

## GUTACHTEN

---

**War die Erhebung von Erschließungsbeiträgen im Jahre 2017 für die  
Rotkehlchenstraße rechtmäßig?**

im Auftrag der

Gemeinde Aschheim, Ismaninger Straße 8, 85609 Aschheim, vertreten durch  
den 1. Bürgermeister Thomas Glashauser

erstellt durch

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Guido Morber, LL.M.

Becker Büttner Held · Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater · PartGmbH  
Pfeufferstraße 7, 81373 München

T +49 (0)89 23 11 64-0 · F +49 (0)89 23 11 64-570 · bbh@bbh-online.de





BECKER BÜTTNER HELD

Dieses Gutachten wurde für unsere Mandantin und auf der Grundlage des mit ihr bestehenden Mandatsvertrages erstellt. Es ist daher für deren eigenen Gebrauch bestimmt.

Gegenüber Dritten, die den Inhalt dieses Gutachtens ganz oder in Teilen zur Grundlage eigener Entscheidungen machen, übernehmen wir keine Verantwortung oder Haftung.

## Inhaltsverzeichnis

<b>A.</b>	<b>Sachverhalt</b>	<b>4</b>
<b>B.</b>	<b>Ansatz und Gegenstand der Überprüfung</b>	<b>4</b>
<b>C.</b>	<b>Ergebnis</b>	<b>4</b>
<b>D.</b>	<b>Rechtliche Würdigung</b>	<b>5</b>
	<b>I. Prüfungsschema</b>	<b>5</b>
	1) Straßeneigenschaft	6
	2) Erschließungsfunktion	7
	3) Endgültige Herstellung	8
	a) Anforderungen nach Landesrecht	9
	b) Anforderungen nach Ortsrecht	10
	aa) Satzungsregelung zum Straßenaufbau	12
	bb) Satzungsregelung zur Straßenentwässerung	13
	c) Anforderungen aufgrund der Verkehrsbedürfnisse	14
	aa) Objektive Anforderungen an den Unterbau	15
	bb) Objektive Anforderungen an die Straßenbreite	15
	cc) Objektive Anforderungen an Gehwege	15
	<b>II. Subsumtion</b>	<b>16</b>
	1) Beweis- bzw. Aufklärungslast	16
	2) Faktenlage	17
	3) Auswertung	17
	4) Anforderungen an die Beweislast	18

## A. Sachverhalt

Die Gemeinde Aschheim hat mit Bescheiden vom 20.06.2017 die Grundstückseigentümer der Rotkehlchenstraße zu Erschließungsbeiträgen herangezogen. Die Rechtmäßigkeit der Heranziehung wird kontrovers diskutiert, weshalb der Gemeinderat am 25.07.2019 einstimmig deren Überprüfung beschlossen hat.

Die Rotkehlchenstraße erhielt ihren Namen erst aufgrund des Gemeinderatsbeschlusses vom 10.05.2011, wobei die damals vorhandenen Teile zuvor zur Siedlungsstraße gehörten.

## B. Ansatz und Gegenstand der Überprüfung

Der Gutachtauftrag sieht eine Überprüfung im Duktus der in der Vergangenheit vom Bayerischen Kommunalen Prüfungsverband vorgenommenen „Erhebung“ zur „Frage der Erhebung von Erschließungsbeiträgen“ für die Gartenstraße und die Arbeitsstraße vor.

Der Ansatz der Überprüfung bedingt, dass weder die Satzung der Gemeinde über die Erhebung von Erschließungsbeiträgen vom 11.01.1996 noch deren Vorgängersatzungen Gegenstand der rechtlichen Überprüfung sind. Vielmehr ist die Rechtmäßigkeit des gemeindlichen Satzungsrechts – wie vormals vom Bayerischen Kommunalen Prüfungsverband auch – zu unterstellen. Das gilt auch für Bebauungspläne, sofern sie tatsächlich auch bekannt gemacht wurden.

Der Ansatz der Überprüfung bedingt, dass der Gutachtenersteller – ebenso wenig wie vormals der Bayerische Kommunale Prüfungsverband – keine eigenständige Sachverhaltsermittlung außerhalb der Verwaltungsvorgänge (etwa in Archiven etc.) durchzuführen hatte. Die gutachtliche Überprüfung findet somit ausschließlich auf Basis des Sachverhaltes statt, wie er in den Verfahrensakten der Gemeinde dokumentiert ist.

Im Fokus der Gutachtenfrage „*War die Erhebung von Erschließungsbeiträgen [...] rechtmäßig?*“ steht mithin einzig die Rechtsfrage, ob die Straße zum Zeitpunkt der Heranziehung rechtlich schon als vorhandene Erschließungsanlage im Sinne des Art. 5a Abs. 7 Satz 1 Kommunalabgabengesetz (KAG) hätte gewertet werden müssen, was der Heranziehung dann entgegengestanden hätte.

## C. Ergebnis

Die Erhebung von Erschließungsbeiträgen im Jahre 2017 für die Rotkehlchenstraße war rechtmäßig.

Die Aktenlage trägt die Entscheidung der Gemeinde auch im Hinblick auf die Anforderungen an die Beweislastverteilung.

## D. Rechtliche Würdigung

Die Beantwortung der Gutachtenfrage erfordert zunächst die Ermittlung des maßgeblichen rechtlichen Prüfungsschemas (unten I.). Sodann werden der vorhandene Sachverhalt bzw. die vorhandenen Informationen im Lichte dieses Prüfungsschemas juristisch gewertet (unten II.).

### I. Prüfungsschema

Gemäß Art. 5a Abs. 7 Satz 1 KAG kann für vorhandene Erschließungsanlagen, für die eine Beitragspflicht auf Grund der bis zum 29. Juni 1961 geltenden Vorschriften nicht entstehen konnte, kein Erschließungsbeitrag erhoben werden.

Mit anderen Worten: Vorliegend wäre die Erhebung von Erschließungsbeiträgen nur dann rechtmäßig, wenn die Straße zum Zeitpunkt der Heranziehung rechtlich am Stichtag 30.06.1961 noch nicht als schon vorhandene Erschließungsanlage hätte gewertet werden müssen; denn eine solche Wertung stünde dann der Heranziehung ausweislich Art. 5a Abs. 7 Satz 1 KAG entgegen.

**Hinweis:** Art. 5a Abs. 7 Satz 1 KAG hat zwei inhaltsgleiche Vorgängerregelungen. Bis zum 31.03.2016 galt § 242 Abs. 1 BauGB, dem wiederum vom 30.06.1961 bis zum 30.06.1987 § 180 Abs. 2 BBauG vorausging, so dass in älteren Urteilen eben nicht von Art. 5a Abs. 7 Satz 1 KAG die Rede ist, diese Urteile aber gleichwohl mit Blick auf Art. 5a Abs. 7 Satz 1 KAG weiterhin Geltung beanspruchen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (BayVGH) liegt eine vorhandene Erschließungsanlage im Sinn des Art. 5a Abs. 7 Satz 1 KAG vor, wenn eine Straße zu irgendeinem Zeitpunkt vor Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes am 30. Juni 1961 Erschließungsfunktion besessen hat und für diesen Zweck – nach den damaligen rechtlichen Anforderungen – endgültig hergestellt war (vgl. BayVGH, Beschl. v. 18.08.2017 – 6 ZB 17.840, juris-Rn. 13; BayVGH, Beschl. v. 21.11.2013 – 6 ZB 11.2973, juris-Rn. 7; BayVGH, Beschl. v. 19.1.2015 – 6 ZB 13.1548, juris-Rn. 6; BayVGH, Beschl. v. 3.7.2017 – 6 ZB 16.2272, juris-Rn. 15 m.w.N.).

Denn es gilt in ständiger Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, dass

*„[...] jede Baumaßnahme an der Regelung ihrer Zeit zu messen [ist].“*

BayVGH, Urt. v. 10.08.2000 – 6 B 96.2367, juris-Rn. 21.

Nach der Terminologie des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs spricht man bei Vorliegen einer solchen „vorhandenen Erschließungsanlage“ auch von einer „historischen Straße“ bzw. von einer „historischen Erschließungsanlage“.

Kurzum: Nur wenn zum Stichtag 30.06.1961 die drei durch die Rechtsprechung definierten Merkmale „Straßeneigenschaft“ (sogleich unter **1**)), „mit Erschließungsfunktion“ (unten **2**) und „endgültig hergestellt“ (unten **3**)) attestiert werden können, handelt es sich um eine „vorhandene Erschließungsanlage“ bzw. um eine „historische Straße“/ „historische Erschließungsanlage“ im erschließungsbeitragsrechtlichen Sinne, für die gemäß Art. 5a Abs. 7 Satz 1 KAG kein Erschließungsbeitrag mehr erhoben werden darf.

**Hinweis:** Wenn also im Kontext von Erschließungsbeiträgen von „historischen Straßen“ die Rede ist, ist damit ein rechtlich aufgeladener *terminus technicus* gemeint. Dies darf nicht zu dem Missverständnis führen, dass nur, weil überhaupt – im umgangssprachlichen Sinne – historisch eine Straße vorhanden war, der „Fall dann klar ist“ und deswegen von einer „vorhandenen Erschließungsanlage“ ausgegangen werden kann. Allein die Tatsache, dass schon „früher“ überhaupt eine Straße vorhanden war, ist vor dem Hintergrund der für die Beitragserhebung einzig maßgeblichen rechtlichen Betrachtung völlig irrelevant (vgl. unten **3**)).

## 1) Straßeneigenschaft

Als vorhandene Erschließungsanlage kommt nur eine Straße in Betracht, welche die Merkmale einer öffentlichen Einrichtung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Satz 1 des Gemeindeabgabengesetzes (GAG) vom 20.07.1938 erfüllt hat (*Schmitz*, Vorhandene Erschließungsanlagen im Sinn des § 242 Abs. 1 BauGB aus bayerischer Sicht, BayVBl. 2014, 613 [615, rechte Spalte, erster Absatz]). Denn nur für öffentliche Einrichtungen konnten nach dem GAG Beiträge erhoben werden.

**Hinweis:** In Bayern trat das GAG vom 20.07.1938 erst mit Inkrafttreten des KAG am 01.07.1974 außer Kraft (vgl. Art. 32 Abs. 1 Nr. 1 KAG – Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 7/1974, S.116).

Von einer Straße als öffentlicher Einrichtung im erschließungs(beitrags)rechtlichen Sinne kann daher nur dann gesprochen werden, wenn der Gemeinde – wenigstens teilweise – die Straßenbaulast oblag und die Straße dem allgemeinen Gebrauch gewidmet war (vgl. BayVGh, Urt. v. 06.06.2019 – 6 B 19.246, juris-Rn. 17). In der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs liest sich das so:

*„Auch unter der Geltung des alten Rechts konnte von einer Ortsstraße, also einer örtlichen Erschließungsanlage, nur dann gesprochen werden, wenn die*

*Gemeinde wenigstens teilweise Trägerin der Straßenbaulast war. Wo die Gemeinde beim Bau und bei der Unterhaltung der Straße nicht entscheidend mitgewirkt hat, kann eine vorhandene Ortsstraße schon deshalb nicht angenommen werden, weil es an dem Willen der Gemeinde, diese Straße in einem bestimmten Ausbauzustand als fertige Anlage zu akzeptieren, fehlte.*

*Privatstraßen, die im Eigentum eines Dritten stehen und auch von diesem unterhalten werden, können deshalb im Regelfall keine vorhandenen Erschließungsanlagen im Sinne von § 242 Abs. 1 BauGB bzw. des bis zum 30. Juni 1987 geltenden § 180 Abs. 2 BBauG 1960/1976 und somit auch keine bereits vor Inkrafttreten des neuen Erschließungsbeitragsrechts hergestellten Erschließungsanlagen sein (vgl. Ludyga/Steiner/Hesse, Erschließungsbeitrag, RdNr. 141 zu § 128 BauGB unter Hinweis auf Hess. VGH vom 2.2.1978, Hess. Städte- und Gemeindezeitung 1978, 205).“*

BayVGH, Urt. v. 12.07.2001 – 6 B 98.1298, juris-Rn. 49.

## 2) Erschließungsfunktion

Die Straße muss ferner zu irgendeinem Zeitpunkt vor dem 30. Juni 1961 Erschließungsfunktion erlangt haben (*Schmitz*, Vorhandene Erschließungsanlagen im Sinn des § 242 Abs. 1 BauGB aus bayerischer Sicht, BayVBl. 2014, 613 [615, rechte Spalte, zweiter Absatz]).

Wann die Straße nach dem genannten Stichtag (30.06.1961) Erschließungsfunktion erlangt hat, ist hingegen unbeachtlich (BayVGH, Beschl. v. 18.08.2017 – 6 ZB 17.840, juris-Rn. 15).

Die Straße muss mithin als sog. Anbaustraße zu qualifizieren sein. Eine selbstständige öffentliche Verkehrsanlage ist „zum Anbau bestimmt“ (i.S. von § 127 Abs. 2 Nr. 1 BauGB, nunmehr Art. 5a Abs. 2 Nr. 1 KAG), wenn und soweit sie die anliegenden Grundstücke nach Maßgabe der §§ 30 ff. BauGB bebaubar oder in sonstiger nach § 133 Abs. 1 BauGB beachtlicher Weise nutzbar macht (BayVGH, Urt. v. 19.10.2017 – 6 B 17.189, juris-Rn. 21). Ausführlich beschreibt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof seine Anforderungen an eine sog. Anbaustraße in seiner Entscheidung vom 09.08.2016:

*„Diente eine Straße zunächst nur als Zufahrt zu landwirtschaftlichen Flächen oder etwa dem Verbindungsverkehr und wurde sie erst nachträglich zu einer Erschließungsanlage des Typs einer zum Anbau bestimmten Straße (Art. 5a Abs. 2 Nr. 1 KAG; bis 1.4.2016 § 127 Abs. 2 Nr. 1 BBauG/BauGB), so kommt es für die Frage ihrer erstmaligen Herstellung auf den Zeitpunkt des Funktionswechsels an.“*

*Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs erhält eine Straße in – wie hier – unbeplanten Gebieten die Funktion einer Erschließungsanlage nicht schon dadurch, dass vereinzelt Grundstücke an ihr bebaut werden, sondern sie ändert ihre rechtliche Qualität vielmehr erst dann, wenn an ihr eine gehäufte Bebauung einsetzt, das heißt – zumindest für eine Straßenseite – bauplanungsrechtlich Innenbereichslage im Sinne von § 34 Abs. 1 BBauG/ BauGB zu bejahen ist.*

*Das verlangt, dass die maßgeblichen Grundstücke in einem Bebauungszusammenhang liegen, der einem Ortsteil angehört. Ausschlaggebend für das Vorliegen eines Bebauungszusammenhangs im Sinn des § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB ist, ob und inwieweit eine tatsächlich aufeinanderfolgende Bebauung trotz etwa vorhandener Baulücken nach der Verkehrsauffassung den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit vermittelt. Auch Gebäude, die nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB im Außenbereich privilegiert sind, können zur Entwicklung eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils beitragen. Unter den Begriff der Bebauung fallen grundsätzlich nur Bauwerke, die dem ständigen Aufenthalt von Menschen dienen (BVerwG, B.v. 2.4.2007 – 4 B 7.07 – juris Rn. 5; BayVGh, U.v. 22.7.2010 – 6 B 09.584 – juris Rn. 38). Ortsteil im Sinn des § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB ist jeder Bebauungskomplex im Gebiet einer Gemeinde, der nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein gewisses Gewicht besitzt und Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur ist (BVerwG, B.v. 17.3.2015 – 4 B 45.14 – juris Rn. 6).“*

BayVGh, Beschl. v. 09.08.2016 – 6 CS 16.1033, juris-Rn. 9.

**Hinweis:** Die Qualifizierung als „Anbaustraße“ basiert auf einer rein rechtlichen Bewertung und hat nichts mit dem Ausbauzustand der Straße zu tun. Dieser interessiert erst im Zusammenhang mit dem Merkmal „Endgültige Herstellung“, wovon so gleich die Rede sein wird. Deshalb hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof auch schon einen geschotterten Weg als Anbaustraße qualifiziert, weil die maßgeblichen rechtlichen Anforderungen an eine Anbaustraße erfüllt waren (vgl. BayVGh, Urt. v. 19.10.2017 – 6 B 17.189, juris-Rn. 21). Die Frage, ob der Schotterweg auch schon endgültig hergestellt war, war damit freilich noch nicht beantwortet.

### 3) Endgültige Herstellung

Ob eine Straße endgültig hergestellt war und insofern eine vorhandene Erschließungsanlage im Sinne des Art. 5a Abs. 7 Satz 1 KAG darstellt und deshalb erschließungsbeitragsfrei ist, bestimmt sich nach dem bis zum Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes geltenden Anliegerbeitragsrecht, also nach Landesrecht (so BVerwG, Urt. v. 10.10.1995 – 8 C 12/94, juris-Rn. 12, dazu unter **a**)) bzw. – soweit vorhanden – nach den örtlichen straßenbaurechtlichen Vorschriften (unten **b**)) und – losgelöst

von dem jeweils von der Gemeinde für richtig erachteten Standard – nach dem objektiv zu bemessenden Verkehrsbedürfnis (BayVGH, Beschl. v. 30.01.2007 – 6 ZB 04.1374, juris-Rn. 6, dazu unten c)).

Insoweit ist ausschließlich von rechtlichen Kriterien auszugehen, so dass die Tatsache, dass eine Straße zum Stichtag 30.06.1961 vorhanden war, für sich betrachtet unerheblich ist (so BVerwG, Urt. v. 10.10.1995 – 8 C 12/94, juris-Rn. 12; ebenso *Schmitz*, Vorhandene Erschließungsanlagen im Sinn des § 242 Abs. 1 BauGB aus bayerischer Sicht, BayVBl. 2014, 613 [614, linke Spalte, dritter Absatz]).

Aus diesem Grund stellt auch eine etwaige Eintragung im Straßenbestandsverzeichnis (vgl. Art. 67 Abs. 4 BayStWG) kein Indiz für eine erstmalige Herstellung der Erschließungsanlage dar (BayVGH, Beschl. v. 17.10.2007 – 6 ZB 06.1635, juris-Rn. 8).

Unmissverständlich wird der ausschließlich objektiv-rechtliche Maßstab, der bei der Frage nach der erstmaligen Herstellung in Ansatz zu bringen ist, vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 15.11.2018 betont:

*„Ob die [Gemeinde] zum damaligen Zeitpunkt die Straße als bereits endgültig hergestellt betrachtet hat, ist rechtlich unerheblich. Denn die Entstehung der endgültigen Beitragspflicht hängt ausschließlich von objektiven Merkmalen ab und nicht etwa von der subjektiven Einschätzung der [Gemeinde].“*

BayVGH, Beschl. v. 15.11.2018 – 6 ZB 18.1516, juris-Rn. 10.

Die eigentliche Prüfung erfolgt damit in zwei Schritten (so auch *Schmitz*, Vorhandene Erschließungsanlagen im Sinn des § 242 Abs. 1 BauGB aus bayerischer Sicht, BayVBl. 2014, 613 [614, linke Spalte, dritter Absatz]):

1. Zunächst muss ermittelt werden, welche Anforderungen das damalige Landes- (unten **a**)) und Ortsrecht (unten **b**)) sowie das damalige Verkehrsbedürfnis (unten **c**)) an den endgültigen Ausbauzustand der Straße stellten.
2. Dann ist zu ermitteln, ob die Straße spätestens am Stichtag (30.06.1961) einen Ausbauzustand erreicht hat, der diesen Anforderungen genügte (unten **II.**).

#### **a) Anforderungen nach Landesrecht**

Das GAG sah zwar in Art. 9 Abs. 1 Satz 1 GAG die Möglichkeit zur Beitragserhebung vor, enthielt aber selbst keine Definition von Herstellungsmerkmalen.

Allerdings ermöglichte das GAG damit den Gemeinden bis zum Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes nach Erlass einer entsprechenden Satzung, entsprechende Erschließungsbeiträge zu erheben (*Schmitz*, Vorhandene Erschließungsanlagen im Sinn des § 242 Abs. 1 BauGB aus bayerischer Sicht, BayVBl. 2014, 613 [614, rechte Spalte, erster Absatz]).

## b) Anforderungen nach Ortsrecht

Die Gemeinde Aschheim hat im Gegensatz zu vielen anderen bayerischen Gemeinden von der Ermächtigung zur Beitragserhebung in Art. 9 GAG Gebrauch gemacht und ihre erste Erschließungsbeitragssatzung (EBS 61) mit Wirkung zum 29.06.1961 erlassen.

Der Gemeinderat hatte mit Beschluss vom 12.09.1961 die „*Satzung über die Erschließungsbeiträge*“ mit rückwirkender Wirkung zum 29.06.1961 – vgl. § 9 EBS 61 – erlassen.

Der Bekanntmachungsvermerk sieht im Original (inklusive handschriftlicher Ergänzung) so aus:

### Bekanntmachungsvermerk

Die Satzung wurde am 20. September 1961 in der Gemeindeganzlei zur Einsichtnahme niedergelegt. Hierauf wurde durch Anschlag an der Gemeindefelde hingewiesen. Der Anschlag wurde am 20. Sept. 1961 angeheftet und am 6. Okt. 1961 wieder entfernt.

Aschheim, den 9. Oktober 1961  
Gemeinde Aschheim



  
(Ruthus)  
Bürgermeister

*Inkraftsetzung vom 27.9.1961 (1 Woche nach Bekanntmachung)  
(Eck. Verf. d. LRA. v. 31.11.63 - W/1 BK 52/63 Z)*

In ständiger Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs bestehen gegen eine solche rückwirkende Inkraftsetzung keine Bedenken:

*„Durch Bekanntmachung vom 7. November 1963 wurde ferner die Erschließungsbeitragssatzung der Gemeinde O. zum 29. Juni 1961 rückwirkend in Kraft gesetzt. [...]. Das Verwaltungsgericht hat für die Frage der endgültigen Herstellung im Ansatz zutreffend an die in der Erschließungsbeitragssatzung der Gemeinde O. niedergelegten Herstellungsmerkmale in Verbindung mit dem gemeindlichen Bauprogramm angeknüpft.“*

BayVGH, Urt. v. 07.03.2002 – 6 B 97.3735, juris-Rn. 4 + 25.

**Hinweis:** Sowohl der Bayerische Kommunale Prüfungsverband (Erhebungen vom 11.06.2019/Arbeostraße bzw. vom 19.02.2019/Gartenstraße) als auch die Kanzlei REDEKER SELLNER DAHS (Aktenvermerke vom 17.04.2019 bzw. 27.06.2019/Siedlungsstraße) haben die Bedeutung der Erschließungsbeitragssatzung von 1961 für die Beurteilung der Frage der endgültigen Herstellung bzw. die damit korrespondierende eindeutige Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs nicht thematisiert.

Die für die vorliegende Beurteilung wesentlichen Satzungsvorschriften lauten:

## § 9

### Inkrafttreten

Diese Satzung tritt am 29. Juni 1961 in Kraft.

## § 7

### Merkmale der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlagen

(1) Die öffentlichen, zum Anbau bestimmten Straßen, Wege und Plätze sowie Sammelstraßen und Parkflächen sind endgültig hergestellt, wenn sie die nachstehenden Merkmale aufweisen:

1. eine Pflasterung, eine Asphalt-, Teer-, Beton- oder ähnliche Decke neuzeitlicher Bauweise,
2. Straßenentwässerung sowie die etwa vorgesehene Beleuchtung,
3. Anschluß an eine dem öffentlichen Verkehr gewidmete Straße.

(2) Bürgersteige und Radfahrwege sind endgültig hergestellt, wenn sie eine Abgrenzung gegen die Fahrbahn und gegeneinander sowie eine Befestigung mit Platten, Pflaster, Asphaltbelag oder eine ähnliche Decke neuzeitlicher Bauweise aufweisen, soweit die Gemeinde nicht festlegt, daß bei einfachen Wohnwegen und Siedlungsstraßen auf die Anlegung erhöhter Bürgersteige verzichtet wird und Gehwege in einfacher Form angelegt werden.

(3) Grünanlagen sind endgültig hergestellt, wenn die dafür vorgesehenen Flächen in ortstüblicher Weise gärtnerisch gestaltet sind.

(4) Die Gemeinde stellt die endgültige Herstellung der einzelnen Erschließungsanlage, des bestimmten Abschnittes einer Erschließungsanlage oder der zusammengefaßten Erschließungsanlagen fest.

Damit legt die EBS 61 Herstellungsmerkmale fest, die nach der ständigen Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs als Maßstab für das Vorhandensein einer Erschließungsanlage im Sinne von Art. 5a Abs. 7 Satz 1 KAG / § 242 Abs. 1 BauGB heranzuziehen sind:

*„Die insoweit allein strittige Frage, ob die flächenmäßigen Teileinrichtungen damals die technischen Herstellungsmerkmale erfüllt oder noch keinen endgültigen Ausbauzustand erreicht haben, beurteilt sich nach der seinerzeit maßgeblichen Satzungslage der [Gemeinde].“*

BayVGh, Beschl. v. 13.06.2016 – 6 ZB 14.2404, juris-Rn. 6.

*„Solange die in der Erschließungsbeitragsatzung aufgeführten Merkmale und die sonstigen Voraussetzungen für das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht nicht vorliegen, ist die Festsetzung des endgültigen Beitrags rechtsfehlerhaft und bindet die [Gemeinde] nicht. Beitragsbescheide äußern keine Tatbestandswirkung, d. h. ihre rechtlichen Voraussetzungen wie die endgültige Herstellung der Anlage nehmen nicht an der Bestandskraft teil. [...]. Ein schützenswertes Vertrauen in eine Rechtsauffassung der [Gemeinde] kann nicht entstehen, da das Erschließungsbeitragsrecht mit seiner strikten Pflicht, den entstandenen Beitragsanspruch in vollem Umfang geltend zu machen und ggf. durch Nacherhebung zu realisieren, einen Schutz des Vertrauens des Betroffenen auf die abgeschlossene Heranziehung nicht kennt (vgl. BayVGh, U. v. 18.7.2002 – 6 B 97.2065 – juris Rn. 25).“*

BayVGh, Beschl. v. 15.11.2018 – 6 ZB 18.1516, juris-Rn. 10.

#### aa) Satzungsregelung zum Straßenaufbau

§ 7 Abs. 1 Nr. 1 EBS 61 regelt, dass die zum Anbau bestimmten Straßen dann endgültig hergestellt sind, wenn sie u.a. eine Pflasterung, eine Asphalt-, Teer-, Beton-, oder ähnliche Decke neuzeitlicher Bauweise aufweisen. Zu einer identischen Satzungsregelung führt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 13.06.2016 aus:

*„In § 7 Abs. 1 Nr. 1 der Erschließungsbeitragsatzung der Beklagten vom 14. Juni 1961 war hinsichtlich der bautechnischen Ausgestaltung bestimmt, dass Anbaustraßen endgültig hergestellt sind, wenn sie „eine Pflasterung, eine Asphalt-, Teer-, Beton- oder ähnliche Decke neuzeitlicher Bauweise“ aufweisen.*

*Weitere Anforderungen namentlich zum Straßenaufbau stellt die Satzung nicht, was rechtlich nicht zu beanstanden ist. Denn einer Erwähnung der Trag-schichten unterhalb der Oberflächenbefestigung (Unterbau) bedarf es in der Satzung nicht (BVerwG, B.v. 1.9.1997 – 8 B 144.97 – BayVBl 1998, 470/471).*

*Wird der Unterbau gleichwohl in der Satzung genannt, wie in § 13 Abs. 1 Nr. 1 der Erschließungsbeitragsatzung der Beklagten vom 16. November 1978 („technisch notwendiger, tragfähiger und frostsicherer Unterbau“), kommt*

dem keine eigenständige Bedeutung zu (BayVGH, B.v. 23.2.2015 – 6 ZB 13.978 – juris Rn. 18).

*Herstellungsmerkmale sollen es nach dem Gesetzeszweck den Beitragspflichtigen ermöglichen, durch einen Vergleich des satzungsmäßig festgelegten Bauprogramms mit dem tatsächlichen Zustand, in dem sich die gebaute Anlage befindet, ein Bild darüber zu verschaffen, ob die Anlage endgültig hergestellt ist oder nicht.*

*Mit dieser auf Laien abstellenden Zielrichtung wäre es von vornherein nicht zu vereinbaren, das Merkmal „technisch notwendiger Unterbau“ in dem Sinn zu verstehen, dass es um die Beachtung technischer Regelwerke ginge. [...]. Eine Merkmalsregelung, die hinsichtlich der Oberflächenbefestigung oder gar des Unterbaus auf in technischen Regelwerken vorgegebene Ausbaustandards Bezug nimmt, würde demgegenüber erheblichen Bedenken begegnen; eine solche Einschränkung wäre für die beitragspflichtigen Anlieger intransparent und würde zu einer unangemessenen Risikoverlagerung zu ihren Lasten führen (vgl. BVerwG, U.v. 15.5.2013 – 9 C 3.12 – BayVBl 2014, 181 Rn. 17). Eine etwa mangelbehaftete Ausführung der technischen Baumaßnahme berührt nur Gewährleistungsansprüche der Gemeinde gegenüber dem Bauunternehmer und damit unter Umständen die Höhe des beitragsfähigen Erschließungsaufwands, nicht aber die Frage, ob die satzungsmäßigen Herstellungsmerkmale erfüllt sind.“*

BayVGH, Beschl. v. 13.06.2016 – 6 ZB 14.2404, juris-Rn. 7.

## **bb) Satzungsregelung zur Straßenentwässerung**

§ 7 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 EBS 61 regelt, dass die zum Anbau bestimmten Straßen für die endgültige Herstellung zudem eine Straßenentwässerung aufweisen müssen. Dazu wird vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof ausdrücklich auch im Kontext einer Satzung aus dem Jahre 1961 ein strenger Maßstab angelegt:

*„Dem entsprechend war nach § 11 Abs. 1 der Erschließungsbeitragsatzung (EBS) der [Gemeinde] vom 2. Juni 1961 u.a. das Vorhandensein einer Straßenentwässerung Voraussetzung für die endgültige Herstellung einer zum Anbau bestimmten Straße; dass in der Satzung keine bestimmten Merkmale für eine ausreichende Straßenentwässerung genannt werden, ist unschädlich. [...].“*

*Das Merkmal „Straßenentwässerung“ beinhaltet bereits begrifflich von der Teileinrichtung „Fahrbahn“ gesonderte technische Einrichtungen zur gezielten Lenkung und Ableitung des Straßenoberflächenwassers. [...]. Das Fehlen einer hinreichend funktionsfähigen, technisch abgegrenzten Straßenentwässerung*

*... rungseinrichtung stellt ein für die Straßenanlieger deutlich erkennbares bauliches Defizit dar. Bei einem objektiven Betrachter konnte somit nicht der Eindruck einer endgültig technisch fertiggestellten Straße entstehen.“*

BayVGH, Beschl. v. 15.11.2018 – 6 ZB 18.1516, juris-Rn. 9.

**Hinweis:** Der Bayerische Kommunale Prüfungsverband thematisiert in seiner Erhebung vom 19.02.2019 (Gartenstraße) die eindeutige Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zum Merkmal „Straßenentwässerung“ nicht. Im Lichte jener Rechtsprechung kann die Annahme, „eine Versickerung des Oberflächenwassers [dürfte] [...] für eine ordnungsgemäße Straßenentwässerung ausreichend gewesen sein“ nicht tragfähig sein.

### c) Anforderungen aufgrund der Verkehrsbedürfnisse

Die Bedeutung des objektiv zu bemessenden Verkehrsbedürfnisses für die Frage nach der endgültigen Herstellung und dessen Wandel über die Zeit beschreibt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof anschaulich in seiner Entscheidung vom 30.01.2007:

*„Das objektiv, d.h. losgelöst von dem jeweils von der Gemeinde für richtig erachteten Standard zu bemessende Verkehrsbedürfnis (BayVGH vom 23.11.1964 BayVBl 1965, 422/423) zog u.a. Grenzen, die bei der konkreten Planung nicht unterschritten werden durften. An dieser Stelle setzte die IME vom 6. August 1936 an: Mit ihrem Erlass galten deren Regelungen für alle Gemeinden Bayerns als Ausbauvorstellung und als der dem Verkehrsbedürfnis entsprechende Maßstab (BayVGH vom 14.5.1976 Nr. 258 VI 75).*

*[...]. Der Hinweis, es sei widersinnig, wenn eine Straße des Jahres 1938 als Provisorium betrachtet werde, weil Gehsteige fehlten, im Jahr 2003 aber endgültig hergestellt sei, obwohl sie immer noch keine Gehsteige besitze, erweist sich als nicht stichhaltig.*

*Die Entwicklung der Regelwerke für den Straßenbau verlief nicht kontinuierlich. Für die zweite Hälfte der 30iger Jahre war eine Motorisierungseuphorie kennzeichnend, die nach der Währungsreform 1948 wieder aufgegriffen wurde und sich laufend verstärkte. In Reaktion auf die daraus erwachsenden nachteiligen Folgen setzte etwa um das Jahr 1980 eine Gegenbewegung ein, die gerade bei Erschließungsstraßen den Blick von den reinen Kfz-Belangen weglenkte und andere Straßenfunktionen aufgriff (vgl. Arbeitsblätter für die Bauleitplanung Nr. 5 „Verkehrsberuhigung“, herausgegeben von der Obersten*

*Baubehörde im Bayer. Staatsministerium des Innern, Juli 1983). Die unterschiedliche Beurteilung der abgerechneten Anlage spiegelt diesen Wandel wieder."*

BayVGH, Beschl. v. 30.01.2007 – 6 ZB 04.1374, juris-Rn. 6 – 7.

#### **aa) Objektive Anforderungen an den Unterbau**

Seit 1936 war nach ständiger Rechtsprechung für die Fahrbahn ein kunstgerechter Unterbau erforderlich, der auch in ländlichen Gemeinden frostsicher ausgebaut sein musste (BayVGH, Beschl. v. 18.08.2017 – 6 ZB 17.840, juris-Rn. 16; BayVGH, Beschl. v. 24.6.2003 – 6 ZB 00.2159, juris-Rn. 9).

#### **bb) Objektive Anforderungen an die Straßenbreite**

Des Weiteren entspricht es der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgeschichtshofs, dass Straßen mit einer Breite von unter 6 m auch in ländlichen Gemeinden zur reibungslosen Abwicklung des Begegnungsverkehrs nicht den Anforderungen an eine ausreichende Erschließung gerecht werden (BayVGH, Urt. v. 07.03.2002 – 6 B 97.3735, juris-Rn. 25).

#### **cc) Objektive Anforderungen an Gehwege**

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hatte in einem Fall, in dem Herstellungsmerkmale nicht durch Satzung vorgegeben waren zu Gehwegen im Hinblick auf das Kriterium der örtlichen Verkehrsbedürfnisse Folgendes ausgeführt:

*„Welche Merkmale eine Straße aufweisen musste, um nach dem bis zum 29. Juni 1961 geltenden Recht als endgültig hergestellt gelten zu können, bestimmt sich [...] falls es an dahingehenden Unterlagen fehlt, nach den örtlichen Verkehrsbedürfnissen [...].*

*Zutreffend wird in der angefochtenen Entscheidung davon ausgegangen, dass die Gemeinde wegen der erforderlichen Eignung einer Verkehrsanlage, den anliegenden Grundstücken eine ausreichende wegemäßige Erschließung zu vermitteln (vgl. BVerwGE 99, 308/312), gewisse objektive Mindeststandards in ihrem konkreten Bauprogramm nicht unterschreiten durfte. Diese sind für die Neuanlage von Straßen in dem hier relevanten Zeitraum in der Ministerialentscheidung vom 6. August 1936 (Bekanntmachung des Bayer. Staatsministeriums des Inneren vom 25. Juni 1958 MABl. 1958, 625) niedergelegt, an der das Verwaltungsgericht seine Überzeugungsbildung ausgerichtet hat. Auf dieser Basis ist es nachvollziehbar zu dem Ergebnis gelangt, dass der fehlende frostsichere Unterbau, das Fehlen eines befestigten Gehwegs sowie der Randsteine*

*zur Begrenzung der Fahrbahn der Annahme einer endgültigen Herstellung zum damaligen Zeitpunkt entgegenstanden.“*

BayVGh, Beschl. v. 11.07.2002 – 6 ZB 01.1607, juris-Rn. 5.

## II. Subsumtion

Vor der eigentlichen Auswertung (unten 3)) wird zunächst die Verteilung der Beweislast (sogleich unter 1)) und danach die historische Faktenlagen (unten 2)) dargestellt.

### 1) Beweis- bzw. Aufklärungslast

Die Ermittlung der Rechtslage hängt nicht zuletzt vom Aussagegehalt der historischen Datenlage ab. Nach der einhelligen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist es deshalb so,

*„[...] daß eine Gemeinde, wenn sie für eine nach Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes an einer Erschließungsanlage im Sinne des § 127 Abs. 2 BBauG durchgeführte Ausbaumaßnahme Erschließungsbeiträge erhebt, darzutun hat, daß erst und gerade diese Maßnahme die vorher noch unfertige Anlage erstmalig hergestellt hat. Die "Erstmaligkeit" der Herstellung gehört zu den anspruchsbegründenden Tatsachen; sie ist Rechtmäßigkeitsvoraussetzung des Heranziehungsbescheids, und das schließt begrifflich ein, daß die Erschließungsanlage nicht schon vorher endgültig fertiggestellt war (vgl. Urteil vom 26. Januar 1979 - BVerwG 4 C 52.76 - Buchholz 406.11 § 133 BBauG Nr. 67 S. 46 <48>).*

*Richtig ist dementsprechend ferner, daß die [Gemeinde] die materielle Beweislast trifft für alle Tatsachen, die im Zusammenhang damit stehen, ob der Ausbauzustand der [Straße] vor dem Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes (nicht) eine ihren erkennbaren Ausbauabsichten entsprechende erstmalige Herstellung darstellte.*

*Etwas anderes würde nur dann gelten, das heißt, nicht die [Gemeinde], sondern die Kläger trügen die Beweislast, wenn anzunehmen wäre, es sei unaufklärbar, ob unter Geltung des alten Rechts überhaupt eine funktionstüchtige, zur Erschließung der anliegenden Grundstücke geeignete Straße vorhanden war (vgl. Urteil vom 26. Januar 1979, a.a.O. S. 49).“*

BVerwG, Urt. v. 09.12.1988 – 8 C 72/87, juris-Rn. 17.

## 2) Faktenlage

Die Verfahrensakte enthält keine einzige Information aus dem Zeitraum vor dem hier maßgeblichen Stichtag. Das ist dem Umstand geschuldet, dass die damals vorhandenen Teile zuvor zur Siedlungstraße gehörten und den Namen Rotkehlchenstraße erst aufgrund des Gemeinderatsbeschlusses vom 10.05.2011 erhielten.

## 3) Auswertung

Im Lichte der unmissverständlichen Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs sind für die Rotkehlchenstraße die in § 7 EBS 61 festgelegten Merkmale als Maßstab für die Frage heranzuziehen, ob sie schon zum Stichtag 30.06.1961 als vorhandene bzw. endgültig hergestellte Erschließungsanlage im Sinne von Art. 5a Abs. 7 Satz 1 KAG hätte gewertet werden müssen.

Soweit Teile der Rotkehlchenstraße bereits zum Stichtag vorhanden waren, waren sie Teil der Siedlungstraße. Für diese Teile gelten daher in Gänze die Ausführungen im Gutachten zur Siedlungstraße, auf die hier aus Gründen der Übersichtlichkeit ergänzend verwiesen wird.

Wesentlich für die Auswertung hier sind dabei folgende Passagen aus dem Gutachten zur Siedlungstraße:

Die dokumentierte Information im undatierten Nachtrag zur „*Niederschrift zugleich Vorentwurf*“ (vgl. **2 a cc**): „*im Unterbau hergestellt im Jahre 1961*“ belegt, dass die Siedlungstraße zum Stichtag noch nicht endgültig hergestellt war.

Bestätigt wird dieser Befund durch das Lichtbild aus dem Jahre 1960 (vgl. **2 b bb**), ausweislich dessen weder eine „*Decke neuzeitlicher Bauweise*“ im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 2 EBS 61, noch eine selbständige Teileinrichtung „*Straßenentwässerung*“ im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 2 EBS 61, noch Gehwege bzw. Randsteine zur Begrenzung der Fahrbahn vorhanden waren.

Hingegen können die Beitragsbetroffenen die vorliegende notarielle Straßenkostensicherung (vgl. **2 b cc**) nicht für ihre Position fruchtbar machen. Denn nach der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs hat eine solche Sicherungspraxis vielmehr eine Indizwirkung dafür, dass noch keine erstmalige endgültige Herstellung der Straße vorlag:

*„Die ständige Sicherungspraxis über Jahrzehnte hinweg und die Aufrechterhaltung dieser Sicherungen [...] ist ein deutliches Indiz, dass die in diesen Zeiträumen durchgeführten Arbeiten an der S.straße nicht*

*den Ausbaustandard erreichen, der von der Antragsgegnerin für notwendig erachtet wurde (vgl. BayVGH vom 29.10.1992 6 B 89 A.00042, UA S. 18)."*

BayVGH, Beschl. v. 23.03.2005 – 6 CS 04.88, juris-Rn. 14.

#### **4) Anforderungen an die Beweislast**

Die Aktenlage – faktisch dokumentiert im Gutachten zur Siedlungstraße – trägt die Entscheidung der Gemeinde auch im Hinblick auf die Anforderungen an die Beweislastverteilung (vgl. oben unter **II. 1)** und **2)**).

Bestätigt wird dies auch durch folgende Kontrollüberlegung: Seitens der Beitragsbetroffenen werden der Erhebung keine Aspekte entgegengehalten, die – allesamt als zutreffend unterstellt – im Lichte der maßgeblichen Rechtslage den Schluss forderten, dass die Rotkehlchenstraße bzw. ihre damals bereits vorhandenen Teile bereits zum Stichtag 1961 rechtlich endgültig hergestellt waren.

München, 30.06.2020

Guido Morber, LL. M.  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht