

Erschließungs- und Ausbaubeuräge

Bearbeitet von

Begründet von Prof. Dr. Hans-Joachim Driehaus, Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator, vormals
Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht, Bearbeitet von Michael Raden, Vorsitzender Richter
am Oberverwaltungsgericht a.D.

10. Auflage 2018. Buch. XXI, 1002 S. Gebunden

ISBN 978 3 406 71039 1

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Kommunalrecht > Kommunalabgaben](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

– 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. 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 ist. Da kraft des Erschließungsbeitragsrechts ein Bauprogramm nur in der Form geändert werden kann, in der es aufgestellt worden ist,¹²⁸ und da bei der in Rede stehenden Fallgestaltung das Bauprogramm durch (den Bebauungsplan als) ein Ortsgesetz aufgestellt worden ist, erfordert die Änderung des Bauprogramms hier ein Ortsgesetz (eine Satzung), sodass erst mit Inkrafttreten einer entsprechenden – erschließungsbeitragsrechtlichen – Änderungssatzung eine **endgültige** Herstellung erreicht ist und die sachlichen Erschließungsbeitragspflichten entstehen können. Sind die Angaben im Bebauungsplan über die Unterteilung der Gesamtfläche – wie in der Regel – von lediglich nachrichtlicher Qualität, setzt das Entstehen der sachlichen Beitragspflichten für den planunterschreitenden, von § 125 Abs. 3 Nr. 1 BauGB gedeckten Ausbau ebenfalls eine entsprechende Änderung des Bauprogramms voraus, und zwar eine **formlose Änderung** durch das nach dem Kommunalrecht zuständige Organ der Gemeinde. Eine solche Änderung kann ggf. angenommen werden, wenn die Gemeinde die auf nur 7m Breite ausgebauten Fahrbahn zur Abrechnung stellt und damit zu erkennen gibt, der erreichte Zustand solle den Endzustand darstellen.¹²⁹

Die Rechtmäßigkeit eines **planüberschreitenden** Ausbaus und in der Folge das Entstehen der sachlichen Beitragspflichten für die so ausgebaute Erschließungsanlage ist gemäß § 125 Abs. 3 Nr. 2 BauGB ua davon abhängig, dass „die Erschließungsbeitragspflichtigen nicht mehr als bei einer plangemäßen Herstellung belastet werden“. Mit diesem Wortlaut stellt das Gesetz für den Fall, dass der Ausbau Mehrkosten verursacht hat, auf eine **konstitutive** Entscheidung der Gemeinde dahin ab, sie werde die Mehrkosten nicht geltend machen. Erst wenn sie einen derartigen Verzicht erklärt hat, wird der planüberschreitende, Mehrkosten verursachende Ausbau rechtmäßig und können die sachlichen Beitragspflichten entstehen.¹²⁹ Eine entsprechende Verzichtserklärung kann ausdrücklich oder konkludent (etwa durch Abrechnung auf der Grundlage des angefallenen Aufwands ausschließlich der Mehrkosten oder durch entsprechende Reduzierung eines die Mehrkosten anteilig enthaltenen Beitragssbescheids selbst noch im Berufungsverfahren – vgl. → Rn. 43) von der Gemeindeverwaltung abgegeben werden. Für die Annahme, die Abgabe einer solchen Erklärung sei dem Rat vorbehalten oder sie müsse gar in Satzungsform erfolgen, gibt das Gesetz **nichts** her.¹³⁰ Will die Gemeinde auch die

¹²⁸ 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.

¹²⁹ OVG Münster ua Urt. v. 19.8.1988 – 3 A 1511/86, und VGH München Beschl. v. 3.1.1995 – 6 CS 94.3728, KStZ 1996, 138 = BayVBl 1995, 277.

¹³⁰ Ebenso ua BVerwG Urt. v. 9.3.1990 – 8 C 76.88, NVwZ 1990, 873 = DÖV 1990, 784 = DVBl 1990, 786, OVG Münster Beschl. v. 26.7.1982 – 3 B 1260/82, KStZ 1983, 151, und OVG Berlin Urt. v.

Mehrkosten der Beitragspflicht unterwerfen, kann sie das dadurch erreichen, dass sie anstelle einer Verzichtserklärung den Bebauungsplan ändert und dadurch den durchgeführten Ausbau sanktioniert, ihm also den „Makel“ der Planüberschreitung nimmt. In diesem Fall entstehen die Beitragspflichten – sofern alle übrigen Voraussetzungen dafür bereits erfüllt sind – im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Planänderung.

- 69** § 125 Abs. 3 Nr. 2 BauGB verlangt zur Rechtfertigung einer **Planüberschreitung** für den Fall, dass durch die Planüberschreitung Mehrkosten verursacht worden sind, einen Verzicht auf **gerade diese** Mehrkosten, dh eine **reale Absetzung dieses Mehraufwands** (vgl. → Rn. 43). Dieser Anforderung ist **nicht** genügt, wenn eine Gemeinde sich beim Ausbau etwa einer Anbaustraße (§ 127 Abs. 2 Nr. 1 BauGB) nicht auf den in einer Planüberschreitung liegenden Verstoß gegen die planungsrechtliche Bindung beschränkt, sondern überdies durch eine Planunterschreitung an **anderer Stelle** ein weiteres Mal gegen die planungsrechtliche Bindung verstößt, auf diese Weise Kosten einspart und diese mit den durch die Planüberschreitung verursachten Mehrkosten sozusagen verrechnet.¹³¹ Denn bei dieser Verfahrensweise werden die Beitragspflichtigen entgegen der Forderung des § 125 Abs. 3 Nr. 2 BauGB mit dem für die Planüberschreitung entstandenen Mehraufwand **belastet**; dieser Aufwand wird rechnerisch nicht vom beitragsfähigen Aufwand abgesetzt, sondern in ihn einbezogen. Ferner spricht die gesetzliche Trennung der beiden Tatbestände **gegen** die Ansicht, eine **Kompensation** der Kosten des Mehrausbaus mit denen des Minderausbaus könne zur Erfüllung der Anforderung des § 125 Abs. 3 Nr. 2 BauGB ausreichen.¹³² Im Übrigen liegt ohnehin die Annahme eher fern als nahe, ein zweiter Verstoß gegen die vom Bebauungsplan als Ortsgesetz (vgl. § 10 Abs. 1 BauGB) ausgehende Bindung könnte den ersten Verstoß folgenlos machen; jedenfalls fehlt jeder Anhaltspunkt im Gesetz, der eine solche Annahme stützen könnte. Etwas anderes gilt indes, wenn die Planabweichung zB lediglich in einer (geringfügigen) Trassenverschiebung bei (annähernd) gleich bleibendem flächenmäßigen Umfang besteht, ein planüberschreitender Ausbau also zwangsläufig einen damit korrespondierenden planunterschreitenden Ausbau zur Folge hat. In einer solchen Konstellation dürfte in der Sache von einem einzigen Planverstoß auszugehen und dürften etwaige Mehrkosten im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu ermitteln sein, die ggf. zu einer Kostenneutralität führen kann.¹³³

11.7.2006 – 9 B 4.05, sowie Löhr in Battis/Krautzberger/Löhr BauGB § 125 Rn. 8; aA OVG Lüneburg Beschlüsse v. 6.7.1989 – 9 M 34/89 und v. 29.8.1989 – 9 M 44/89.

¹³¹ Ebenso OVG Münster Urt. v. 31.1.1991 – 3 A 563/87, DVBl 1991, 1311 = GemHH 1991, 263 = NWVBl 1991, 244, sowie Urt. v. 23.3.2006 – 3 A 262/04, BeckRS 2006, 26491, und VGH München Beschl. v. 25.8.2010 – 6 ZB 10.967, BeckRS 2010, 31656.

¹³² Im Ergebnis ebenso ua Fischer in Hoppenberg/de Witt, Handbuch des öffentlichen Baurechts, Kapitel F Rn. 156, und Eusterbrock in Gronemeyer BauGB § 125 Rn. 14.

¹³³ Vgl. OVG Lüneburg Beschl. v. 20.11.2006 – 9 LA 334/04.

Zweiter Abschnitt. Einführung in das Erschließungsbeitragsrecht und Erschließungsbeitragssatzung

§ 8 Aufbau des Erschließungsbeitragsrechts

I. Gliederung nach der rechtslogischen Abfolge

Der Bundesgesetzgeber hat (grundsätzlich) den Gemeinden die Durchführung der Erschließung als Aufgabe übertragen (§ 123 Abs. 1 BauGB). Zugleich hat er angeordnet, dass die Gemeinden zur (teilweisen) Deckung der ihnen in Erfüllung dieser Aufgabe entstandenen Aufwendungen von den durch die Erschließung Begünstigten nach den im Baugesetzbuch festgelegten Regeln Erschließungsbeiträge erheben müssen (§ 127 Abs. 1 BauGB); dem sind die Landesgesetzgeber, soweit sie das Erschließungsbeitragsrecht in das Landesrecht überführt haben (vgl. → § 1 Rn. 16), weitestgehend gefolgt. Durch diese grobe Skizzierung der Rechtslage ist die Gliederung des Erschließungsbeitragsrechts im Sinne einer rechtslogischen Abfolge gleichsam vorgegeben: Der Auflistung der entstandenen beitragsfähigen Aufwendungen folgt zunächst die Ermittlung der Begünstigten, auf die diese Aufwendungen zu verteilen sind, und sodann die Erhebung der auf sie entfallenden Beiträge. Dementsprechend ergeben sich drei rechtslogisch aufeinanderfolgende „Phasen“ (oder „Stufen“), nämlich – erstens – die Aufwendungsphase, – zweitens – die Verteilungsphase und – drittens – die (Erhebungs- oder) Heranziehungsphase.¹ Die Reihenfolge der erschließungsrechtlichen Vorschriften des Bundes- wie des Landesrechts orientiert sich – wenn auch mit einigen Ausnahmen – im Wesentlichen an diesem Aufbau.

II. Aufwendungsphase, Verteilungsphase und Heranziehungsphase

1. Aufwendungsphase

In dieser ersten, im Wesentlichen in den §§ 127 Abs. 2–130 Abs. 2 BauGB (bzw. in §§ 33 sowie 35–37 KAG BW) geregelten Phase geht es um die Ermittlung der beitragsfähigen Aufwendungen. Ausgangspunkt dafür sind mit Blick auf das Bundesrecht – und Entsprechendes gilt für das Landesrecht – die beitragsfähigen Erschließungsanlagen (§ 127 Abs. 2 BauGB). Allerdings sind berücksichtigungsfähig lediglich für bestimmte Maßnahmen (§§ 128 Abs. 1 und 3 sowie 129 Abs. 2 BauGB) entstandene Kosten, die entweder real oder auf der Grundlage von Einheitssätzen (§ 130 Abs. 1 BauGB) errechnet werden können, und zwar bezogen auf eine einzelne Anlage, einen Abschnitt davon oder auf mehrere Anlagen (§ 130 Abs. 2 BauGB). Weitere Beschränkungen können sich aus dem Gebot, den Rahmen des Erforderlichen einzuhalten (§ 129 Abs. 1 S. 1 BauGB), sowie dadurch ergeben, dass nach dem Entstehen der sachlichen Beitragspflichten (§ 133 Abs. 2 BauGB) anfallende (zB Grunderwerbs-) Kosten außer Ansatz zu lassen sind.²

¹ Vgl. zu dieser Einteilung sowie zu den die einzelnen Phasen kennzeichnenden Interessengegensätzen iE Weyreuther, FS Werner Ernst, 519 ff. (521 ff.).

² Das ist zB von Bedeutung, wenn der Grunderwerb kein Merkmal der endgültigen Herstellung iSd § 132 Nr. 4 BauGB ist und deshalb die sachlichen Beitragspflichten schon entstehen können, bevor der Grunderwerb abgeschlossen ist (vgl. BVerwG ua Urt. v. 29.11.1985 – 8 C 59.84, Buchholz 406.11 § 133 BBauG Nr. 93 S. 55 (58 f.) = NVwZ 1986, 303 = BayVBl 1986, 282).

2. Verteilungsphase

- 3 In der zweiten Phase findet die Verteilung des beitragsfähigen Aufwands oder genauer: die rechnerische **Zuschreibung** von Anteilen aus der zuvor ermittelten „negativen Vermögensmasse“³ statt. Vorab scheiden aus ein Anteil von mindestens 10 vom Hundert als Eigenanteil der Gemeinde (§ 129 Abs. 1 S. 3 BauGB) sowie ggf. ein durch Zuwendungen Dritter gedeckter Anteil (§ 129 Abs. 1 S. 1 BauGB). Das, was verbleibt (umlagefähiger Aufwand), ist bestimmten Grundstücken (§ 131 Abs. 1 S. 1 BauGB) nach Maßgabe eines ausgewählten Maßstabs (§ 131 Abs. 2 und 3 BauGB) zuzurechnen. Hier entscheidet sich somit, welche Grundstücke in welchem Umfang zum rechnerischen Ausgleich der negativen Vermögensmasse zu belasten sind.

3. Heranziehungsphase

- 4 Diese – dritte – Phase ist ausgerichtet auf das eigentliche Ziel der beitragsrechtlichen Vorschriften, nämlich die **Liquidation** der „angesammelten“ negativen Vermögensmasse nach Maßgabe der in der Verteilungsphase erfolgten Zuschreibung. Sie kann grundsätzlich erst von dem Zeitpunkt an durchgeführt werden, in dem für die einzelne Anlage, einen Abschnitt von ihr oder die zur gemeinsamen Aufwandsermittlung zusammengefaßten Anlagen (§ 130 Abs. 2 S. 3 BauGB) die sachlichen Beitragspflichten entstanden sind (§ 133 Abs. 2 iVm § 132 BauGB), die auf den einer solchen Beitragspflicht unterliegenden Grundstücken (§ 133 Abs. 1 BauGB) als öffentliche Last (§ 134 Abs. 2 BauGB) ruhen. Eine frühzeitige Aufwandsdeckung kommt nur in Betracht, wenn die Voraussetzungen für eine Heranziehung im Wege der Kostenspaltung (§§ 133 Abs. 2 und 127 Abs. 3 iVm § 132 Nr. 3 BauGB) oder für eine Vorausleistungserhebung (§ 133 Abs. 3 S. 1 BauGB) vorliegen bzw. wenn Vorauszahlungs- oder Ablösungsverträge (§ 133 Abs. 3 S. 5 BauGB) abgeschlossen worden sind. Der persönlich Beitragspflichtige (§ 134 Abs. 1 BauGB) hat schließlich nach Fälligkeit des Beitrags (§ 135 Abs. 1 BauGB) diesen sofort und in voller Höhe zu entrichten, sofern nicht wegen besonderer Umstände eine andere Zahlungsweise zugelassen oder gar ein (teilweiser) Erlass gewährt worden ist (§ 135 Abs. 2–6 BauGB).

4. Gliederung des Erschließungsbeitragsrechts im Überblick

- 5 Der folgende Überblick soll – orientiert wiederum am Bundesrecht – einer optischen Verdeutlichung der geschilderten Gliederung nach der rechtslogischen Abfolge dienen:

Gliederung des Erschließungsbeitragsrechts

I. Aufwendungsphase	II. Verteilungsphase	III. Heranziehungsphase
1. Bestimmung der beitragsfähigen Anlage (§ 127 Abs. 2 BauGB)	1. Ermittlung des umlagefähigen Aufwands (beitragsfähiger Aufwand abzüglich Gemeindeanteil – § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB)	1. Entstehen der sachlichen Beitragspflichten (§ 133 Abs. 2 BauGB)
2. Beitragsfähige Maßnahmen und beitragsfähige Kosten (§§ 128 Abs. 1 und 3, 129 Abs. 1 S. 1 BauGB)	2. Beantwortung der Berücksichtigungsfrage, dh der Frage, welche Grundstücksflächen bei der Verteilung des umlagefähigen Auf-	2. Gegenstand der Beitragspflichten und öffentliche Last (§§ 133 Abs. 1, 134 Abs. 2 BauGB)
3. Ermittlungsmethoden und -räume (§§ 130 Abs. 1 und 2 BauGB)		3. Bestimmung des persönlich Beitragspflichtigen (durch Heranziehungs-

³ Weyreuther, S. 520.

wands zu berücksichtigen sind (erschlossene Grundstücksflächen – § 131 Abs. 1 BauGB)	bescheid – § 134 Abs. 1 BauGB)
3. Beantwortung der Belastungsfrage, dh der Frage, mit welchen Beitragssummen die zu berücksichtigenden Grundstücksflächen zu belasten sind (§ 131 Abs. 2 u. 3 BauGB iVm satzungsmäßiger Verteilungsregelung)	4. Vorfinanzierungsinstitute – Kostenspaltung (§§ 127 Abs. 3, 133 Abs. 2 BauGB) – Vorausleistung (§ 133 Abs. 3 S. 1 BauGB) – Ablösung (§ 133 Abs. 3 S. 5 BauGB)

III. Bedeutung der Gliederung nach der rechtslogischen Abfolge

Die gekennzeichnete Gliederung nach der rechtslogischen Abfolge eröffnet einen Weg zum Verständnis der Systematik der erschließungsbeitragsrechtlichen Vorschriften. Darin erschöpft sich ihre Bedeutung jedoch nicht. Sie schafft vielmehr und vor allem eine wesentliche Voraussetzung für eine **sachgerechte Beantwortung** vieler Fragen, die sich bei der Anwendung dieser Bestimmungen ergeben. Als Beleg dafür mag folgendes Beispiel dienen:⁴

Eine Gemeinde rechnet eine Anlage ab und geht dabei – wie sich später herausstellt – zu Unrecht davon aus, es seien neunzehn und nicht zwanzig Grundstücke von der Anlage erschlossen (§ 131 Abs. 1 S. 1 BauGB bzw. §§ 38 Abs. 1, 39 KAG BW). Nachdem sie ihren Irrtum bemerkt hat, veranlagt sie auch das zwanzigste Grundstück. Der jetzt Herangezogene wehrt sich mit dem Argument, der beitragsfähige Aufwand sei bereits anderweitig iSd § 129 Abs. 1 S. 1 BauGB (bzw. § 38 Abs. 1 KAG BW), nämlich durch die Beiträge der übrigen neunzehn Grundstückseigentümer gedeckt, der Gemeinde sei kein Aufwand verblieben, der durch den von ihm verlangten Beitrag zu decken sei. Auf den ersten Blick scheint die damit aufgeworfene Frage die Höhe des auf die Beitragspflichtigen (noch) umzulegenden Erschließungsaufwands und damit die Aufwendungsphase zu betreffen und sie könnte – wenn dies zuträfe – iSd Klägers zu beantworten sein. Bei genauerer Betrachtung ergibt sich jedoch, dass die Gemeinde einen Fehler in der Verteilungsphase gemacht hat; sie hat ein bei der **Aufwandsverteilung** zu berücksichtigendes Grundstück unbeachtet gelassen und in der Folge den zunächst Veranlagten einen zu hohen Anteil vom umlagefähigen Aufwand zugeschrieben. Das hat weder Einfluss auf die zuvor mit zutreffendem Ergebnis abgeschlossene Aufwendungsphase noch auf die Ermittlung des umlagefähigen Aufwands. Deshalb kann eine zu hohe Veranlagung einzelner Beitragspflichtiger, die erst nach der Ermittlung des umlagefähigen Aufwands erfolgt ist, nicht zu einer zugunsten eines anderen Beitragspflichtigen zu berücksichtigenden anderweitigen Deckung führen.⁵ Vielmehr ist eine neue Aufwandsverteilung vorzunehmen und im Anschluss daran zu prüfen, welche Auswirkungen diese Neuverteilung für die einzelnen Beitragspflichtigen hat.

§ 9 Erschließungsvorteil

I. Erschließungsbeitrag und Erschließungsvorteil

Die beitragsrechtlichen Vorschriften des Baugesetzbuchs, des Kommunalabgabengesetzes Baden-Württemberg, des Erschließungsbeitragsgesetzes Berlin und des Hamburgi-

⁴ Weitere Beispiele führt mit aufschlussreichen Erkenntnissen Weyreuther, aaO, S. 523 ff., an.

⁵ BVerwG Beschl. v. 16.7.1982 – 8 B 35.82, Buchholz 406.11 § 129 BBauG Nr. 17 S. 1 (2) = DVBl 1982, 1058 = NVwZ 1983, 152.

schen Wegegesetzes enthalten weder eine Definition oder Umschreibung des Beitragsbegriffs noch eine unmittelbare Aussage über die Abhängigkeit des Beitrags vom Erschließungsvorteil. Das ist jedoch unschädlich. Denn der Beitrag ist eine durch den „Gesichtspunkt der Gegenleistung“¹ gekennzeichnete Abgabe, mit der ein Ausgleich für den durch eine Leistung der Gemeinde ausgelösten Sondervorteil verlangt wird.² Verkürzt ausgedrückt lässt sich sagen: Beitrag heißt Abgeltung eines Sondervorteils, **Erschließungsbeitrag also Abgeltung eines Erschließungsvorteils.** Ohne einen (Sonder-)Erschließungsvorteil wäre die Heranziehung zu einem Erschließungsbeitrag verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.³

- 2** Damit ist indes erst eine Seite der Bedeutung des Vorteils im Beitragsrecht angesprochen, nämlich seine **Legitimationswirkung**. Darüber hinaus kommt ihm ausschlaggebende Bedeutung im Zusammenhang mit der Beitragshöhe zu: Aus dem bundesverfassungsrechtlichen Gleichheitssatz folgt für das Beitragsrecht der Rechtsgrundsatz der Beitragsgerechtigkeit, der fordert, dass Beitragspflichtige, die einen höheren Vorteil haben, stärker mit Beiträgen belastet werden als die anderen, die nur geringere Vorteile haben.⁴ Angesichts dessen muss für die Verteilung des für die erstmalige Herstellung einer beitragsfähigen Erschließungsanlage entstandenen umlagefähigen Aufwands nach einem Anknüpfungspunkt gesucht werden, der eine **Quantifizierung** der jeweils vermittelten Erschließungsvorteile ermöglicht.

II. Erschließungsvorteil iE

- 3** Vor allem im Rahmen dieser anderen Seite des Erschließungsvorteils kommt es ausschlaggebend auf den Inhalt des erschließungsbeitragsrechtlichen Vorteilsbegriffs an; insoweit ist der sog baurechtliche vom **beitragsrechtlichen** Vorteilsbegriff zu unterscheiden: Auf der Grundlage des baurechtlichen Vorteilsbegriffs ist der maßgebliche Vorteil der Sache nach daran zu messen, was die durch eine bestimmte Anlage vermittelte Erschließung für die bauliche oder gewerbliche Nutzbarkeit der jeweiligen Grundstücke hergibt.⁵ Bei diesem Ansatz muss für die Aufwandsverteilung eine Regelung gewählt werden, die an die durch die hergestellte Anlage ermöglichte bauliche Nutzbarkeit anknüpft. Der beitragsrechtliche Vorteilsbegriff dagegen stellt maßgeblich ab auf die durch die erstmalige Herstellung einer beitragsfähigen Erschließungsanlage eröffnete **Möglichkeit ihrer Inanspruchnahme**; auf seiner Grundlage richtet sich das Ausmaß des einem erschlossenen Grundstück vermittelten Erschließungsvorteils nach dem Ausmaß der von ihm aus zu erwartenden (wahrscheinlichen) Inanspruchnahme der hergestellten Erschließungsanlage.⁶ Je mehr diese Anlage von einem erschlossenen Grundstück aus erfahrungsgemäß in Anspruch genommen wird, desto wertvoller ist die durch die Herstellung der Anlage gebotene Inanspruchnahmemöglichkeit und desto größer sind die

¹ BVerfG ua Beschlüsse v. 20.5.1959 – 1 BvL 1/58, BVerfGE 9, 291 (297), und v. 16.10.1962 – 2 BvL 27/60, BVerfGE 14, 312 (317) und v. 25.6.2014 – 1 BvRE 668/10, 1 BvR 2104/10, BVerfGE 137, 1 = NVwZ 2016, 1448.

² BVerfG ua Beschlüsse v. 4.2.1958 – 2 BvL 31/56, BVerfGE 7, 244 (254 f.), und v. 26.5.1976 – 2 BvR 995/75, BVerfGE 42, 223 (228).

³ BVerwG ua Urt. v. 21.10.1994, BVerwGE 97, 62 (65) = KStZ 1996, 17 = HSGZ 1995, 119 mwN.

⁴ BVerwG ua Urt. v. 26.1.1979 – 4 C 61–68 u. 80–84.75, BVerwGE 57, 240 (245 f.) = NJW 1980, 72 = DVBl 1979, 781.

⁵ BVerwG Urt. v. 25.2.1977 – 4 C 35.74, NJW 1977, 1549 = DVBl 1978, 297 = KStZ 1977, 129.

⁶ BVerwG ua Urteile v. 8.12.1995 – 8 C 11.94, BVerwGE 100, 104 (112) = NVwZ 1996, 803 = KStZ 1997, 75 und. v. 12.11.2014 – 9 C 9.13, BeckRS 2015, 40581, Rn. 14, hierzu und zur Kritik: Storost, DVBl 2005, 1004.

ihm vermittelten Erschließungsvorteile.⁷ Folglich muss für die Aufwandsverteilung angeknüpft werden an Kriterien, die einen **Rückschluss** zulassen auf den voraussichtlichen Umfang der vom jeweiligen Grundstück ausgelösten Inanspruchnahme der betreffenden Anlage. Das sind neben der Grundstücksgröße Art und Maß der baulichen Nutzbarkeit.

Es liegt auf der Hand, dass der **baurechtliche** Vorteilsbegriff von Belang lediglich sein kann für Erschließungsanlagen, die etwas für die bauliche oder gewerbliche Nutzbarkeit von Grundstücken herzugeben in der Lage sind, für Erschließungsanlagen, die eine solche Nutzbarkeit erst ermöglichen, die **bebauungsrechtlich Voraussetzung** für eine solche Nutzbarkeit von Grundstücken sind. Das trifft zweifelsfrei einzig für zum Anbau bestimmte Erschließungsanlagen (sowie – eingeschränkt – für unbefahrbare Wohnwege) zu, nicht aber auch für die beitragsfähigen Erschließungsanlagen iSd § 127 Abs. 2 Nr. 3–5 BauGB wie beispielsweise Grünanlagen. Das hat Kärgel⁸ im Anschluss an Sauthoff⁹ unter Hinweis auf die §§ 29 ff. BauGB in beeindruckender Deutlichkeit klargestellt und damit andersartige Überlegungen etwa von Storost¹⁰ zurückgewiesen. Mit Blick auf diese letzteren beitragsfähigen Erschließungsanlagen – abgesehen von Lärmschutzanlagen, für die das Ausmaß der bewirkten Schallpegelminderung maßgebend ist – kommt deshalb für die Verteilung des umlagefähigen Erschließungsaufwands allein ein auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme abhebender, dh der beitragsrechtliche Vorteilsbegriff in Betracht.

Zwar mag es dem Bundesgesetzgeber freigestanden haben, dem Begriff des Erschließungsvorteils einen **unterschiedlichen Inhalt** zuzuweisen je nach dem, ob es sich um die erstmalige Herstellung von zum Anbau bestimmten Verkehrsanlagen einerseits oder sonstige beitragsfähige Erschließungsanlagen andererseits handelt. Diesen Weg hat möglicherweise der Landesgesetzgeber in Baden-Württemberg im Auge gehabt, der in seinen erschließungsbeitragsrechtlichen Bestimmungen des Kommunalabgabengesetzes in der Fassung vom 17.3.2005¹¹ anordnet, durch zum Anbau bestimmte Verkehrsanlagen seien erschlossen solche Grundstücke, denen diese Anlagen „die wegemäßige Erschließung vermitteln, die das Bauplanungsrecht als gesicherte Erschließung für ihre bestimmungsgemäße Nutzung verlangt“ (§ 39 Abs. 1 S. 1 KAG). Doch ist nicht zu übersehen, dass er in § 40 KAG BW einer Beitragspflicht unterwirft neben baulich auch „in einer vergleichbaren Weise“ genutzte Grundstücke, also Grundstücke, die nicht baulich nutzbar sind und denen nach Maßgabe des baurechtlichen Vorteilsbegriffs kein Erschließungsvorteil vermittelt wird. Im Übrigen stellt der Landesgesetzgeber in Baden-Württemberg für die anderen beitragsfähigen Erschließungsanlagen – abgesehen wiederum von Lärmschutzanlagen – auf den durch „die Möglichkeit der Inanspruchnahme“ der hergestellten Anlage vermittelten (nicht nur vorübergehenden) Vorteil (§ 39 Abs. 2 S. 1 KAG) und damit zweifelsfrei auf den beitragsrechtlichen Vorteilsbegriff ab.

Anders als möglicherweise der Gesetzgeber in Baden-Württemberg hat der Bundesgesetzgeber **keine** Entscheidung zugunsten derartig unterschiedlicher Vorteilsbegriffe getroffen. Jedenfalls lässt sich dafür weder aus dem Wortlaut des Bundesbaugesetzes bzw. des Baugesetzbuches noch aus den Gesetzesmaterialien oder der obergerichtlichen Rechtsprechung zum Erschließungsbeitragsrecht etwas herleiten. Auf der Grundlage seiner von einer sozusagen „**gesamtheitlichen**“ Betrachtungsweise geprägten Rechtsprechung¹² sah sich der seit Anfang der 80iger Jahre des vorigen Jahrhunderts für die Entscheidung von

⁷ Vgl. statt vieler OVG Bautzen Urt. v. 22.8.2001 – 5 B 522/00, DWW 2002, 131, und VGH München Urt. v. 19.12.2008 – 6 B 06.2750, BeckRS 2008, 28723.

⁸ Kärgel ZMR 2005, 930 (931).

⁹ Sauthoff NVwZ 2005, 743 (745).

¹⁰ Storost DVBl 2005, 1004 ff.

¹¹ GBl. 2005 S. 206.

¹² Vgl. dazu Sellner NJW 1986, 1073 ff., Driehaus KStZ 2006, 61, und Eiching in Spannowsky/Uechtritz BauGB § 131 Rn. 25.1.

Rechtsstreitigkeiten aus dem Erschließungsbeitragsrecht zuständig gewordene 8. Senat des Bundesverwaltungsgerichts angesichts dessen gezwungen, den Begriff des Erschließungsvorteils inhaltlich in einer Weise auszulegen, die sowohl mit Blick auf Anbaustraßen als auch mit Blick auf die sonstigen beitragsfähigen Erschließungsanlagen den gesetzlichen Anforderungen an diesen Begriff gerecht wird. Das traf und trifft einzig auf den beitragsrechtlichen Vorteilsbegriff zu. Diese Entscheidung zugunsten des beitragsrechtlichen Vorteilsbegriffs hat der 8. Senat in einer Vielzahl von Urteilen deutlich gemacht. Das lässt sich zweifelsfrei an den Ergebnissen der jeweiligen Urteile ablesen.¹³

- 7 Richtig ist, dass der vor dem 8. Senat für Entscheidungen in erschließungsbeitragsrechtlichen Rechtsstreitigkeiten zuständig gewesene 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts den baurechtlichen Vorteilsbegriff vertreten hat.¹⁴ Richtig ist ferner, dass der nach dem 8. Senat zuständig gewordene 9. Senat des Bundesverwaltungsgerichts ohne die Änderung der Rechtsprechung des 4. Senats durch den 8. Senat in der Auslegung des Begriffs „Erschließungsvorteil“ auch nur zu bemerken und folglich ohne nachvollziehbare Begründung wieder zum baurechtlichen Vorteilsbegriff zurückgekehrt ist.¹⁵ Soweit der 9. Senat im Beschluss vom 26.4.2006¹⁶ formuliert, es sei nicht zu erkennen, „dass der Begriff des Erschließungsvorteils vom Bundesverwaltungsgericht jemals grundlegend anders“ als iSd baurechtlichen Vorteilsbegriffs gedeutet worden wäre, steht er damit indes – nahezu – allein. In der obergerichtlichen Rechtsprechung ist der gekennzeichnete Rechtsprechungswandel durchgängig,¹⁷ in der Literatur¹⁸ jedenfalls weitestgehend als solcher erkannt worden: „Nach dem Übergang der Zuständigkeit in erschließungsbeitragsrechtlichen Rechtsstreitigkeiten auf den 8. Senat Anfang der 80iger Jahre ist an die Stelle der mehr baurechtlichen eine beitragsrechtlich geprägte Betrachtungsweise getreten.“¹⁹
- 8 Als Beleg dafür, dass Berufungsgerichte die Entscheidung des seinerzeitigen 8. Senats des Bundesverwaltungsgerichts zugunsten des beitragsrechtlichen Vorteilsbegriffs nicht nur erkannt, sondern an diesem Begriff unbeeindruckt durch das Urteil des 9. Senats vom 1.9.2004 festhalten, und zwar zu Recht festhalten, sei hier nur das Oberverwaltungsgericht Koblenz genannt. Dieses Gericht hat in sein Urteil vom 22.1.2002²⁰ die folgende Passage aufgenommen und sie im Beschluss vom 22.3.2006²¹ wörtlich wiederholt: „Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts beruht der durch die Herstellung einer beitragsfähigen Erschließungsanlage ausgelöste Erschließungsvorteil ‚auf der Möglichkeit der Inanspruchnahme dieser Anlage‘, richtet sich ‚das Ausmaß des jeweiligen Erschließungsvorteils‘ nach dem Ausmaß der von einem erschlossenen Grundstück aus zu erwartenden (wahrscheinlichen) Inanspruchnahme der Anlage und ist diese abhängig von ‚dem Umfang der zugelassenen Ausnutzbarkeit eines Grundstücks‘ (Urt. v. 8.12.1995

¹³ Vgl. iE Driehaus ZMR 2005, 81 (82 f.) und in NVwZ 2006, 896 (898).

¹⁴ Vgl. dazu ua BVerwG Urt. v. 25.2.1977 – 4 C 35.74, NJW 1977, 1549 = DVBl 1978, 297 = KStZ 1977, 129.

¹⁵ BVerwG Urt. v. 1.9.2004 – 9 C 15.03, DVBl 2005, 55 mit ablehnender Anmerkung von Driehaus = BayVBl 2005, 248 mit ablehnender Anmerkung von Waibl.

¹⁶ BVerwG Beschl. v. 26.4.2006 – 9 B 1.06, NVwZ 2006, 935 mit ablehnender Anmerkung von Driehaus NVwZ 2006, 896 = HSGZ 2006, 297 mit ablehnender Anmerkung von Wagner HSGZ 2006, 298.

¹⁷ Vgl. statt vieler VGH Mannheim Urt. v. 26.9.2003 – 2 S 793/03, KStZ 2004, 18 = DÖV 2004, 258 = BWGZ 2003, 856, und VGH München Urt. v. 16.6.2004 – 6 B 00.1563, BeckRS 2004, 30509.

¹⁸ Vgl. ua Löhr in Battis/Krautzberger/Löhr BauGB § 131 Rn. 21, sowie Klausing FS Driehaus, 2005, 88 ff. (89 f.), und Waibl BayVBl 2005, 250 f.

¹⁹ OVG Bautzen Urt. v. 22.8.2001 – 5 B 522/00, DWW 2002, 131.

²⁰ OVG Koblenz Urt. v. 22.1.2002 – 6 A 11652/01, KStZ 2002, 157.

²¹ OVG Koblenz Beschl. v. 27.3.2006 – 6 A 11652/05; ebenso ua VGH München Beschl. v. 1.12.2009 – 6 ZB 08.2671, BeckRS 2009, 43981.