
THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



- 4. Senat -

4 EO 195/08

Verwaltungsgericht Gera

- 4. Kammer -

4 E 1564/07 Ge

Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

des Herrn _____ K_____,

G_____, _____ E_____

Antragsteller und Beschwerdeführer

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Wisgalle und Bruch,
Goethestr. 1, 44623 Herne

gegen

die Stadt Eisenberg,
vertreten durch den Oberbürgermeister,
Markt 27, 07607 Eisenberg

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Kraft-Zörcher und Großmann-Heinemann,
Villengang 1, 07745 Jena

wegen

Erschließungsbeiträgen,
hier: Beschwerde nach §§ 80, 80a VwGO

hat der 4. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Prof. Dr. Aschke, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Blumenkamp und den Richter am Oberverwaltungsgericht Gravert

am 24. November 2009 **beschlossen** :

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Gera vom 28. Februar 2008 - 4 E 1564/07 Ge - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat der Antragsteller zu tragen.

Der Wert des Streitgegenstandes für das Beschwerdeverfahren wird auf 4.160,36 € festgesetzt.

G r ü n d e

Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Die in der Beschwerde vorgebrachten Gründe, auf deren Nachprüfung das Oberverwaltungsgericht gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, ergeben nicht, dass das Verwaltungsgericht den Antrag des Antragstellers auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen den Erschließungsbeitragsbescheid der Antragsgegnerin vom 25.10.2007 zu Unrecht abgelehnt hat.

Das Verwaltungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, die Antragsgegnerin habe nach summarischer Prüfung für die Baumaßnahme Erschließungsbeiträge erheben können, weil der G_____ vor dem 03.10.1990 noch nicht im Sinne des § 242 Abs. 9 BauGB erstmals als Erschließungsanlage hergestellt worden sei. Ein technisches Ausbauprogramm für den vor dem 03.10.1990 bereits vorhandenen G_____ im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts habe nicht vorgelegt werden können. Für die Annahme eines solchen Programms reiche nicht aus, dass die Antragsgegnerin vor dem Stichtag für einige der Anlieger Entwässerungsanlagen hergestellt habe. Es mangle auch an dem erforderlichen schriftlichen Plan. Gegen die Annahme eines

Ausbauprogramms spreche zudem, dass einige andere Anlieger zur selben Zeit nicht angeschlossen worden seien. Weder aus den Akten noch aus dem Vortrag des Antragstellers ergebe sich, dass der G_____ vor dem Stichtag den örtlichen Ausbauepflogenheiten entsprochen habe. Der Weg sei vielmehr als Wiesenweg von einigen Anliegern als Grundstückszufahrt genutzt worden.

Es fehle auch die Qualifizierung als Anbaustraße, denn nach dem Lageplan 1991 habe die vorhandene Bebauung im Außenbereich gelegen und sei so spärlich gewesen, dass nicht von einem im Zusammenhang bebauten Ortsteil auszugehen sei. Selbst wenn der Ausbau des G_____ als Anbaustraße vor dem 03.10.1990 entgegen der bestehenden erheblichen Zweifel beschlossen worden sein sollte, sei er zumindest nicht vor dem Stichtag fertiggestellt worden, denn es habe weder eine einheitliche Wasserversorgungsanlage noch eine Entwässerungsanlage für den gesamten G_____ gegeben. Vielmehr seien die Grundstücke je nach Bedarf und teilweise in Eigenleistung der Anlieger allein für ihre Zwecke erschlossen worden, ohne einheitliche Teileinrichtungen zu schaffen. So sei eine Bitumendecke nicht im gesamten Verlauf, sondern nur bis auf Höhe der Grundstücke Nr. h__ und i__ hergestellt worden. Im weiteren Verlauf sei der Weg ohne Unterbau und Straßenentwässerung mit gerade vorhandenem Material (Kies, Schotter oder Lehm) befestigt worden. Die Anbringung von Straßenschildern rechtfertige keine andere Beurteilung.

Die Qualifizierung des Weges habe sich nach summarischer Prüfung erst mit dem am 14.12.1992 beschlossenen Bebauungsplan und dem danach erfolgten Ausbau geändert, wobei unerheblich sei, ob dieser Ausbau von 1993 - 1997 oder 1997 erfolgt sei. Die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen ohne Ausschreibung begründe keine Rechtswidrigkeit des Heranziehungsbescheides. Die Antragsgegnerin habe ihrer Beitragsermittlung keine grob unangemessenen Kosten zugrunde gelegt. Es sei weder ersichtlich noch vorgetragen, dass die fiktiv ermittelten Kosten unangemessen hoch seien. Gegen die Ermittlung der bei der Verteilung des Erschließungsaufwandes zu berücksichtigenden Flächen bestünden im Eilverfahren keine Bedenken, eine Klärung sei insofern dem Hauptsacheverfahren vorzubehalten. Der Vortrag zur Einbeziehung zweier Grundstücke im Zentrum der Erschließungsanlage sei mangels weiteren Tatsachenvortrags, etwa der Benennung der Flurstücksnummer, nicht nachvollziehbar. Die offensichtliche Rechtswidrigkeit

des Bescheides ergebe sich auch nicht daraus, dass die Übernahme einzelner Grundstücksflächen noch nicht geklärt sei und noch eine Teilfläche des Flurstücks a__ im Eigentum der Eheleute F_____ stehe. Aus der Widerspruchsakte ergebe sich, dass Herr F_____ den Verkauf des Flurstücks b mit einer Fläche von 5 m² abgelehnt habe, weil dieser vorgelagerte Grundstückskeil zwischen Straße und seinem Grundstück a erstmals bei der katastermäßigen Vermessung als sein Eigentum festgestellt worden sei. Auf dieser Fläche befinde sich die Grundstückseinfriedung, sie sei kein Bestandteil der Straße. Wegen dieses Umstandes und der Einlassung der Antragsgegnerin, dass alle für den G_____ erforderlichen Grundstücksankäufe im Sommer 2007 abgeschlossen worden seien, werde bei summarischer Prüfung vom abgeschlossenen Grundstückserwerb ausgegangen und eine weitere Klärung dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.

Hiergegen wendet der Antragsteller im Beschwerdeverfahren innerhalb der einmonatigen Begründungsfrist zunächst ein, das Verwaltungsgericht habe trotz entsprechender Rügen nicht geprüft, ob die einschlägige Beitragssatzung ordnungsgemäß beschlossen und veröffentlicht worden sei. Auch fehle jegliche formelle Prüfung der angefochtenen Heranziehungsbescheide.

Ferner habe das Verwaltungsgericht nicht nur prüfen müssen, ob der G_____ bis zum 03.10.1990 einem seinerzeit gültigen technischen Ausbauprogramm entsprochen habe, sondern vielmehr, ob er den seinerzeitigen örtlichen Ausbauepflogenheiten entsprochen habe und deshalb die Voraussetzungen des § 242 Abs. 9 BauGB vorgelegen hätten. Das Verwaltungsgericht sei auf den Sachvortrag des Antragstellers zur tatsächlichen Ausgestaltung des G_____ nicht hinreichend eingegangen. So sei nicht vorgetragen worden, dass lediglich Provisorien oder notdürftige Zustände hergestellt worden seien, sondern dass der Ausbau des G_____ und der angrenzenden Bebauung ein von den seinerzeit örtlich zuständigen Behörden vorgenommener Ausbau gewesen sei. Soweit in diesem Zusammenhang Fragen offen seien, gebe dies Veranlassung, zunächst die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs anzuordnen. Das Verwaltungsgericht gehe nicht darauf ein bzw. habe nicht ausreichend überprüft, ob der durchschnittliche Ausbauzustand der anderen Straßen im Gemeindegebiet mit dem des G_____ vergleichbar sei. Es wende im Hinblick auf die Anwendung und Auslegung des § 242

Abs. 9 BauGB die vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Maßstäbe, insbesondere zu den örtlichen Ausbauepflogeneheiten, nicht zutreffend an.

Hierzu sei in tatsächlicher Hinsicht anzumerken, dass es sich bei dem bis Anfang der 60er Jahre ehemals selbstständigen Dorf S_____ um ein Straßendorf gehandelt habe. Die Wohnhäuser seien in der Regel unmittelbar entlang der D_____ gebaut worden mit dahinter liegenden Stall- und Scheunengebäuden. Etwa bis in die 20er bzw. 30er Jahre sei hinter diesen Scheunengebäuden ein einfacher Weg verlaufen, der mit zunehmender Ansiedlung neu errichtet worden sei. Der in Ost-West-Richtung verlaufende G_____ beginne an der S_____ und ende an der D_____.

Noch heute befänden sich entlang 2/3 seiner Gesamtlänge Garten- und Feldflächen. Im letzten Drittel durchschneide der Weg ein kleines Waldstück. In den 70er Jahren seien acht Wohnhäuser auf anliegenden Grundstücken mit entsprechenden Baugenehmigungen errichtet worden, drei weitere nach 1990 und vor Beginn der Ausbaumaßnahme. Für einige der Wohnhäuser seien Entwässerungsanlagen über die Beklagte projektiert worden, wobei der Weg teilweise genutzt bzw. gekreuzt worden sei. Die Anlage sei von den Eigenheimbauern in Eigenleistung hergestellt, aber von der Beklagten bezahlt worden. Der G_____ habe bis Mitte der 70er Jahre in seinem ersten Drittel eine Tragschicht aus mineralischen Baustoffen und eine Deckschicht aus Schotter aufgewiesen, im zweiten Drittel eine Tragschicht aus Bauschutt und Kies sowie eine Deckschicht aus Schotter (teilweise grasdurchwachsen) und habe im letzten Drittel den Charakter eines durch Bauschutt etwas befestigten Feld- und Waldweges aufgewiesen. Im gesamten Bereich sei keine Randbefestigung vorhanden gewesen. Im Zuge der Errichtung von vier Wohnblöcken und einer Fundamentplatte für einen fünften Block sei der G_____ ab 1976 im ersten Drittel ausgebaut worden (Tragschicht mit Schotterbett sowie Bitumendecke bis in Höhe der Grundstücke K__, E__; gesetzte Randsteine). Diese Baumaßnahme sei nicht von den Anliegern finanziert, sondern von dem damaligen Baubetrieb ZBO-Eisenberg erbracht worden. Bis Anfang der 90er Jahre habe die Nutzung des G_____ durch den Bau weiterer Eigenheime und Verkehr mit Baufahrzeugen zugenommen. Dadurch, durch Frostschäden und eine fehlende Entwässerung sei der zunehmend marode Zustand der Bitumenschicht im ersten Drittel entstanden sowie die tiefen Fahrspuren in der Schotterdecke in den oberen beiden Dritteln. Die Ausbaumaßnahme durch die Beklagte habe nicht zwischen 1993 und 1997 stattgefunden, sondern erst 1997. Zuvor seien lediglich die

Bebauungspläne und Umplanungen erfolgt. Etwa 1979 hätten der G_____ und ein Parallelweg offizielle Straßenschilder erhalten. Der Grundstücksankauf der Straßenflächen sei bis heute nicht abgeschlossen, weil ein Teil des Flurstücks a_ zum G_____ gehöre, sich aber noch im Eigentum des privaten Grundstückseigentümers befinde.

Gegenüber den Ausführungen des Verwaltungsgerichts zum umlagefähigen Aufwand rügt der Antragsteller im Wesentlichen die fiktive Kostenermittlung, das fehlende Ausschreibungsverfahren und die nicht ordnungsgemäße Rechnungssammlung ohne entsprechende Nachweise. Schließlich habe das Verwaltungsgericht nicht überprüft, ob zwei Grundstücke der Familie H_____ bei der Abrechnung hätten berücksichtigt werden müssen.

Mit dieser Begründung kann der Antragsteller die Entscheidung des Verwaltungsgerichts nicht in Zweifel ziehen. Der Vortrag im Beschwerdeverfahren bietet keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Erschließungsbeitragsbescheid der Antragsgegnerin bei der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gebotenen summarischen Prüfung offensichtlich rechtswidrig wäre, weil die Ausbaumaßnahme nicht nach Maßgabe des Erschließungsbeitragsrechts abzurechnen wäre oder weil die sachliche Beitragspflicht für das Grundstück des Antragstellers noch nicht bzw. nicht in der festgesetzten Höhe entstanden wäre.

Soweit der Antragsteller im Beschwerdeverfahren geltend macht, das Verwaltungsgericht habe den ordnungsgemäßen Beschluss der einschlägigen Beitragssatzung und ihre Veröffentlichung prüfen müssen, übersieht er, dass Gegenstand der Rechtmäßigkeitsprüfung durch das Gericht nach § 80 Abs. 5 Satz 1 i. V. m. Abs. 4 Satz 3 VwGO in erster Linie der Abgabenbescheid selbst und die ihm bei summarischer Prüfung offensichtlich anhaftenden Fehler sind. Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Abgabenbescheides können sich im Einzelfall zwar auch aus sich aufdrängenden Satzungsmängeln der zugrunde liegenden kommunalen Abgabensatzung ergeben. Derartige Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer Abgabensatzung müssen dann jedoch im Eilverfahren so offensichtlich und eindeutig sein, dass im Hauptsacheverfahren eine andere rechtliche Beurteilung nicht zu erwarten ist. Eine Klärung offener Fragen zur Gültigkeit der jeweiligen Abgabensatzung kann nicht Aufgabe des Eilverfahrens sein. Vielmehr hat die

(Inzident-) Kontrolle der Satzung im dafür vorgesehenen Hauptsacheverfahren stattzufinden. In der Regel wird daher im Rahmen des Eilverfahrens von der Gültigkeit der einem Abgabenbescheid zugrunde liegenden Abgabensatzung auszugehen sein (vgl. zum Prüfungsumfang im einstweiligen Rechtsschutzverfahren den Senatsbeschluss vom 23.04.1998 - 4 ZEO 6/97 - LKV 1999, 70 [71], m. w. Nw.). Offensichtliche Mängel bei der Beschlussfassung oder der Bekanntmachung der hier einschlägigen Satzungsgrundlage für den Erschließungsbeitragsbescheid hat der Antragsteller im Beschwerdeverfahren ebenso wenig benannt wie formelle Mängel des Beitragsbescheides.

Der Senat kann dem Beschwerdevortrag, den vorliegenden Gerichts- und Behördenakten sowie dem enthaltenen Kartenmaterial auch keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass es sich bei dem G_____ in seiner gesamten Länge oder auf einer Teilstrecke um eine im Sinne des § 242 Abs. 9 BauGB bereits vor dem 03.10.1990 erstmals hergestellte Erschließungsanlage oder um bereits hergestellte Teile einer Erschließungsanlage handeln könnte und dass die Ausbaumaßnahme deshalb voraussichtlich nicht nach Maßgabe des Erschließungsbeitragsrechts hätte abgerechnet werden können.

Ob eine Gemeinde für den Ausbau einer Verkehrsanlage einen Erschließungsbeitrag nach § 127 BauGB oder einen Ausbaubeitrag gemäß § 7 Abs. 1 ThürKAG erheben kann, richtet sich danach, ob es sich bei der Ausbaumaßnahme um die erstmalige Herstellung einer Erschließungsanlage handelt oder um deren spätere Erweiterung, Verbesserung oder Erneuerung gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 ThürKAG. Der Anwendungsbereich des ThürKAG ist - bezogen auf den Ausbau von öffentlichen Verkehrsanlagen - erst eröffnet, sofern es sich dabei um bereits erstmalig hergestellte Erschließungsanlagen oder Teile von Erschließungsanlagen i. S. d. § 242 Abs. 9 BauGB handelt oder um solche, die nicht vom Erschließungsbeitragsrecht erfasst werden (z. B. eine nicht zum Anbau bestimmte Außenbereichsstraße; vgl. zum Begriff der Ortsstraßen und Außenbereichsstraßen das Senatsurteil vom 11.06.2007 - 4 N 1359/98 - ThürVGRspr. 2008, 113 = ThürVBl. 2008, 8; zum Anlagenbegriff im Landesrecht auch Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Auflage 2007, Rn. 6 ff. zu § 31). Gemäß § 242 Abs. 9 Satz 1 BauGB kann im Beitrittsgebiet nach diesem Gesetz ein Erschließungsbeitrag nicht erhoben werden für Erschließungsanlagen und Teile von Erschließungsanlagen, die

vor dem Wirksamwerden des Beitritts bereits hergestellt worden sind. Bereits hergestellte Erschließungsanlagen oder Teile von Erschließungsanlagen sind gemäß § 242 Abs. 9 Satz 2 BauGB die einem technischen Ausbauprogramm oder den örtlichen Ausbauepflogenheiten entsprechend fertig gestellten Erschließungsanlagen oder Teile von Erschließungsanlagen. Diese Regelung verdrängt im Beitrittsgebiet die allgemeinere Überleitungsvorschrift des § 242 Abs. 1 BauGB und gilt für die neuen Bundesländer in deren Gebiet auch dann, wenn Erschließungsanlagen bereits vor der Teilung Deutschlands hergestellt worden sind (vgl. im Einzelnen BVerwG, Urteil vom 18.11.2002 - 9 C 2.02 - BVerwGE 117, 200). Geboten ist insoweit eine Gesamtbetrachtung der Anlage (vgl. den Senatsbeschluss vom 27.04.2006 - 4 EO 1089/04 -). Dieser Anlagenbegriff stellt auf eine selbstständige Verkehrsanlage in ihrer gesamten Ausdehnung unter Zugrundelegung einer "natürlichen Betrachtungsweise" ab; maßgebend ist das durch die tatsächlichen Gegebenheiten geprägte Erscheinungsbild, nicht eine etwa nur "auf dem Papier stehende" planerische Festsetzung. Die natürliche Betrachtungsweise ist auch geboten, wenn zu entscheiden ist, wie weit die (Straßen-)Fläche einer bestimmten Anbaustraße reicht (hierzu der Senatsbeschluss vom 30.06.2003 - 4 EO 206/96 - ThürVGRspr. 2003, 145).

Das Verwaltungsgericht und die Beteiligten gehen offenbar davon aus, dass es sich bei dem von der Antragsgegnerin ausgebauten G_____ im Bereich von der Einmündung der S_____ bis zum Ausbauende im Bereich des Übergangs in den Außenbereich einschließlich der beiden abzweigenden Stichwege (Flurstücke c__ und d) um eine einzige Erschließungsanlage handelt.

Nach dem Vortrag der Beteiligten und dem Akteninhalt hat der Senat allerdings erhebliche Zweifel daran, ob der G_____ in seinem gesamten Verlauf einschließlich der abzweigenden Stichwege (nur) als eine Anlage anzusehen ist. Vielmehr scheint es eher wahrscheinlich, dass der G_____ bei natürlicher Betrachtungsweise in zwei unterschiedliche Anlagen zerfällt, nämlich einerseits den Hauptzug einschließlich des als Zufahrt gestalteten, nach Norden abzweigenden Stichwegs (Flurstück c) und andererseits den Stichweg, der vor dem Grundstück Flst. e in südlicher Richtung vom Hauptzug des G_____ abzweigt (Flurstück d_). Ob eine (einseitig oder beidseitig) zum Anbau bestimmte und befahrbare Straße eine eigenständige (Erschließungs-) Anlage oder nur ein

Anhängsel des Hauptzuges ist, bestimmt sich nach dem Gesamteindruck, den die jeweiligen tatsächlichen Verhältnisse einem unbefangenen Beobachter von der zu beurteilenden Anlage vermitteln. In diesem Zusammenhang kommt neben ihrer Ausdehnung und der Zahl der durch sie erschlossenen Grundstücke vor allem dem Maß der Abhängigkeit zwischen ihr und der Straße, in die sie einmündet, Bedeutung zu. Grundsätzlich sind alle abzweigenden befahrbaren Verkehrsanlagen als unselbstständig zu qualifizieren, die nach den tatsächlichen Verhältnissen den Eindruck einer Zufahrt vermitteln, d. h. die (ungefähr) wie eine Zufahrt aussehen. Da eine Zufahrt typischerweise ohne Weiterfahrmöglichkeit endet, typischerweise nur eine bestimmte Tiefe aufweist und ebenso typischerweise gerade, also nicht in Kurven (zu den nach hinten versetzt liegenden Grundstücken und Garagen) verläuft, hat das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung zum Erschließungsbeitragsrecht erkannt, eine bis zu 100 m tiefe, nicht verzweigte im Sinne von nicht abknickende Stichstraße (Sackgasse) ähnele einer typischen Zufahrt derart, dass sie wie diese regelmäßig als unselbstständig zu qualifizieren sei. Dementsprechend ist eine Sackgasse erschließungs- wie ausbaubeitragsrechtlich in der Regel als selbstständig zu beurteilen, wenn sie entweder länger als 100 m ist oder vor Erreichen dieser Länge (mehr oder weniger) rechtwinklig abknickt oder sich verzweigt (hierzu im Einzelnen die Senatsbeschlüsse vom 04.01.2007 - 4 EO 710/03 - m. w. Nw. und vom 16.12.2008 - 4 EO 435/03 -). Nach diesen Maßgaben spricht bei Auswertung der in den Akten enthaltenen Pläne und Fotos vieles dafür, dass der südlich vom Hauptzug des G_____ abzweigende Stichweg (Flurstück d) ungeachtet seiner geringen Länge schon deshalb den Eindruck einer selbstständigen Anlage erweckt, weil er nach der Abzweigung mehrmals abknickt und sein Ende aus Richtung der Abzweigung nicht einsehbar ist. Eine abschließende Beurteilung ließe sich allerdings nur auf Grund einer Besichtigung der Örtlichkeit im Rahmen einer Beweisaufnahme treffen, die nach der Senatsrechtsprechung im verwaltungsgerichtlichen Eil- und Beschwerdeverfahren untunlich ist und dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben muss (vgl. die Beschlüsse des Senats vom 30.06.2003 - 4 EO 206/96 - ThürVGRspr. 2003, 145 und vom 22.05.2002 - 4 EO 805/01 -), zumal der Antragsteller im Beschwerdeverfahren die Annahme des Verwaltungsgerichts nicht in Zweifel gezogen hat.

Selbst wenn sich im Hauptsacheverfahren nach Besichtigung der Örtlichkeit ergeben sollte, dass der G_____ aus zwei selbstständigen Anlagen besteht, wäre im Übrigen eine gemeinsame Abrechnung beider Anlagen nicht ausgeschlossen. Vielmehr wäre dann weiter zu klären, ob die Antragsgegnerin vor dem Entstehen der sachlichen Beitragspflichten gemäß § 130 Abs. 2 Satz 3 BauGB die beiden Anlagen zu einer Erschließungseinheit zusammengefasst hat, wie es aus den Erläuterungen der Antragsgegnerin in Beiakte 5 "zum Wohngebiet G_____" ohne näheren Nachweis hervorgeht.

Jedenfalls änderte diese offene Frage im Ergebnis nichts daran, dass der G_____ nach den Erkenntnissen im Beschwerdeverfahren weder in seiner gesamten Länge (einschließlich der abzweigenden Stichwege) noch mit einzelnen Teileinrichtungen bereits irgendwann vor dem 03.10.1990 als öffentliche Anbaustraße mit dem erforderlichen Mindestmaß an bautechnischer Herrichtung hergestellt war:

Der Ausbauzustand des G_____ vor dem 03.10.1990 wird in den von der Antragsgegnerin vorgelegten Ausbauplänen aus dem November 1990 und der enthaltenen Beschreibung zum Projekt 9058 (Ausbau G_____ S_____ einschließlich Entwässerung im November 1990, Beiakte 5) wie folgt beschrieben: "Der G_____ in S_____ ist ein 4,10 m breiter Anliegerweg, welcher aus einem Wiesenweg entstanden ist. Er wurde in den letzten Jahren in privater Initiative teilweise und nicht zusammenhängend über die betroffenen Privatgrundstücke erschlossen, um den Bau von Eigenheimen zu ermöglichen. Damit ist entlang des G_____ eine verstreut liegende Wohnbebauung entstanden. Derzeit befinden sich im Bearbeitungsabschnitt 9 Einfamilienhäuser. Der mit vorliegendem Projekt auszubauende Wegeabschnitt beginnt im Osten am Punkt der Wegeinschnürung durch beidseitigen Gartenzaun, d. h. er beinhaltet nicht die ca. 100 m Weglänge vom Abzweig S_____ aus, entlang des komplexen Wohnungsbaus. Er endet mit seiner westlichen bzw. oberen Bearbeitungsgrenze an der oberen Flurstücksgrenze des Grundstücks P_____ (f___). ... Der mit diesem Projekt bearbeitete Abschnitt besitzt eine Länge von 191,6 m. Alle angrenzenden Flurstücke haben derzeit noch jeweils bis Mitte G_____ Flächenanteil. In Absprache mit der Stadtverwaltung Eisenberg (Bauamt) wurde bereits mit einem Teil der Anlieger mündlich vereinbart, den Flurstücksanteil des Weges an die Kommune abzugeben, damit nach der Wegeinstandsetzung der Weg und die zentralen neuen Versorgungsleitungen in

kommunaler Hand ... liegen. ... Die augenblickliche Wegbefestigung befindet sich in miserablen Zustand. Sie ist in keiner Weise qualifiziert und wurde aus Dolomitschotter, Kiessand und sonstigen Füllmassen abschnittsweise und zeitlich nach Bedarf auf den Wiesenweg aufgetragen. Es kann deshalb auch nicht von einem qualifizierten, wieder verwendbaren Unterbau gesprochen werden. ...".

Dieser Zustandsbeschreibung ist in Übereinstimmung mit den Darlegungen des Antragstellers im Beschwerdeverfahren und den von ihm vorgelegten Fotos aus der Zeit vor dem Ausbau zunächst zu entnehmen, dass der G_____ vor dem 03.10.1990 nicht auf seiner gesamten Länge zwischen den Einmündungen S_____ und D_____, sondern allenfalls auf einer Teilstrecke die Funktion einer Anbaustraße und damit einer Erschließungsanlage i. S. d. § 242 Abs. 9 i. V. m. § 127 Abs. 2 Nr. 1 BauGB hatte. Denn unter dem Begriff einer bereits hergestellten Erschließungsanlage im Sinne des § 242 Abs. 9 BauGB kann nur eine der in § 127 Abs. 2 BauGB abschließend aufgezählten beitragsfähigen Erschließungsanlagen verstanden werden. Dazu gehören insbesondere die zum Anbau bestimmten öffentlichen Straßen gemäß § 127 Abs. 2 Nr. 1 BauGB (vgl. den Senatsbeschluss vom 30.06.2003 - 4 EO 206/96 - a. a. O.). Der G_____ diente vor dem 03.10.1990 aber nur auf einer Teilstrecke des Hauptzuges der Erschließung von Baugrundstücken (hier allenfalls die ersten ca. 100 m entlang des komplexen Wohnungsbaus sowie die weiteren ca. 200 m bis zum Ende des damaligen Grundstücks Flurstück g__) und ging jedenfalls danach in den Außenbereich über. Die beiden vom Hauptzug abzweigenden Stichwege waren vor dem 03.10.1990 noch nicht vorhanden und befanden sich damals auf Grundstücken, die im Außenbereich lagen. Auf der beidseitig im Außenbereich verlaufenden Teilstrecke des Hauptzuges des G_____ (also auf etwa zwei Drittel seiner Gesamtlänge) fehlte ersichtlich jede Erschließungsfunktion. Dies schließt es nach der zutreffenden Annahme des Verwaltungsgerichts aus, dass der G_____ einschließlich der im Außenbereich verlaufenden Teilstrecke unabhängig von der Art seiner Befestigung eine einheitliche, erstmals hergestellte Erschließungsanlage gewesen sein kann (hierzu auch die Senatsbeschlüsse vom 10.08.2009 - 4 ZKO 98/06 -, vom 05.06.2008 - 4 EO 1520/04 - und vom 29.07.2003 - 4 ZEO 996/98 -).

Aber selbst wenn dem G_____ zumindest im Bereich der vor dem 03.10.1990 bereits vorhandenen Bebauung die Funktion einer Anbaustraße mit einer befestigten

Fahrbahn zugekommen sein sollte, ergeben sich aus dem Beschwerdevortrag keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der G_____ auf dieser Teilstrecke den rechtlichen Anforderungen an eine bereits erstmals hergestellte Erschließungsanlage entsprechend einem schriftlichen Bauprogramm oder den örtlichen Ausbauepflogenheiten genügt hat. Unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens spricht vieles dafür, dass der G_____ vor dem 03.10.1990 im Bereich dieser Teilstrecke des Hauptzuges über eine befestigte Fahrbahn verfügte, die auf unterschiedlichen Teilstrecken unterschiedlich ausgestaltet war (teilweise Tragschicht aus Schotter und Bitumendeckschicht im Bereich des komplexen Wohnungsbaus, im Übrigen Tragschicht aus mineralischen Baustoffen und Schotterdecke). Weder der Beschwerde noch den von der Antragsgegnerin vorgelegten Behördenakten sind aber Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass der G_____ auf der gesamten Länge dieser Teilstrecke außer der Teileinrichtung Fahrbahn auch über die Teileinrichtungen Straßenentwässerung und Straßenbeleuchtung verfügte. Das Verwaltungsgericht hat in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Senats ausgeführt, dass eine Anlage ohne eine hergerichtete Straßenbeleuchtung und -entwässerung nicht den Mindestvoraussetzungen für eine bereits hergestellte, zum Anbau bestimmte Erschließungsanlage entspricht. Erforderlich ist danach ein Mindestmaß an bautechnischer Herrichtung, nämlich neben dem Vorhandensein einer hinreichend befestigten Fahrbahn auch eine - wenn auch primitive - Form von Straßenentwässerung (ein bloßes Versickernlassen wäre nicht ausreichend) sowie eine eigene Straßenbeleuchtung, die einen ungefährdeten Haus-zu-Haus-Verkehr ermöglicht (vgl. im Einzelnen: BVerwG, Urteil vom 11.07.2007 - 9 C 5.06 - BVerwGE 129, 100; ebenso das Urteil des erkennenden Senats vom 23.06.2009 - 4 KO 45/09 -). Offenbar hatte die Antragsgegnerin jedoch erstmals im Rahmen des geplanten Projekts 9058 im November 1990 die Aufstellung von 5 Straßenleuchten entlang der gesamten bebauten Teilstrecke des G_____ und die Errichtung einer Straßenentwässerung vorgesehen.

Demnach wäre allenfalls in Betracht zu ziehen, dass der G_____ vor dem 03.10.1990 auf der Teilstrecke, auf der ihm die Funktion einer Anbaustraße zukommen könnte, zumindest über eine bereits erstmals hergestellte Teileinrichtung Fahrbahn verfügt haben könnte. Nachdem der Nachweis eines technischen Ausbauprogramms für die Herstellung der Fahrbahn des G_____ auch nach

dem Beschwerdevortrag nicht ersichtlich ist, kommt es insoweit darauf an, ob die Errichtung der Fahrbahn auf der Gesamtlänge der maßgeblichen Teilstrecke des G_____ den örtlichen Ausbauepflogenheiten der Antragsgegnerin im zeitlichen Zusammenhang mit ihrer Herstellung entsprach, wobei auch Unterschiede in der Funktion der betreffenden Straßen von Bedeutung sein können. Der Begriff "örtliche Ausbauepflogenheiten" bezeichnet ein über einen längeren Zeitraum feststellbares Verhalten der Gemeinde bei der bautechnischen Herstellung von Erschließungsanlagen. Daraus folgt, dass ein bloßes Nichtstun oder "Liegenlassen" nicht ausreicht. Das Hinnehmen von Provisorien oder das Sich-Abfinden mit einem notdürftigen Zustand, weil ein höherwertiger, an sich zu fordernder oder angestrebter Ausbauzustand nicht zu verwirklichen war (z. B. wegen des Fehlens von Baumaterialien), kann keine "Ausbauepflogenheiten" begründen. Vielmehr geht es wie bei der ersten Alternative des § 242 Abs. 9 Satz 2 BauGB auch hier um die aktive technische Ausgestaltung der Erschließungsanlagen oder ihrer Teile. Im Hinblick auf die örtlichen Ausbauepflogenheiten ist der Ausbaustandard der konkreten Maßnahme zu vergleichen mit demjenigen, der bei der Mehrheit der danach zu betrachtenden Erschließungsanlagen oder deren Teilen im jeweiligen Ort im zeitlichen Zusammenhang mit der jeweiligen Herstellungsmaßnahme verwirklicht wurde, wobei der optische Gesamteindruck maßgeblich ist (vgl. im Einzelnen: BVerwG, Urteil vom 11.07.2007 - 9 C 5.06 - a. a. O.; Beschluss des erkennenden Senats vom 27.04.2006 - 4 EO 1089/04 - ThürVGRspr. 2007, 133 = KStZ 2007, 11). Dass die Fahrbahn des G_____ in diesem Sinne zumindest auf einer Teilstrecke den örtlichen Ausbauepflogenheiten im Gemeindegebiet der Antragsgegnerin entsprochen haben könnte, erscheint jedoch nach den Erkenntnissen im Beschwerdeverfahren aus mehreren Gründen zweifelhaft. Zum einen lassen weder die Beschreibungen im Erläuterungsbericht der Antragsgegnerin zum Projekt 9058 aus dem November 1990 noch der Beschwerdevortrag erkennen, dass die Fahrbahnbefestigung des G_____ in dem Bereich des vom Projekt 9058 erfassten Abschnitts jenseits des komplexen Wohnungsbaus jemals als etwas anderes angesehen wurde als das Hinnehmen einer nur provisorischen Befestigung eines Weges, zumal dieser in diesem Bereich nicht von der Antragsgegnerin errichtet wurde, sondern nach und nach in Eigeninitiative der Anwohner. Es fehlt insofern schon an einer aktiven technischen Ausgestaltung durch die Antragsgegnerin. Überdies weist die maßgebliche Teilstrecke des G_____

von der Einmündung der S_____ bis zum damaligen Bebauungsende auch keinen einheitlichen Ausbauzustand auf, der mit demjenigen der übrigen Fahrbahnen von Anliegerstraßen im Gemeindegebiet der Antragsgegnerin verglichen werden könnte. Soweit die Fahrbahn des G_____ entlang des komplexen Wohnungsbaus vor dem 03.10.1990 mit einer Tragschicht sowie einer bituminösen Deckschicht versehen wurde, kommt diese Maßnahme voraussichtlich schon deshalb nicht als erstmalige Herstellung der Teileinrichtung Fahrbahn in Betracht, weil sie sich nicht auf die gesamte Teilstrecke des G_____ bezog, die zu diesem Zeitpunkt eventuell als Anbaustraße anzusehen sein könnte. Insoweit hat der Antragsteller erstinstanzlich selbst vorgetragen, dass die Befestigung der Fahrbahn des G_____ mit einer Bitumendecke nur bis in Höhe der damaligen Grundstücke Flurstücke h__ und i__ ausgeführt worden, ein weiterer Ausbau aber noch geplant gewesen sei (Schriftsatz vom 26.11.2007, Seite 3 unten). Es kann daher dahingestellt bleiben, ob die Befestigung der Fahrbahn des G_____ mit einer Bitumendecke nicht schon wegen der Höhe der gesetzten Randsteine (nach Angaben des Antragstellers eine Straßenkante von 70 - 80 cm) auch in diesem Bereich eher als bloßes Provisorium anzusehen wäre, zumal die Randsteine offenbar nur auf einer Straßenseite vorhanden waren. Im Beschwerdeverfahren ist demzufolge auch nicht die tatsächlich schwierige Frage zu klären, welchen Ausbaustandard die Fahrbahnen von Anliegerstraßen im Gemeindegebiet der Antragsgegnerin im maßgeblichen Herstellungszeitraum aufwiesen und ob die Fahrbahn des G_____ - wie vom Antragsteller nur behauptet - dem entsprach.

Darauf, ob und wann der G_____ offizielle Straßenschilder erhalten hat, kommt es für die Frage der erstmaligen Herstellung gemäß § 242 Abs. 9 BauGB nicht an, wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat.

Ist der Ausbau des G_____ demnach voraussichtlich nach Maßgabe des Erschließungsbeitragsrechts zu beurteilen, weil die Voraussetzungen des § 242 Abs. 9 Satz 1 BauGB nicht vorliegen, fehlen auch hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass durch die von der Antragsgegnerin selbst in den 90er Jahren durchgeführten Baumaßnahmen vor der Bekanntmachung der 3. Änderung des Bebauungsplanes "G_____" im Jahre 2004 und dem Abschluss des Eigentumserwerbs an den zur Erschließungsanlage gehörenden Flächen sachliche Beitragspflichten entstanden sind. Denn das Entstehen der sachlichen Erschließungsbeitragspflicht setzt u. a. die

plangemäÙe Herstellung der Erschließungsanlage gemäß § 125 Abs. 1 BauGB voraus, die nach den Erkenntnissen im Beschwerdeverfahren vor der 3. Änderung des Bebauungsplanes "G_____" nicht vorlag, weil die tatsächliche Herstellung des G_____ offenbar nicht den vorherigen Bebauungsplänen entsprach. Außerdem hängt das Entstehen der sachlichen Erschließungsbeitragspflichten u. a. von der Erfüllung der satzungsgemäÙen Merkmale der endgültigen Herstellung entsprechend § 132 Nr. 4 BauGB ab. Zu den Merkmalen der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlagen gehört nach § 11 Nr. 1 Buchst. b der Erschließungsbeitragsatzung der Antragsgegnerin (ausgefertigt am 15.09.2003 und veröffentlicht am 20.09.2003) ebenso wie nach § 10 der Vorläufersatzung, dass die Antragsgegnerin Eigentümerin der Flächen der Erschließungsanlagen ist. Dieser Flächenerwerb soll nach den Angaben der Antragsgegnerin erst im Jahre 2007 abgeschlossen worden sein, sodass sachliche Erschließungsbeitragspflichten frühestens danach entstanden sind.

Soweit mit der Beschwerde geltend gemacht wird, der Grundstückserwerb sei bis heute nicht abgeschlossen, weil sich ein Teil des Flurstücks a noch im privaten Grundstückseigentum befinde, konnte das Verwaltungsgericht diese Frage im vorläufigen Rechtsschutzverfahren offen lassen. Denn die entscheidende Frage, ob ein Teil des an den G_____ angrenzenden Flurstücks a zur Straßenfläche des G_____ gehört, ist zwischen den Beteiligten umstritten und abschließend nur im Hauptsacheverfahren zu klären.

Dies gilt auch für die weiteren im Beschwerdevorbringen vorgetragene Rügen im Zusammenhang mit der Ermittlung des umlagefähigen Erschließungsaufwands und des Verteilungsgebiets, die das Verwaltungsgericht zu Recht der abschließenden Klärung im Hauptsacheverfahren vorbehalten konnte. Insofern ist zunächst darauf zu verweisen, dass eine eingehende Überprüfung des Aufwands, der Beitragsfähigkeit einzelner Positionen und der Berechnung grundsätzlich einem Hauptsacheverfahren vorzubehalten und nicht im summarischen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes durchzuführen ist (vgl. den Senatsbeschluss vom 27.12.2006 - 4 EO 446/03 -). Zudem fehlt es an einer näheren Darlegung im Beschwerdeverfahren, aus welchen konkreten Gründen der vom Verwaltungsgericht zugrunde gelegte Investitionsaufwand überhöht sein soll (zur zulässigen Schätzung des Investitionsaufwandes im Eilverfahren: Senatsbeschluss vom 28.01.2004

- 4 ZEO 596/99 -). Wie das Verwaltungsgericht außerdem zutreffend dargelegt hat, hätte eine Verletzung der Ausschreibungspflicht nicht zur Folge, dass der Investitionsaufwand nicht nach § 129 Abs. 1 Satz 1 BauGB beitragsfähig wäre. Vielmehr müsste in einem solchen Fall ermittelt werden, ob der auf die Beitragspflichtigen umgelegte Aufwand eine grob unangemessene Höhe erreicht hat. Diese Ermittlung ist nicht Aufgabe des lediglich summarischen Eilverfahrens, sondern konnte vom Verwaltungsgericht dem Hauptsacheverfahren vorbehalten werden (vgl. den Senatsbeschluss vom 24.03.2004 - 4 ZEO 875/00 -). Der Antragsteller hat zu einer offensichtlich grob unangemessenen Aufwandshöhe weder erstinstanzlich noch im Beschwerdeverfahren hinreichend vorgetragen.

Schließlich genügt der pauschale Vortrag im Beschwerdeverfahren, das Verwaltungsgericht habe nicht geprüft, ob "zwei Grundstücke der Familie H_____, die im Zentrum der Erschließungsanlage liegen, aus der Abrechnung herausgenommen worden seien", nicht den Darlegungsanforderungen. Es ist nicht zu beanstanden, dass das Verwaltungsgericht diesen Vortrag als nicht nachvollziehbar angesehen und eine etwaige Aufklärung dem Hauptsacheverfahren vorbehalten hat, denn es erschließt sich schon nicht, um welche Buchgrundstücke es sich handeln soll und warum diese Grundstücke in das Verteilungsgebiet einbezogen werden sollten. Ob die nicht näher bezeichneten Grundstücke von der Antragsgegnerin in die Verteilung des umlagefähigen Aufwandes einbezogen wurden, hätte der Antragsteller durch Einsichtnahme in die im Verfahren vorgelegten Abrechnungsvorgänge der Antragsgegnerin feststellen können.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 63 Abs. 2 Satz 1, 47 Abs. 1, 53 Abs. 3 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG. Dabei legt der Senat in Anlehnung an den "Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit" (Fassung 7/2004: NVwZ 2004, 1327 ff.) im Abgabenrecht den Wert der streitigen Abgabe (hier: 16.641,45 €) zu Grunde und ermäßigt diesen im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes auf ein Viertel.

Hinweis:

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Prof. Dr. Aschke

Blomenkamp

Gravert