

GPA-Mitteilung 5/2005

Az. 626.063

01.07.2005

Nochmals: Rechtmäßige Herstellung von Erschließungsanlagen im unbeplanten Bereich¹

Zur Entstehung der Beitragspflicht gehört u.a., dass die Erschließungsanlage rechtmäßig hergestellt worden ist, d.h. sie muss in einem Bebauungsplan ausgewiesen sein (§ 125 Abs. 1 BauGB). Besteht kein Bebauungsplan und ist ein solcher aus städtebaulichen Gründen auch nicht erforderlich, darf die Gemeinde eine Erschließungsanlage nur herstellen, wenn diese den in § 1 Abs. 4 bis 7 BauGB² bezeichneten Anforderungen entspricht (§ 125 Abs. 2 BauGB).

In der Praxis stehen dabei zwei Fragen im Vordergrund:

- Wie umfangreich müssen die (planungsrechtlichen) Feststellungen nach § 1 Abs. 4 bis 7 BauGB hinsichtlich der beabsichtigten Herstellung einer neuen Erschließungsanlage sein und
- wer ist für die Feststellungen, dass die (geplante) Erschließungsanlage den Anforderungen des § 1 Abs. 4 bis 7 BauGB entspricht, nach dem baden-württembergischen Kommunalrecht zuständig?

Der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte³, die sich mit der seit 1998 geltenden Bestimmung auseinandersetzen, können dazu folgende Hinweise entnommen werden:

1. Die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde (nach § 125 Abs. 2 BauGB a.F.) ist durch Art. 1 Nr. 46 des Bau- und Raumordnungsgesetzes 1998 vom 18.08.1997 (BGBl I S. 2081) mit Wirkung vom 01.01.1998 entfallen. Von dieser Rechtsänderung bleibt das

¹ Im Anschluss an die GPA-Mitteilung 7/2001 Az. 626.063.

² Baugesetzbuch i.d.F. der Bekanntmachung v. 23.09.2004 (BGBl. I S. 2414).

³ S. z.B. BVerwG, Urt. v. 03.07.1992, NVwZ 1993, 1198 = KStZ 1993, 72; Urt. v. 26.11.2003, BWGZ 2004, 251 = NVwZ 2004, 483 = Gemeindekasse 2004/90; VGH BW, Urt. v. 21.03.2002, BWGZ 2002, 427; Urt. v. 14.12.2004 - 2 S 191/03 (nicht rechtskräftig).

bereits in § 125 Abs. 2 Satz 3 BauGB a.F. enthalten gewesene und nunmehr in § 125 Abs. 2 BauGB n.F. ausdrücklich normierte materiell-rechtliche Erfordernis, dass die Herstellung von Erschließungsanlagen, wenn ein Bebauungsplan nicht vorliegt, den in § 1 Abs. 4 bis 7 BauGB bezeichneten Anforderungen⁴ entsprechen muss, unberührt. Die Neufassung des § 125 Abs. 2 BauGB hat an diesem materiell-rechtlichen Maßstab nichts geändert, sondern nur das Prüfungsverfahren der höheren Verwaltungsbehörde entfallen lassen. An seine Stelle ist jetzt (unmittelbar) die Planungsentscheidung der Gemeinde getreten. Etwaige Beanstandungen solcher Entscheidungen durch die Verwaltungsgerichte sind nur dann gerechtfertigt, **wenn ein Bebauungsplan**, der die in Rede stehende Erschließungsanlage festgesetzt hätte, wegen Überschreitung der planerischen Gestaltungsfreiheit **nichtig wäre**.⁵

Die wichtigste materiell-rechtliche Bindung, in deren Rahmen sich jede planende Gemeinde auch bei der bebauungsplanersetzenden Planung einer Erschließungsanlage nach § 125 Abs. 2 BauGB n.F. halten muss, ist das in **§ 1 Abs. 7 BauGB normierte Gebot, alle von der Planung berührten öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen**. Dieses Gebot bezieht sich

- auf das **Abwägen als Vorgang**, also darauf, dass überhaupt eine Abwägung stattfindet und dass dabei bestimmte Interessen in Rechnung gestellt werden, und
- auf das **Abwägungsergebnis**, also darauf, was bei dem Abwägungsvorgang „herauskommt“.

Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu angemerkt, dass eine verwaltungsgerichtliche Prüfung, ob sich die planerische Entscheidung innerhalb der durch das Abwägungsgebot gesetzten Grenzen hält (in entsprechender Anwendung des § 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB), davon auszugehen habe, dass ein Mangel im Abwägungsvorgang nur dann erheblich ist und deshalb – wie zur Nichtigkeit eines entsprechenden Bebauungsplans – zur Rechtswidrigkeit der Herstellung der Erschließungsanlage führen kann, wenn nach den Umständen des Falles die konkrete Möglichkeit besteht, dass die Planungsentscheidung ohne den Mangel im Ergebnis anders ausgefallen wäre.⁶

2. Im Blick auf die **Zuständigkeiten** nach dem baden-württembergischen Kommunalrecht hat der Verwaltungsgerichtshof keinen Anlass gesehen, den auf Ausbaubeschlüssen des Gemeinderats beruhenden Ausbau einer (im Jahr 1996 ohne Zustimmung der

⁴ BVerwG, Urt. v. 27.04.1990, NVwZ 1991, 71 = Fundstelle 1991/299 = HSGZ 1990, 388.

⁵ BVerwG, Urt. v. 27.04.1990, a.a.O.; Urt. v. 03.07.1992, a.a.O.

⁶ BVerwG, Urt. v. 26.11.2003, a.a.O.

höheren Verwaltungsbehörde hergestellten) Erschließungsanlage zu beanstanden, zumal der **Gemeinderat** mit einem (späteren) Beschluss über den endgültigen Ausbau des Weges festgestellt habe, dass der tatsächlich vorhandene Ausbau der Erschließungsanlage den Anforderungen nach § 1 Abs. 4 bis 7 BauGB entspricht.⁷ Damit sei den Vorgaben des § 125 Abs. 2 BauGB n.F. Genüge getan, da das Gesetz ein bestimmtes förmliches Verfahren nicht vorschreibe. Bei der Entscheidung der Gemeinde handle es sich vielmehr um einen **gemeinde-internen Vorgang**, der jederzeit nachgeholt werden könne und in diesem Fall die Herstellungsarbeiten (zumindest) nachträglich legitimiere.⁸

SG 32

⁷ S. dazu die ab 01.10.2005 geltende Regelung in § 41 Abs. 1 KAG.

⁸ VGH BW, Urt. v. 21.03.2002, a.a.O.