 1 = NVwZ 2014, 1448 = KommJur 2014, 331 = LKRZ 2014, 412 = DWW 2015, 27.

¹²⁰ BVerfG ua Beschlüsse v. 4.2.1958 – 2 BvL 31/56, BVerfGE 7, 244 (254 f.) und v. 25.6.2014 – 1 BvR 668/10, 1 BvR 2104/10, BVerfGE 137, 1 = NVwZ 2014, 1448 = KommJur 2014, 331 = LKRZ 2014, 412 = DWW 2015, 27.

¹²¹ S. dazu BVerfG Beschl. v. 25.6.2014 – 1 BvR 668/10, 1 BvR 2104/10, BVerfGE 137, 1 = NVwZ 2014, 1448 = KommJur 2014, 331 = LKRZ 2014, 412 = DWW 2015, 27, BVerwG ua Urteile v. 29.4.1977 – IV C 1.75, Buchholz 406.11 § 131 BBauG Nr. 22 S. 26 (30) = DÖV 1977, 680 = DVBl 1978, 298, und v. 1.2.1980 – 4 C 63 u. 64.78, Buchholz 406.11 § 131 BBauG Nr. 33 S. 64 (69) = NJW 1980, 1973 = DVBl 1980, 755.

eingebraachte Entwurf eines Bundesbaugesetzes¹²² enthielt im Sechsten Teil in den §§ 135–146 eine Vielzahl allgemeiner erschließungsrechtlicher Vorschriften. Im Rahmen der Beratungen des federführenden Ausschusses für Wohnungswesen, Bau- und Bodenrecht wurden die meisten von ihnen gestrichen. Abgesehen von dem seinerzeitigen § 124 (Ermächtigung zur Aufstellung von Richtlinien über die städtebaulichen Grundsätze der Erschließung) und dem § 126 (Pflichten des Eigentümers) schlug der Ausschuss vor, nur solche „Allgemeine(n) Vorschriften“ zu verabschieden, die „für die Regelung des Erschließungsbeitrags von Bedeutung sind“.¹²³ Der Gesetzgeber ist diesem Votum gefolgt und hat dadurch seinen Willen zum Ausdruck gebracht, dass das **Erschließungsbeitragsrecht** (nicht nur namentlich dem § 123 Abs. 1 BBauG, sondern auch) dem **§ 125 BBauG unterworfen** sein soll. Diesen Willen hat er nachdrücklich bekräftigt im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Beschleunigung von Verfahren und zur Erleichterung von Investitionsvorhaben im Städtebau vom 6.7.1979 (BGBl. I 949), mit dem er den damaligen Absatz 1a und jetzigen Absatz 3 in den § 125 BBauG bzw. BauGB eingefügt hat. In dieser Bestimmung hat er angeordnet, Abweichungen von den Festsetzungen eines Bebauungsplans ließen in den in dieser Vorschrift bezeichneten Grenzen die Rechtmäßigkeit der Herstellung von Erschließungsanlagen unberührt. In der Sache ging es dem Gesetzgeber darum, die bei derartigen Abweichungen von ihm als offen angesehene Frage zu beantworten, „ob und wie weit Erschließungsbeiträge erhoben werden können“.¹²⁴ Durch die Änderung des § 125 BBauG wollte er erreichen, „dass die Rechtmäßigkeit der Herstellung von Erschließungsanlagen und damit zugleich die Erhebung von Erschließungsbeiträgen nicht mehr daran scheitern soll, dass gewisse Abweichungen vom Bebauungsplan vorkommen“.¹²⁵ Diese Aussagen drängen nicht nur den Schluss auf eine **Abhängigkeit** des Erschließungsbeitragsrechts von der Rechtmäßigkeit einer Straßenherstellung, sondern überdies auf eine **von § 125 BBauG/BauGB begründete Abhängigkeit** auf (→ Rn. 58).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts¹²⁶ setzt – bei einer Abrechnung im Wege der **Kostenspaltung** (§ 127 Abs. 3 BauGB) – selbst das Entstehen von sachlichen Erschließungsteilbeitragspflichten eine nach Maßgabe des § 125 BauGB rechtmäßige Herstellung der betroffenen Straßenteile iSv Teileinrichtungen voraus. Das geht ohne weiteres in Ordnung. Der Erschließungsteilbeitrag ist wie der Vollbeitrag ein endgültiger Beitrag; seine Erhebung setzt daher ebenso wie die Erhebung eines Vollbeitrags das Vorliegen eines lediglich durch eine rechtmäßige Herstellung vermittelbaren ungeschmälernten Sondervorteils voraus.

Das lässt die Frage offen, ob – wie verschiedene Obergerichtspräsidenten¹²⁷ meinen – auch schon die Erhebung einer **Vorausleistung** jedenfalls dann, wenn die Gemeinde von der sog **Herstellungsalternative** (vgl. § 133 Abs. 3 S. 3 BauGB) Gebrauch macht, davon abhängt, dass die Anforderungen des § 125 BauGB erfüllt sind. Diese Frage lässt sich aus den zuvor behandelten Gründen nicht schon mit der Erwägung bejahen, ohne Erfüllung der Anforderungen des § 125 BauGB sei ein Beginn der Herstellung einer beitragsfähigen Erschließungsanlage nicht erlaubt, eine Herstellung, die ohne Bebauungsplan bzw. eine den Anforderungen des § 1 Abs. 4–7 BauGB genügende, bebauplaneretzende Pla-

¹²² BT-Drs. III/336.

¹²³ BT-Drs. III/zu Drucksache 1794, 23.

¹²⁴ BT-Drs. 8/2451, 30.

¹²⁵ BT-Drs. 8/2885, 34 f.

¹²⁶ BVerwG Urt. v. 18.1.1991 – 8 C 14.89, BVerwGE 87, 288 (291) = DVBl 1991, 449 = ZMR 1991, 153.

¹²⁷ OVG Lüneburg Beschl. v. 20.12.1990 – 9 M 120/90, GemN 1991, 102, OVG Münster ua Beschl. v. 15.3.1991 – 3 B 1048/89, DVBl 1991, 1312, und OVG Schleswig Urt. v. 16.11.1992 – 2 L 184/91, KStZ 1993, 97.

nung begonnen worden ist, sei als Maßnahme rechtswidrig. Sie ist vielmehr im Ergebnis zu **verneinen**.¹²⁸

- 63 Abgesehen davon, dass die zuvor (→ Rn. 60) bezeichneten Gesetzesmaterialien ausschließlich die Erhebung eines endgültigen Erschließungsbeitrags zum Gegenstand haben, streitet durchgreifend eine Beurteilung der Vorteilssituation für die Annahme, die Erhebung einer **Vorausleistung** sei **unabhängig** davon zulässig, ob den Anforderungen des § 125 BauGB genügt ist. Eine Vorausleistung stellt ihrem Wesen nach gleichsam einen Vorschuss auf den Ausgleich eines später mit der Herstellung einer beitragsfähigen Erschließungsanlage vermittelten „vollen“ Sondervorteils dar. Schon deshalb setzt die Erhebung einer Vorausleistung **nicht** das Vorhandensein eines voll ausgebildeten Sondervorteils voraus; vielmehr reicht in diesem Stadium die Vermittlung lediglich eines in seiner Wertigkeit noch geminderten Sondervorteils aus und damit selbst eines Sondervorteils, der mit dem Makel einer rechtswidrig begonnenen Straßenherstellung belastet ist. Eine andere Beurteilung käme allenfalls in Betracht, wenn die Rechtswidrigkeit des Beginns der Herstellung stets die Rechtswidrigkeit auch des Endes erwarten ließe. Ein solcher Schluss ist indes nicht gerechtfertigt.¹²⁹ Dem Vorausleistenden erwächst durch den Verzicht auf die Erfüllung der Anforderungen des § 125 BauGB **kein** unzumutbarer Nachteil. Denn eine erbrachte Vorausleistung ist zu erstatten, wenn für eine Erschließungsanlage, deren Herstellungskosten Gegenstand der Vorausleistungserhebung waren, die endgültigen (Voll-)Beitragspflichten nicht entstehen,¹³⁰ und zwar selbst dann, wenn das Entstehen dieser Beitragspflichten – endgültig – an einer rechtswidrigen Herstellung scheitern sollte.
- 64 Aus den vorstehenden Gründen und in dem Bestreben, die Handhabbarkeit der Vorausleistung als Vorfinanzierungsinstitut nicht unnötig zu erschweren, dh von allen nicht vorausleistungsspezifischen Voraussetzungen zu befreien, hat das Bundesverwaltungsgericht im Jahre 1985¹³¹ zu der seinerzeit einzig möglichen Vorausleistungserhebung aus Anlaß der Erteilung einer Baugenehmigung (sog. Genehmigungsalternative) entschieden, das Entstehen von Vorausleistungspflichten hänge nicht davon ab, dass die Anforderungen des § 125 erfüllt sind. Nichts anderes gilt für die Herstellungsalternative. Die **Vorläufigkeit** einer Vorausleistung, die auch die Herstellungsalternative kennzeichnet, lässt das Vorliegen der Voraussetzungen des § 125 BauGB in diesem Stadium als entbehrlich erscheinen.

2. Erschließungsbeitragsrechtliche Folgen einer Verletzung des erschließungsrechtlichen Planerfordernisses bzw. der planungsrechtlichen Bindung

- 65 a) **Folgen einer Verletzung des erschließungsrechtlichen Planerfordernisses.** Erght für die erstmalige endgültige Herstellung einer beitragsfähigen Erschließungsanlage ein auf den endgültigen Erschließungs(teil)beitrag gerichteter **Heranziehungsbescheid** bevor ein rechtswirksamer Bebauungsplan in Kraft getreten bzw. eine den Anforderungen des § 1 Abs. 4–7 BauGB genügende, bebauungsplanersetzende Planung vorliegt, ist dieser Bescheid mangels Entstehens der (sachlichen) Beitragspflichten rechtswidrig. Er kann jedoch in einer bis zur abschließenden mündlichen Verhandlung der letzten Tatsachen-

¹²⁸ BVerwG Urt. v. 21.10.1994 – 8 C 2.93, BVerwGE 97, 62 (67 f.) = DVBl 1995, 63 = HSGZ 1995, 119, im Ergebnis ebenso ua OVG Greifswald Beschl. v. 7.10.2003 – 1 M 34/03, BeckRS 2003, 10828.

¹²⁹ BVerwG Urt. v. 21.10.1994 – 8 C 2.93, BVerwGE 97, 62 (67 f.) = DVBl 1995, 63 = HSGZ 1995, 119, im Ergebnis ebenso ua OVG Greifswald Beschl. v. 7.10.2003 – 1 M 34/03, BeckRS 2003, 10828.

¹³⁰ BVerwG ua Urt. v. 13.12.1991 – 8 C 8.90, Buchholz 406.11 § 133 BBauG Nr. 115 S. 35 (36) = NVwZ 1992, 495 = KStZ 1992, 131.

¹³¹ BVerwG Urt. v. 22.2.1985 – 8 C 114.83, Buchholz 406.11 § 133 BBauG Nr. 90 S. 45 (49) = DVBl 1985, 626 = NVwZ 1985, 751.

instanz im gerichtlichen Verfahren zu beachtenden Weise dadurch **geheilt** werden, dass nachträglich ein den Ausbau festsetzender Bebauungsplan erlassen oder die bebauungsplanersetzende Abwägungsentscheidung nachgeholt wird.¹³² Im Zeitpunkt des Inkrafttretens eines solchen Bebauungsplans bzw. des Vorliegens einer entsprechenden Abwägungsentscheidung entstehen – sofern alle übrigen dafür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind – die (sachlichen) Beitragspflichten mit der Folge, dass der nunmehr rechtmäßig gewordene Bescheid nicht mehr der gerichtlichen Aufhebung unterliegt. Für eine derartige Heilung ist nur dann kein Raum, wenn zwischen der Bekanntgabe des ursprünglich rechtswidrigen Bescheids und dem Entstehen der (sachlichen) Beitragspflichten herbeiführenden Ereignis ein Wechsel im Eigentum (Erbbaurecht) stattgefunden hat.¹³³

b) Folgen einer planabweichenden Herstellung. Weicht die Herstellung einer beitragsfähigen Erschließungsanlage von den Festsetzungen, dh von den an der **Rechtssatzqualität** teilnehmenden Angaben (vgl. dazu → Rn. 15) eines Bebauungsplans ab, ist ein gleichwohl ergehender Heranziehungsbescheid (insgesamt) mangels Entstehens der (sachlichen) Beitragspflichten rechtswidrig. Das trifft nur dann **nicht** zu, wenn die Herstellung ungeachtet der Planabweichung planungsrechtlich rechtmäßig ist. Das ist nach § 125 Abs. 3 BauGB der Fall, wenn die Planabweichung sich innerhalb des Rahmens bewegt, den diese Vorschrift bezeichnet. Dabei ist es nach § 242 Abs. 3 BauGB **ohne Belang**, wann der betreffende Bebauungsplan in Kraft getreten ist. 66

Beschränkt sich ein Bebauungsplan mit Blick auf eine Straße auf die Festsetzung von Straßenbegrenzungslinien und deckt § 125 Abs. 3 Nr. 1 BauGB einen **planunterschreitenden**, **hinter** der festgesetzten Straßenbreite von zB 12m um 1m zurückbleibenden Ausbau, richtet sich die Beantwortung der **Frage**, ob bei einer der satzungsmäßigen Merkmalsregelung entsprechenden Herstellung der einzelnen Teilanlagen und Vorliegen der sonstigen einschlägigen Voraussetzungen die **sachlichen Beitragspflichten** gemäß § 133 Abs. 2 BauGB **kraft Gesetzes** mit der endgültigen Herstellung entstehen, danach, **ob** durch die Anlegung der flächenmäßigen Teilanlagen – hier einer Fahrbahn und beidseitigen Gehwegen – das **in diesem Zeitpunkt maßgebende** (grundsätzlich formlose) **Bauprogramm** für diese Straße erfüllt ist.¹³⁴ Sieht das Bauprogramm für die im Bebauungsplan auf eine Breite von 12m ausgewiesene Straße eine Fahrbahn von 8m und je einen Gehweg auf beiden Straßenseiten von 2m Breite vor, ist das **nicht** der Fall, wenn und solange dieses Bauprogramm ungeachtet des tatsächlich um 1m zurückbleibenden Ausbaus weiterhin eine Fahrbahn von 8m und beidseitige Gehwege von je 2m ausweist. Trifft das zu, macht die Gemeinde durch das Unterlassen der Änderung des Bauprogramms deutlich, dass sie **beabsichtigt**, die gesamte, im Bebauungsplan (ohne jede Unterteilung) für Verkehrszwecke festgesetzte Fläche entsprechend dem aufgestellten Bauprogramm auszubauen. Etwas **anderes** gilt indes, wenn sich die Gemeinde entweder schon vor Beginn der Ausbaurbeiten oder später (durch dessen entsprechende Änderung) für ein Bauprogramm entschieden hat, nach dem eine Fahrbahn von **nur 7m** und beidseitige Gehwege von je 2m Breite angelegt, der verbleibende Meter jedoch nicht für Straßenzwecke in Anspruch genommen werden soll. In einem solchen Fall ist bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 125 Abs. 3 Nr. 1 BauGB im Zeitpunkt der endgültigen Herstel- 67

¹³² Vgl. zu Letzterem etwa VGH Mannheim Urteile v. 21.3.2002 – 2 S 2585/01, BWGZ 2002, 427 und v. 21.6.2017 – 2 S 1946/16, DVBl 2017, 1246, VGH München Beschl. v. 16.6.2009 – 6 CS 08.3257, BeckRS 2009, 43421.

¹³³ BVerwG ua Urt. v. 27.9.1982 – 8 C 145.81, Buchholz 406.11 § 130 BBauG Nr. 26 S. 1 (4) = DVBl 1983, 135 = KStZ 1983, 95.

¹³⁴ Vgl. zur Bedeutung des Bauprogramms im Erschließungsbeitragsrecht ua BVerwG Urt. v. 18.1.1991 – 8 C 14.89, BVerwGE 87, 288 (298) = DVBl 1991, 449 = NVwZ 1992, 492.

lung (§ 133 Abs. 2 BauGB) **allen** erschließungs- und erschließungsbeitragsrechtlichen **Anforderungen** mit der Folge genügt, dass die sachlichen Erschließungsbeitragspflichten kraft Gesetzes entstehen; einer gesonderten **Fertigstellungserklärung** der Gemeinde bedarf es dazu **nicht**.¹³⁵ Der Gesetzgeber hat nämlich die „Rechtfertigungsregelung“ des § 125 Abs. 3 Nr. 1 BauGB **nicht** als eine **Befugnis** ausgestaltet, von der die Gemeinde nach ihrem Belieben Gebrauch machen kann. Vielmehr ergibt der durch die Gesetzesmaterialien¹³⁶ bestätigte Wortlaut des § 125 Abs. 3 BauGB hinreichend deutlich, dass § 125 Abs. 3 Nr. 1 BauGB anknüpft an eine **tatsächliche Abweichung** und er eine solche Abweichung unabhängig vom Willen der Gemeinde rechtfertigt, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.¹³⁷ Richtig ist allerdings, dass die Gemeinde oder genauer: das nach Maßgabe der einschlägigen kommunalrechtlichen Bestimmungen zuständige Gemeindeorgan **auch** im Falle einer von § 125 Abs. 3 S. 1 BauGB **gedeckten** Planunterschreitung über die Aufstellung oder Änderung des Bauprogramms Einfluss auf den Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflichten nehmen kann. Ist durch den Ausbau der Straße mit einer 7m breiten Fahrbahn und beidseitigen je 2m breiten Gehwegen das Bauprogramm – weil weiterhin eine 8m breite Fahrbahn vorsehend – **noch nicht** erfüllt, kann ungeachtet der durch § 125 Abs. 3 Nr. 1 BauGB gedeckten Planunterschreitung erst eine auf den tatsächlichen Ausbau ausgerichtete **Änderung** dieses Bauprogramms zum Entstehen der sachlichen Erschließungsbeitragspflichten führen.¹³⁸

68 Die vorstehenden Überlegungen gelten entsprechend, wenn der **Bebauungsplan selbst** über die Begrenzungslinien hinaus Angaben über die **Unterteilung** der Gesamtfäche der Straße enthält, also seinerseits etwa eine Fahrbahn von 8m und beidseitige Gehwege von je 2m Breite vorsieht. Unabhängig davon, ob diese zusätzlichen Angaben an der Rechtsatzqualität des Bebauungsplans teilnehmen (vgl. dazu → Rn. 15), stellen sie das für die betreffende Straße **maßgebende** Bauprogramm dar. Nehmen sie ganz ausnahmsweise an der Rechtssatzqualität teil, liegt in dem behandelten Ausgangsfall (festgesetzte Straßenbreite von 12m sowie festgesetzte Fahrbahn von 8m und festgesetzte Gehwege von je 2m Breite, tatsächliche Straßenbreite von 11 und tatsächliche Fahrbahnbreite von 7m) eine sozusagen zweifache Planunterschreitung vor, nämlich eine Planunterschreitung – erstens – mit Blick auf die Straßenbreite (11 statt 12m) und – zweitens – mit Blick auf die – das Bauprogramm betreffende – Breite der Fahrbahn (7 statt 8m). Sowohl seinem Wortlaut als auch seiner Zweckbestimmung nach dürfte § 125 Abs. 3 Nr. 1 BauGB beide Planunterschreitungen rechtfertigen, dh die Herstellung dürfte bei Vorliegen der Voraussetzungen dieser Bestimmung insgesamt als rechtmäßig zu qualifizieren sein.

69 Alles andere, namentlich die Beantwortung der Fragen, welche Teileinrichtungen in welchem Umfang und welcher Qualität eine Straße aufweisen muss, um sachliche Erschließungsbeitragspflichten auslösen zu können, betreffen einzig das Erschließungsbeitragsrecht. Das Erschließungsbeitragsrecht aber bestimmt, dass eine zum Entstehen sachlicher Erschließungsbeitragspflichten führende **endgültige** Herstellung erst anzunehmen ist, wenn (ua) das für die einzelne Erschließungsstraße aufgestellte Bauprogramm erfüllt ist. Trifft das – wie im geschilderten Fall (Fahrbahnbreite entgegen dem Inhalt des Bauprogramms nicht 8, sondern nur 7m) – nicht zu, können die Erschließungsbeitragspflichten erst entstehen, wenn (entweder die Fahrbahn um einen Meter verbreitert oder) das Bauprogramm dem tatsächlichen Ausbau angepasst, also entsprechend geändert worden

¹³⁵ Ebenso ua OVG Magdeburg Beschl. v. 10.9.2003 – 2 L 195/03, und OVG Lüneburg Ur. v. 22.1.1997 – 9 L 4721/95, NdsRpfl 1997, 121.

¹³⁶ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs BT-Drs. 8/2451, 30, sowie Ausschussbegründung BT-Drs. 8/2485, 34 f.

¹³⁷ Vgl. ua VGH Kassel Ur. v. 2.10.1990 – 5 UE 214/90, GemHH 1991, 210.

¹³⁸ Ebenso VGH Mannheim Beschl. v. 10.8.2006 – 2 S 509/06.