

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Fachpresse: ja

Erschließungs-, Erschließungsbeitrags- und
Straßenbaubeitragsrecht

Stichworte:

Vorausleistung; Umlegung; Buchgrundstück; untergehendes Grundstück;
erschlossene Grundstücksfläche; Bestimmbarkeit; Außenbereichsstraße;
Umwandlung in Anbaustraße; Fremdfinanzierungskosten; Erforderlichkeit der
Kosten; grobe Unangemessenheit; Absehbarkeit der Herstellung;
Prognoseentscheidung.

Leitsätze:

1. Eine für die Erhebung einer Vorausleistung hinreichende Bestimmbarkeit der durch eine Anbaustraße erschlossenen Grundstücksflächen, kann auch dann gegeben sein, wenn ein Teil der Grundstücke, auf die der Aufwand zu verteilen ist, innerhalb eines Umlegungsgebietes nach §§ 45 ff. BauGB liegt.
2. Wird eine Außenbereichsstraße infolge eines sie umfassenden Bebauungsplans zu einer abrechenbaren Anbaustraße, gehören auch die Fremdfinanzierungskosten für die Herstellung der Straße vor ihrer Umwandlung zum beitragsfähigen Aufwand im Sinne des § 128 Abs. 1 BauGB.
3. Die Festlegung des Zeitpunkts der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlage innerhalb von vier Jahren nach § 133 Abs. 3 Satz 1 BauGB muss auf einer nachvollziehbaren und nachprüfbaren Prognosegrundlage basieren.

Urteil des 9. Senats vom 5. Mai 2015 - BVerwG 9 C 14.14

- I. VG Osnabrück vom 15. Februar 2011
Az: 1 A 79/08
- II. OVG Lüneburg vom 29. August 2013
Az: OVG 9 LC 68/11



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 9 C 14.14
OVG 9 LC 68/11

Verkündet
am 5. Mai 2015

...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 9. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 5. Mai 2015
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Bier,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Buchberger,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Korbmacher,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Bick und
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Steinkühler

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Nieder-
sächsischen Oberverwaltungsgerichts vom 29. August
2013 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Beteiligten streiten über die Erhebung einer Vorausleistung auf den Erschließungsbeitrag.
- 2 Die Klägerin ist Eigentümerin des mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks K...straße ... im Gemeindegebiet der Beklagten. Die Beklagte baute 1981/1982 die K...straße zwischen der H... Straße (B 402) im Westen und der E... Straße im Osten aus. Den westlichen Teilabschnitt rechnete sie nach Ausbaubeitrags-

recht ab, für den mittleren Abschnitt erhob sie Erschließungsbeiträge. Von dem östlichen (dritten) Abschnitt, der bis zur E... Straße führt und an dem das Grundstück der Klägerin liegt, stellte sie nur die Fahrbahn provisorisch als Baustraße sowie Teile der Straßenbeleuchtung her.

- 3 Im Jahre 1997 bat die Beklagte den Landkreis um dessen Einschätzung, ob es sich bei den Freiflächen nördlich und südlich der K...straße im dritten Abschnitt um abrechenbare Innenbereichs- oder um Außenbereichsgrundstücke handele. Der Landkreis stufte sämtliche Flächen als Außenbereich ein.
- 4 Der Umlegungsausschuss der Beklagten fasste am 24. November 2005 einen Umlegungsbeschluss für das südlich der K...straße liegende Gebiet "Ko...". Im Umlegungsgebiet liegen u.a. die im dritten Abschnitt südlich an die K...straße angrenzenden und vom Landkreis als Außenbereichsflächen qualifizierten Flurstücke a und b. Das nördlich der K...straße gelegene Grundstück der Klägerin ist nicht Teil des Umlegungsgebietes.
- 5 Durch den Bebauungsplan Nr. 54 "Wohnbaufläche beidseits der K...straße" vom 13. Dezember 2005 wurden die Außenbereichsflächen im dritten Abschnitt der K...straße bis zur Einmündung in die E... Straße überplant und als allgemeines Wohngebiet ausgewiesen. Innerhalb des Plangebietes liegen Teilflächen der Flurstücke a und b. Der Satzungsbeschluss wurde am 31. Januar 2006 ortsüblich bekannt gemacht.
- 6 Am 11. Oktober 2007 beschloss der Verwaltungsausschuss der Beklagten, für die erstmalige endgültige Herstellung des dritten Abschnitts der K...straße Vorausleistungen auf den Erschließungsbeitrag zu erheben. In der diesem Beschluss zugrunde liegenden Vorlage der Verwaltung heißt es, der dritte Abschnitt der K...straße sei in der Vergangenheit im Außenbereich verlaufen und daher erst durch die Aufstellung des Bebauungsplans Nr. 54 zu einer Erschließungsanlage geworden. Ein Endausbau des Abschnitts werde zurzeit nicht als sinnvoll angesehen, da noch viele Baugrundstücke unbebaut seien.

- 7 Für die Vorausleistungen ermittelte die Beklagte - unter Einbeziehung von Fremdfinanzierungskosten in Höhe von 16 984,83 € - einen umlagefähigen Aufwand von 82 178,68 €. Für das Grundstück der Klägerin setzte die Beklagte mit Bescheid vom 7. März 2008 eine Vorausleistung auf den Erschließungsbeitrag in Höhe von 4 417,91 € fest.
- 8 Am 27. Mai 2010 beschloss der Verwaltungsausschuss der Beklagten, dass der dritte Abschnitt der K...straße "in 2012 bzw. spätestens in 2013" ausgebaut werde. Es sei beabsichtigt, die bestehende Befestigung als Unterbau zu nutzen. Die vorhandene Straßenbeleuchtung bleibe bestehen und werde nur geringfügig ergänzt. Die Straßenentwässerung sei nicht vorhanden und werde durch beidseitige Rinnenanlagen und Straßenabläufe inklusive der dazugehörigen notwendigen Anlagen ergänzt.
- 9 Das Verwaltungsgericht hat den Vorausleistungsbescheid hinsichtlich der darin enthaltenen Fremdfinanzierungskosten aufgehoben. Bereits 1981 hätte die Beklagte durch die Aufstellung eines Bebauungsplans und gegebenenfalls einen Kostenspaltungsbeschluss die Voraussetzungen für die Erhebung von Vorausleistungen schaffen müssen. Sachliche Gründe, die es nachvollziehbar machten, hiermit 27 Jahre zu warten, seien nicht ersichtlich.
- 10 Das Oberverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 29. August 2013 die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und auf die Berufung der Klägerin den Bescheid insgesamt aufgehoben. Es fehle an der Bestimmbarkeit der an der Aufwandverteilung teilnehmenden Grundstücksflächen, da die im Umlegungsgebiet liegenden Flurstücke a und b in ihrem rechtlichen Bestand und ihrer Größe grundlegend in Frage gestellt seien. Darüber hinaus sei die Beklagte nicht berechtigt gewesen, Fremdfinanzierungskosten im Zusammenhang mit den 1981/1982 durchgeführten Ausbaumaßnahmen in den Aufwand einzubeziehen. Kreditbeschaffungskosten könnten erst von dem Zeitpunkt an entstehen, in dem sich die Gemeinde konkret zur erstmaligen Herstellung einer abrechnungsfähigen Erschließungsanlage entschlossen habe und ein Bedarf zur Bereitstellung von Finanzierungsmitteln entstanden sei; das sei erst mit dem Umlegungsbeschluss

Ende 2005 bzw. der Beschlussfassung über den Bebauungsplan Nr. 54 Anfang 2006 der Fall gewesen.

11 Mit der vom Senat zugelassenen Revision macht die Beklagte geltend, für die Erhebung von Vorausleistungen sei es zwar erforderlich, aber entgegen der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts auch ausreichend, dass die beitragspflichtige Grundstücksgröße bestimmbar sei. Die Gemeinde könne bei der Vorausleistung nur von dem Sachverhalt ausgehen, der mit größter Wahrscheinlichkeit im Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht vorliege. Die Auffassung des Berufungsgerichts, dass Fremdfinanzierungskosten erst ab dem Zeitpunkt zum beitragsfähigen Aufwand zählten, an dem sich die Gemeinde entschlossen habe, die Erschließungsanlage als solche herzustellen, finde im Gesetz keine Stütze.

12 Die Beklagte beantragt,

die Urteile des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts vom 29. August 2013 und des Verwaltungsgerichts Osnabrück vom 15. Februar 2011 zu ändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

13 Die Klägerin beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

14 Sie verteidigt das angegriffene Urteil.

II

15 Die Revision ist nicht begründet. Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts verletzt zwar Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO), erweist sich aber im Ergebnis als richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO).

16 Das Oberverwaltungsgericht hat die Heranziehung der Klägerin zu einer Vorausleistung auf den Erschließungsbeitrag gemäß § 133 Abs. 3 Satz 1 BauGB

als rechtswidrig angesehen und in diesem Zusammenhang entscheidungstragend angenommen, erst mit dem Zeitpunkt der Bekanntmachung der Unanfechtbarkeit des Umlegungsplans gemäß § 72 Abs. 1 Satz 1 BauGB seien die an der Aufwandverteilung teilnehmenden Grundstücke und die Höhe des voraussichtlich geschuldeten Erschließungsbeitrags hinreichend sicher bestimmbar. Es hat darüber hinaus angenommen, Fremdfinanzierungskosten seien erschließungsbeitragsrechtlich erst ab dem Zeitpunkt berücksichtigungsfähig, in dem sich die Gemeinde konkret zur erstmaligen Herstellung einer abrechnungsfähigen Erschließungsanlage entschlossen habe und ein Bedarf zur Bereitstellung von Finanzierungsmitteln entstanden sei. Diese Erwägungen halten einer revisionsgerichtlichen Prüfung teilweise nicht stand (1 - 3); allerdings ist der angefochtene Vorausleistungsbescheid unabhängig davon rechtswidrig (4).

- 17 1. Richtig ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass es sich bei der Vorausleistung um eine auf die endgültige Beitragspflicht ausgerichtete vorgezogene Finanzierung einer Erschließungsanlage handelt (vgl. BVerwG, Urteil vom 15. September 1978 - 4 C 50.76 - BVerwGE 56, 238 <245>; stRspr). Als dem Erschließungsbeitrag zeitlich vorangehende Leistungspflicht kann sie nur für ein Grundstück entstehen, das - bezogen auf die Anlage, derentwegen eine Vorausleistung erhoben werden soll - zum Kreis der beitragspflichtigen Grundstücke gehört (BVerwG, Beschluss vom 31. August 2001 - 9 B 38.01 - Buchholz 406.11 § 129 BauGB Nr. 30 S. 3). Zuzustimmen ist dem Berufungsgericht ferner darin, dass im Erschließungsbeitragsrecht grundsätzlich der bürgerlich-rechtliche Grundstücksbegriff maßgeblich ist und erschlossene Grundstücke im Sinne des § 131 Abs. 1, § 133 Abs. 1 BauGB nur so genannte Buchgrundstücke sind, die im Grundbuch im Bestandsverzeichnis unter einer eigenen laufenden Nummer aufgeführt sind. Dem Berufungsgericht ist schließlich auch darin zu folgen, dass Grundstücke, die in einem Umlegungsgebiet nach §§ 45 ff. BauGB liegen, bereits durch den das Verfahren einleitenden Umlegungsbeschluss (§ 47 Abs. 1 Satz 1 BauGB) wegen der absehbaren grundlegenden Neugestaltung des gesamten Verfahrensgebietes in ihrem Bestand und ihrer Größe rechtserheblich in Frage gestellt sind und deshalb nicht vor bestandskräftigem Abschluss des Umlegungsverfahrens zu vorläufigen Leistungen auf den zu erwartenden Erschließungsbeitrag herangezogen werden können. Als

Teil der Umlegungsmasse ist ein solches Grundstück trotz seines rechtlichen Fortbestandes als Buchgrundstück bis zum bestandskräftigen Abschluss des Umlegungsverfahrens durch Bekanntmachung des Umlegungsplans (§ 72 Abs. 1 Satz 1 BauGB) ein "untergehendes" Grundstück und kann deswegen nicht Anknüpfungspunkt für die Heranziehung zu einer Vorausleistung sein.

- 18 Auch das (zukünftige) Abfindungsgrundstück scheidet hierfür grundsätzlich aus. Dieses kann zwar je nach Stand des Umlegungsverfahrens bereits seinem Zuschnitt und seiner Lage nach bestimmbar sein. Das ändert aber nichts daran, dass vor dem rechtsverbindlichen Abschluss des Umlegungsverfahrens weder das zukünftige Buchgrundstück als Haftungsobjekt der Vorausleistung, die als öffentliche Last im Sinne des § 134 Abs. 2 BauGB auf dem Grundstück ruht (vgl. BVerwG, Urteil vom 28. Oktober 1981 - 8 C 8.81 - Buchholz 406.11 § 133 BBauG Nr. 78 S. 16), rechtlich existent ist noch der Eigentümer bzw. Erbbauberechtigte als persönlicher Beitragsschuldner (§ 134 Abs. 1 BauGB) feststeht (zur Konstellation bei einem teilweise abgeschlossenen Umlegungsverfahren: OVG Münster, Urteil vom 23. Mai 1989 - 3 A 1720/86 - juris Rn. 73, bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 8. November 1991 - 8 C 89.89 - BVerwGE 89, 177).
- 19 Dagegen liegt das Grundstück der Klägerin selbst nicht im Umlegungsgebiet und gehört somit nicht zur Umlegungsmasse (§ 55 BauGB). Durch das Umlegungsverfahren ist es weder in seinem rechtlichen Bestand noch in seinem Zuschnitt und seiner Größe in Frage gestellt. Das Grundstück im bürgerlich-rechtlichen Sinne, für das Vorausleistungen erhoben werden können, steht ebenso fest wie der Grundstückseigentümer als persönlich Beitragspflichtiger. Insofern unterscheidet sich die Situation der Klägerin nicht von dem erschließungsbeitragsrechtlichen "Normalfall". Ihre Heranziehung zu einer Vorausleistung scheidet daher nicht von vornherein wegen des noch nicht abgeschlossenen Umlegungsverfahrens aus.
- 20 2. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts stand das im Zeitpunkt des Erlasses des Vorausleistungsbescheides noch nicht abgeschlossene Umlegungsverfahren der Bestimmbarkeit der erschlossenen und an der Aufwandsverteilung teilnehmenden Grundstücke und Grundstücksflächen nicht entgegen.

- 21 Die Vorausleistung auf einen Erschließungsbeitrag nach § 133 Abs. 3 Satz 1 BauGB setzt voraus, dass die durch die abgerechnete Anlage erschlossenen Grundstücke und Grundstücksflächen bestimmbar sind. Dies ergibt sich aus der Ausrichtung der Vorausleistung auf die endgültige Beitragspflicht und findet seinen gesetzlichen Ausdruck in der in § 133 Abs. 3 Satz 1 BauGB enthaltenen Begrenzung der Vorausleistung "bis zur Höhe des voraussichtlichen endgültigen Erschließungsbeitrags". Eine hinreichende Bestimmbarkeit der erschlossenen und damit für die Verteilung des beitragsfähigen Aufwandes heranzuziehenden Grundstücksflächen kann jedoch entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch dann gegeben sein, wenn ein Teil der Grundstücke, auf die der Aufwand zu verteilen ist, innerhalb eines Umlegungsgebietes liegt.
- 22 Es sind insoweit an die Bestimmbarkeit der an der Verteilung des Herstellungsaufwandes teilnehmenden Grundstücksflächen nicht die gleichen Anforderungen zu stellen wie an die Bestimmbarkeit der zur Zahlung einer Vorausleistung heranzuziehenden beitragspflichtigen Grundstücke. Für die Bestimmbarkeit der Verteilungsfläche kommt es nicht auf die rechtliche Existenz der einzelnen Grundstücke an, sondern allein darauf, welche Grundstücksflächen die abgerechnete Anlage insgesamt erschließt. Der zukünftige Zuschnitt der einzelnen Buchgrundstücke ist daher nur insoweit von Bedeutung, als er - alleine oder mit weiteren Umständen - eine Aussage darüber erlaubt, welche Flächen voraussichtlich erschlossen werden und daher einen Sondervorteil erfahren. Aufgrund der Vorläufigkeit der Vorausleistung ist es im Regelfall weder möglich noch erforderlich, bereits bei Erlass des Vorausleistungsbescheides die Verteilungsfläche gleichsam "quadratzentimetergenau" zu bestimmen. Erforderlich und ausreichend für die Ermittlung der Höhe des Vorausleistungsbetrages ist vielmehr die Anwendung einer sachgerechten Schätzungsgrundlage. Ebenso wie bei der Ermittlung des für die endgültige Herstellung zu erwartenden beitragsfähigen Erschließungsaufwandes ist die Gemeinde lediglich gehalten, eine auf den Zeitpunkt der endgültigen Herstellung (§ 133 Abs. 2 Satz 1 BauGB) ausgerichtete Prognose über den Umfang der Verteilungsfläche anzustellen (vgl. zur Aufwandsermittlung BVerwG, Urteil vom 29. Januar 1993 - 8 C 3.92 - Buchholz 406.11 § 128 BauGB Nr. 47 S. 31). Dabei ist in Rechnung zu stellen, dass

§ 133 Abs. 3 Satz 1 BauGB lediglich eine Höchstgrenze ("bis zur Höhe") für die Heranziehung zu Vorausleistungen setzt, die Gemeinde mithin nicht verpflichtet ist, die Grenze auszuschöpfen. Je weiter die Vorausleistung hinter dem voraussichtlichen Erschließungsbeitrag zurückbleibt, desto weniger wirken sich Unwägbarkeiten bei der Bestimmung der Verteilungsfläche auf die Einhaltung der Grenze des § 133 Abs. 3 Satz 1 BauGB aus. Gemessen hieran ist der Vorausleistungsbescheid der Beklagten nicht zu beanstanden.

- 23 Die erschlossene Grundstücksfläche ist im vorliegenden Fall anhand des im Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Bescheides vorliegenden Entwurfs einer Umlegungskarte und der Ausweisung der Bauflächen in dem rechtsverbindlichen Bebauungsplan Nr. 54 "Wohnbauflächen beidseits der K...straße" der Beklagten hinreichend genau bestimmbar. Das Umlegungsverfahren befand sich im Zeitpunkt des Erlasses des angegriffenen Vorausleistungsbescheides bereits in einem fortgeschrittenen Verfahrensstadium, wie der Entwurf der Umlegungskarte zeigt. Dieser weist im gesamten Umlegungsgebiet die neu zu bildenden Grundstücke sowie die zu ihrer Erschließung erforderlichen Anbaustraßen parzellenscharf aus. Unter Zugrundelegung der Karte lassen sich die südlich der K...straße gelegenen und künftig durch diese erschlossenen Grundstücke und Grundstücksflächen ihrer Größe und ihrem Zuschnitt nach ohne Weiteres bestimmen. Die Umlegungskarte greift dabei die verbindliche Bauleitplanung der Beklagten im Bebauungsplan Nr. 54 auf und setzt die hinteren Grundstücksgrenzen der an die K...straße angrenzenden Grundstücke weitgehend in Übereinstimmung mit der rückwärtigen Plangebietsgrenze fest. Damit sind die durch die K...straße voraussichtlich erschlossenen Flächen im Umlegungsverfahren bestimmbar. Insbesondere ist - unabhängig von noch denkbaren Änderungen des Parzellenzuschnitts - nicht zu erwarten, dass abweichend von der rechtsverbindlichen Bauleitplanung die im Wege der Umlegung neu entstehenden Grundstücke eine größere Tiefe als derzeit geplant aufweisen und die in die Aufwandsverteilung einzubeziehende Grundstücksfläche sich noch vergrößert.
- 24 Die Beklagte hat mit der von ihr erhobenen Vorausleistung schließlich auch einen erheblichen "Sicherheitsabstand" zu dem zu erwartenden Gesamtherstel-

lungsaufwand eingehalten. Der Berechnung der Vorausleistungen hat sie lediglich den in der Vergangenheit für die Herstellung der Baustraße angefallenen Aufwand zugrunde gelegt und damit nur einen geringen Teil des endgültig entstehenden Aufwandes abgerechnet.

- 25 3. Dem Berufungsgericht kann auch nicht in der Annahme gefolgt werden, Fremdfinanzierungskosten seien erschließungsbeitragsrechtlich erst ab dem Zeitpunkt berücksichtigungsfähig, in dem sich die Gemeinde konkret zur erstmaligen Herstellung einer abrechnungsfähigen Erschließungsanlage entschlossen habe und ein Bedarf zur Bereitstellung von Finanzierungsmitteln entstanden sei.
- 26 Das Berufungsgericht geht davon aus, dass die K...straße im dritten Abschnitt als "zumindest streckenweise" im Außenbereich verlaufendes Provisorium hergestellt worden sei und zu diesem Zeitpunkt seitens der Beklagten allenfalls die Absicht bestanden habe, irgendwann in der Zukunft die Baustraße für die Herstellung einer Erschließungsanlage zu verwenden. Diese Pläne seien nicht mit konkreten Kreditbeschaffungskosten für die erstmalige Herstellung einer Erschließungsanlage verbunden gewesen und rechtfertigten es nicht, vom Zeitpunkt ihres Bestehens an Fremdfinanzierungskosten zu Lasten der Beitragspflichtigen in den Aufwand einzubeziehen. Dem folgt der Senat nicht.
- 27 a) In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass zum Erschließungsaufwand im Sinne des § 128 Abs. 1 Satz 1 BauGB auch Fremdfinanzierungskosten namentlich in Gestalt von Zinsen auf von der Gemeinde zur Finanzierung beitragsfähiger Erschließungsanlagen eingesetztes Fremdkapital gehören und die sonstigen Finanzierungsmöglichkeiten vor der (endgültigen) Herstellung der Erschließungsanlage weder wirtschaftlich die Aufnahme verzinslicher Fremdmittel entbehrlich machen noch rechtlich die Anerkennung solcher Zinsen als Kosten ausschließen (BVerwG, Urteile vom 21. Juni 1974 - 4 C 41.72 - BVerwGE 45, 215 <215 f.> und vom 29. Januar 1993 - 8 C 3.92 - Buchholz 406.11 § 128 BauGB Nr. 47 S. 30). Geklärt ist ferner, dass dann, wenn der beitragsfähige Erschließungsaufwand Zinsen für Fremdkapital umfasst, mit diesen Kosten uneingeschränkt auch diejenigen Beitragspflichtigen zu belasten

sind, die eine Vorausleistung erbracht und damit in deren Höhe eine Inanspruchnahme von zu verzinsendem Fremdkapital entbehrlich gemacht haben (BVerwG, Urteil vom 23. August 1990 - 8 C 4.89 - BVerwGE 85, 306 <311 ff.>).

- 28 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich darüber hinaus mit der Frage der erschließungsbeitragsrechtlichen Behandlung einer ehemaligen Außenbereichsstraße befasst und entschieden, dass eine nach dem Willen der Gemeinde endgültig hergestellte und ihre Aufgaben in vollem Umfang erfüllende Außenbereichsstraße, die infolge des Inkrafttretens eines sie umfassenden Bebauungsplans zu einer zum Anbau bestimmten Straße im Sinne des § 127 Abs. 2 Nr. 1 BauGB "umgewandelt" wird, unter dem Gesichtspunkt einer erstmaligen endgültigen Herstellung (§ 133 Abs. 2 Satz 1 BauGB) neu zu beurteilen ist (BVerwG, Urteile vom 21. Oktober 1968 - 4 C 94.67 - Buchholz 406.11 § 127 BBauG Nr. 4 S. 11 und vom 10. Oktober 1995 - 8 C 13.94 - BVerwGE 99, 308 <312, 313 f.>). Bei dieser Beurteilung ist danach zu fragen, ob die Außenbereichsstraße im Zeitpunkt ihrer Umwandlung in eine Anbaustraße erstmalig endgültig hergestellt gewesen ist. War dies der Fall, sind die für die Herstellung der Außenbereichsstraße entstandenen Kosten im Sinne des § 128 Abs. 1 Satz 1 BauGB als beitragsfähig zu qualifizieren und abzurechnen. Ist dagegen im Zeitpunkt der Umwandlung noch keine endgültige Herstellung erreicht gewesen, weil die Außenbereichsstraße noch nicht dem technischen Ausbauprogramm der Gemeinde für Anbaustraßen entsprach, gehen sowohl die vor der Umwandlung als auch die nach der Umwandlung für die Herstellung entstandenen Kosten in den beitragsfähigen Erschließungsaufwand ein (BVerwG, Urteil vom 10. Oktober 1995 - 8 C 13.94 - BVerwGE 99, 308 <314 f.>).
- 29 Nach diesen Grundsätzen spielt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts der Zeitpunkt des konkreten Entschlusses der Gemeinde zur erstmaligen Herstellung einer Erschließungsanlage keine Rolle für die Berücksichtigung von Kosten, die für den Bau einer später in eine Anbaustraße umgewandelte Außenbereichsstraße angefallen sind. Erforderlich, aber auch ausreichend ist vielmehr, dass die Fremdkapitalkosten für die Herstellung der später umgewandelten Außenbereichsstraße tatsächlich aufgewendet wurden. Ein Grund, warum bei der Ermittlung des beitragsfähigen Aufwandes die Fremdkapitalkosten

zur Finanzierung der Herstellung der Außenbereichsstraße unberücksichtigt bleiben sollten, ist nicht zu erkennen. Auch diese Kosten sind - nach Umwandlung der Straße in eine Anbaustraße - den Herstellungskosten für die beitragsfähige Erschließungsanlage hinzuzurechnen.

- 30 Der Auffassung des Berufungsgerichts, es bedürfe eines konkreten Entschlusses der Gemeinde zur erstmaligen Herstellung einer Erschließungsanlage, stehen auch Gründe der Praktikabilität entgegen. So wird es ohne Vorliegen eines - nach der bisherigen Rechtslage nicht erforderlichen - ausdrücklichen Ratsbeschlusses regelmäßig nicht einfach zu ermitteln sein, ob und wann sich die Gemeinde konkret zur erstmaligen Herstellung einer abrechnungsfähigen Erschließungsanlage entschlossen hat.
- 31 b) Können somit Fremdfinanzierungskosten für die Herstellung einer später in eine Anbaustraße umgewandelten Außenbereichsstraße grundsätzlich in den beitragsfähigen Aufwand einbezogen werden, so bedeutet dies nicht, dass die Berücksichtigung von Zinsen für Fremdmittel keinen Einschränkungen unterliegen würde. Eine Grenze ergibt sich in zeitlicher Hinsicht aus dem Entstehen der sachlichen Beitragspflicht für die abgerechnete Erschließungsanlage (BVerwG, Urteile vom 23. August 1990 - 8 C 4.89 - BVerwGE 85, 306 <310 f.> und vom 26. Februar 1993 - 8 C 4.91 - Buchholz 406.11 § 133 BauGB Nr. 117 S. 42 f.). Ferner begründet die entsprechende Anwendung des § 129 Abs. 1 Satz 1 BauGB nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Schutz der Beitragspflichtigen eine äußerste Grenze. Diese wird überschritten, wenn die Kosten in für die Gemeinde erkennbarer Weise eine grob unangemessene Höhe erreichen, d.h. wenn infolge eines der Gemeinde zurechenbaren Verhaltens sachlich schlechthin unvertretbare Mehrkosten entstehen (BVerwG, Urteile vom 14. Dezember 1979 - 4 C 28.76 - BVerwGE 59, 249 <252 f.> und vom 30. Januar 2013 - 9 C 11.11 - BVerwGE 145, 354 Rn. 24 m.w.N.). Solche unvertretbaren Mehrkosten sind etwa dann anzunehmen, wenn die Gemeinde es ohne irgendeinen sachlich vertretbaren Grund unterlässt, die fehlenden Voraussetzungen für das Entstehen der Beitragspflicht herbeizuführen (BVerwG, Urteil vom 23. Februar 2000 - 11 C 3.99 - BVerwGE 110, 344 <353 f.>). Diese Grundsätze sind auch auf die hier gegebene Konstellation an-

wendbar, dass der Beginn der Erschließungsmaßnahme gewissermaßen "vorverlagert" wird auf einen Zeitpunkt, in dem die Anlage, weil im Außenbereich gelegen, noch nicht die Eigenschaft einer beitragsfähigen Anbaustraße besaß. Auch in einem solchen Fall ist zu prüfen, inwieweit sich der Gemeinde hätte aufdrängen müssen, die Beitragspflicht zu einem früheren Zeitpunkt herbeizuführen.

- 32 Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht geprüft, so dass der Senat mangels hinreichender tatsächlicher Feststellungen im Berufungsurteil hierzu keine abschließenden Aussagen treffen kann. Eine Prüfung wird sich insbesondere mit der Frage beschäftigen müssen, ob es sachliche Gründe gab, auf die Aufstellung eines Bebauungsplans und damit auf die Umwandlung der K...straße in eine abrechnungsfähige Anbaustraße bis zum Jahr 2005 zu verzichten. Sollten die Fremdmittel - wofür die Aktenlage spricht - für etwa 20 Jahre in Anspruch genommen worden sein, stellt sich abgesehen von der Frage einer verzögerten Aufstellung eines Bebauungsplans die Frage, ob einer derart langen Laufzeit von Fremdfinanzierungen mit Blick auf die grundgesetzlich geschützte Vermögensdispositionsfreiheit der Bürger unabhängig von einem Verschulden der Gemeinde und vom Entstehen der sachlichen Beitragspflicht Grenzen gesetzt werden müssen (vgl. BVerwG, Urteil vom 23. Februar 2000 - 11 C 3.99 - BVerwGE 110, 344 <354 f.>; gegen eine zeitliche Begrenzung Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 9. Aufl. 2012, § 13 Rn. 26 unter Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 29. Januar 1993 - 8 C 3.92 - Buchholz 406.11 § 128 BauGB Nr. 47 S. 31).
- 33 4. Die Entscheidung der Vorinstanz erweist sich jedoch als im Ergebnis richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO).
- 34 Gemäß § 133 Abs. 3 Satz 1 BauGB darf eine Vorausleistung nur verlangt werden, wenn die endgültige Herstellung innerhalb von vier Jahren zu erwarten ist. Mit diesem Erfordernis hat der Gesetzgeber das ursprünglich in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entwickelte ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Absehbarkeit der Herstellung (vgl. BVerwG, Urteile vom

19. März 1982 - 8 C 34.81 - Buchholz 406.11 § 131 BBauG Nr. 48 S. 53 und vom 8. November 1991 - 8 C 89.89 - BVerwGE 89, 177 <181>) gesetzlich festgeschrieben. Es soll im Interesse der Vorausleistenden verhindern, dass diese über Gebühr lange auf die Beendigung der von ihnen vorfinanzierten Maßnahmen warten müssen; es gilt daher sowohl für die Genehmigungs- als auch die Herstellungsvariante des § 133 Abs. 1 BauGB (vgl. zur Genehmigungsalternative bereits BVerwG, Urteil vom 8. November 1991 - 8 C 89.89 - BVerwGE 89, 177 <181>; s. auch Vogel, in: Brügelmann, BauGB, Stand Oktober 2014, § 133 Rn. 39; Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 133 Rn. 34).

35 Die Absehbarkeit der endgültigen Herstellung verlangt eine an der satzungsmäßigen Merkmalsregelung und dem einschlägigen Bauprogramm ausgerichtete Prognoseentscheidung der Gemeinde, die sich nicht auf das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht, sondern allein auf den Abschluss der kostenverursachenden Erschließungsmaßnahmen bezieht (BVerwG, Urteile vom 8. November 1991 - 8 C 89.89 - BVerwGE 89, 177 <181> und vom 17. November 1995 - 8 C 4.94 - Buchholz 406.11 § 125 BauGB Nr. 33 S. 6). Die Entscheidung darf dabei nicht "ins Blaue hinein" erfolgen, sondern muss auf einer nachvollziehbaren und nachprüfbaren Prognosegrundlage basieren. Dazu wird es regelmäßig sinnvoll sein, in der betreffenden Beschlussvorlage wenigstens knapp zu begründen, worauf sich die Annahme der Gemeinde stützt, die endgültige Herstellung werde innerhalb von vier Jahren zu verwirklichen sein. Ist eine Absehbarkeit in diesem Sinne nicht gegeben, ist ein gleichwohl erlassener Vorausleistungsbescheid (zunächst) rechtswidrig. Wird die voraussichtliche endgültige Herstellung durch die Gemeinde später derart festgelegt, dass sie nunmehr innerhalb eines Zeitraums von vier Jahren nach Erlass des Vorausleistungsbescheides bzw. des Widerspruchsbescheides erfolgen soll, wird der Fehler des Bescheides geheilt und der Bescheid rechtmäßig (BVerwG, Urteile vom 22. Februar 1985 - 8 C 114.83 - Buchholz 406.11 § 133 BBauG Nr. 90 S. 48 und vom 8. November 1991 - 8 C 89.89 - BVerwGE 89, 177 <182>).

36 Gemessen hieran erweist sich der angegriffene Vorausleistungsbescheid als fehlerhaft. Die Beklagte hatte nach den tatsächlichen Feststellungen im Beru-

fungsurteil bei der Beschlussfassung über die Vorausleistungserhebung am 27. September 2007 ausdrücklich erklärt, der Ausbau der K...straße im dritten Abschnitt sei nicht sinnvoll, da noch viele Grundstücke unbebaut seien. Gleichwohl hat sie die Erhebung von Vorausleistungen beschlossen und den angegriffenen Bescheid am 7. März 2008 erlassen. Damit war im maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des Verwaltungsverfahrens - ein Vorverfahren findet in Abgabenangelegenheiten nach niedersächsischem Landesrecht (§ 8a Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 und 3 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a des Niedersächsischen Ausführungsgesetzes zur Verwaltungsgerichtsordnung) nicht statt - die endgültige Herstellung schon nach der Einschätzung der Beklagten nicht innerhalb von vier Jahren zu erwarten. Hieran hat sich durch den Beschluss des Verwaltungsausschusses der Beklagten vom 27. Mai 2010, wonach der dritte Abschnitt der K...straße "in 2012 bzw. spätestens in 2013 ausgebaut (wird)" nichts geändert. Zwar ließ sich diesem Beschluss trotz der nicht auf die endgültige Herstellung, sondern nur den "Ausbau" der Straße abstellenden Formulierung (noch) hinreichend deutlich entnehmen, dass der Verwaltungsausschuss der Beklagten nunmehr die Straße im dritten Abschnitt ebenfalls endgültig herstellen wollte. Es fehlte aber an der zur Fehlerheilung erforderlichen eindeutigen Festlegung des Fertigstellungstermins auf vier Jahre nach Bescheiderlass. Der nicht mit einer Begründung versehene Beschluss eröffnete vielmehr einen zeitlichen Rahmen für die Fertigstellung der Straße, der mehr als eineinhalb Jahre über die von § 133 Abs. 3 Satz 1 BauGB geforderten vier Jahre hinausreicht.

37 5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Dr. Bier

Buchberger

Prof. Dr. Korbmacher

Dr. Bick

Steinkühler

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf
4 417,91 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1, § 52 Abs. 3 GKG).

Dr. Bier

Prof. Dr. Korbmacher

Steinkühler