Straßenausbaubeiträge für die Herstellung von Erschließungsanlagen in Berlin?

Dr. Klaus Herrmann, Potsdam

I. Neuregelung zum Beitragsrecht in Berlin

Mit dem am 25. 3. 2006 in Kraft getretenen Straßenausbaubeitragsgesetz[1] (BerlStrABG) schuf der Berliner Gesetzgeber für die Abgabenerhebung zur Refinanzierung der Kosten für die Verbesserung, Erweiterung und Erneuerung an öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen eine Grundlage. Die Anliegeranteile von bis zu 70 vom Hundert des beitragspflichtigen Aufwands sehen jedenfalls formal eine geringere Belastung der Beitragspflichtigen mit den Kosten einer Straßenbaumaß

1 Vom 16. 3. 2006, GVBl S. 265.

nahme vor als im Erschließungsbeitragsgesetz[2] (BerlEBG), bei dem der Anliegeranteil durchgängig 90 vom Hundert beträgt (vgl. § 9 BerlEBG)[3]. Gleichzeitig schuf der Gesetzgeber mit § 15a I BerlEBG eine Übergangsregelung, wonach bei Erschließungsanlagen, die vor dem 3. 10. 1990 endgültig oder teilweise hergestellt worden sind und für Verkehrszwecke genutzt wurden, keine Erschließungsbeiträge mehr erhoben werden dürfen[4].

Zugleich wollte der Gesetzgeber die Bezirksverwaltungen zur kurzfristigen Abrechnung von erschließungsbeitragsfähigen Straßenbaumaßnahmen bewegen: Nach § 15a II BerlEBG darf ein Erschließungsbeitrag bei endgültig oder teilweise hergestellten Erschließungsanlagen nicht mehr erhoben werden, wenn die Erschließungsanlage seit dem Tag der Verkehrsübergabe mehr als 15 Jahre für Verkehrszwecke genutzt wurde. Sowohl dem Senat als auch den Koalitionsfraktionen (SPD und PDS) war bekannt, dass § 15a II BerlEBG die noch offene Beitragserhebung bei zahlreichen hergestellten Erschließungsanlagen ausschließt. Dass mit der Verabschiedung von § 15a II BerlEBG auf Forderungen des Landes Berlin in Millionenhöhe verzichtet würde, zieht sich wie ein roter Faden durch die Redebeiträge in der Sitzung des Ausschusses für Bauen, Wohnen und Verkehr vom 1. 3. 2006[5]. Der Alternativantrag, den Bezirksverwaltungen eine Übergangszeit von nicht einmal sechs Monaten zuzugestehen, um die Beitragspflichtigen für fertiggestellte Erschließungsanlagen zu veranlagen, wurde von der Mehrheit im Abgeordnetenhaus abgelehnt[6]. In seiner Gesetzesbegründung zum BerlStrABG wies der Senat zudem daraufhin, dass die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes begonnenen oder abgeschlossenen Ausbaumaßnahmen grundsätzlich beitragsfrei bleiben sollten. Jedenfalls bei abgeschlossenen Ausbaumaßnahmen sei die Erhebung eines Straßenausbaubeitrags durch das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot ausgeschlossen[7].

II. Beitragsfähige Ausbaumaßnahmen nach § 1 I BerlStrABG

Die von einigen Bezirksverwaltungen erwogene Beitragserhebung „analog" § 1 BerlStrABG berührt grundsätzliche Fragen des kommunalen Abgabenrechts. Weil man auf die Beitragseinnahmen nicht verzichten möchte, werden auf Bezirksebene Überlegungen angestellt, die Finanzierungslücke als „Regelungslücke" zu beschreiben, um für die von der Beitragserhebung ausgeschlossenen Erschließungsmaßnahmen „entsprechend" dem Straßenausbaubeitragsrecht Beiträge zu erheben[8]. So viel (Un-)Verständnis man für diese Erschwernisse bei der Refinanzierung des Straßenbaus auch aufbringen mag, stößt doch die Erhebung von Straßenausbaubeiträgen zur Finanzierung der erstmaligen endgültigen Herstellung von Erschließungsanlagen an rechtliche Grenzen.

Zunächst ist es aber notwendig, die Ausbaumaßnahmen genau zu bezeichnen, die nach § 1 I BerlStrABG beitragspflichtig sind: Außer Streit steht, dass Straßenbaumaßnahmen zur Erneuerung, Erweiterung oder sonstigen Verbesserung an Verkehrsanlagen jedenfalls dann zu einer Beitragserhebung bei den Anliegern führen, wenn die Beteiligung der Beitragspflichtigen gem. § 3 III BerlStrABG und die Ausschreibung der Bauleistungen nach dem 25. 3. 2006 stattfand. Indem die „Übergangsvorschrift" des § 25 BerlStrABG auf diese frühen Verfahrensstufen der Ausbauplanung abstellt, schließt sie Ausbaumaßnahmen i.S.d. § 1 I BerlStrABG von der Beitragserhebung aus, bei denen – chronologisch rückblickend – der Eingang sämtlicher Unternehmerrechnungen, die Verkehrsübergabe, die bauvertragliche Abnahme der Straßenarbeiten, der Baubeginn, die „Entscheidung über die durchzuführende Ausbauvariante" (§ 3 III 7 BerlStrABG am Anfang) oder die Zustimmung der Bezirksverordnetenversammlung bzw. des zuständigen Ausschusses des Abgeordnetenhauses (§ 3 III 7 BerlStrABG am Ende) vor dem 25. 3. 2006 erfolgten[9].

Ungeachtet der Frage, ob diese Straßenbauvorhaben schon durch § 25 BerlStrABG einer Straßenausbaubeitragsabrechnung entzogen sind, könnten die Kosten zum erschließungsbeitragsfähigen Aufwand zählen, weil sie nicht für die Erneuerung und Verbesserung einer vorhandenen Erschließungsanlage, sondern noch immer für den Abschluss der geplanten Arbeiten zur erstmaligen endgültigen Herstellung eingesetzt wurden.

Das *BVerwG* geht von einer strikten Trennung der Abgabentatbestände aus, die letztlich auch § 128 II BauGB zugrunde lag. Ob eine Straßenbaumaßnahme erschließungsbeitragspflichtig oder eine nach Maßgabe landesrechtlicher Straßenbaubeiträge beachtliche Erneuerung oder Verbesserung darstellt, hängt davon ab, ob der vorangegangene Ausbau die an eine erstmalige Herstellung zu stellenden Anforderungen erfüllt hat[10]. Die Erschließungsbeitragspflicht für die erstmalige Herstellung könne nur ein einziges Mal entstehen und entfalte auf diese Weise „abschirmende Wirkung" gegen materielle Doppelbelastungen. Bei den in § 127 II BauGB genannten Erschließungsanlagen folgten deshalb das Erschließungsbeitragsrecht und das Ausbaubeitragsrecht potenziell aufeinander – beide Rechtskreise sind überschneidungsfrei voneinander abzugrenzen[11].

Maßgeblich für die rechtliche Qualifikation der Straßenbaumaßnahmen ist die Frage, ob sie auf die erstmalige Herstellung einer Verkehrsanlage oder deren spätere Erweiterung, Verbesserung oder Erneuerung ausgerichtet sind[12]. Baumaß-

2 Vom 12. 7. 1995, GVBl S. 444, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19. 6. 2006, GVBl S. 573.
3 Siehe die einführende Darstellung von *Silberg*, LKV 2007, 51 ff.
4 Vgl. *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 21. 1. 2008 – 10 S 25.07, LKV 2009, 132, in diesem Heft; Urt. v. 11. 7. 2006 – 9 B 4.05, juris, Rn. 70.
5 Vgl. AH-Inhaltspr BauWohnV 15/66 durchgehend.
6 Vgl. AH-Dr 15/4738-1, AH-Plenarpr 15/82, S. 7085; vgl. auch *OVG Berlin-Brandenburg*, LKV 2009, 132, in diesem Heft; Urt. v. 11. 7. 2006 – 9 B 4.05 –, juris, Rn. 72.
7 Vgl. AH-Dr 15/4408, S. 38.
8 Vgl. *Zepf*, LKV 2009, 103, in diesem Heft.
9 Vgl. zur Zustimmung der Bezirksverordnetenversammlung *Durinke*, LKV 2009, 109, in diesem Heft.
10 Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 10. 10. 1995 – 8 C 13/94, NVwZ 1996, 799.
11 Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 26. 2. 1992 – 8 C 70/89, NVwZ 1992, 668 (669).
12 Vgl. *OVG Weimar*, Beschl. v. 30. 6. 2003 – 4 EO 206/96, LKV 2004, 39.

nahmen auf der Grundlage eines Bauprogramms, das auf die Erneuerung einer vorhandenen, zuvor erstmalig endgültig hergestellten Straße abzielten, können – unter der oben genannten Einschränkung (§ 25 BerlStrABG) – einen straßenausbaubeitragsfähigen Aufwand verursachen. Dienten die Baumaßnahmen aber der Vervollständigung einer unfertigen Anbaustraße i.S.v. § 127 II Nr. 1 BauGB, zielten also auf die erstmalige endgültige Herstellung ab, handelt es sich schon nicht mehr um i.S.v. § 1 I BerlStrABG beitragspflichtige „Ausbaumaßnahmen". Dabei stellt das Bauprogramm den Maßstab auch für die erschließungsbeitragsrechtliche Beurteilung dar, welche Maßnahmen bei der konkreten Einzelanlage zur erstmaligen endgültigen Herstellung führen. Es kann formlos erstellt und uneingeschränkt geändert werden, solange die Straße insgesamt nicht den für sie darin gestellten Anforderungen entspricht[13].

Entscheidungen wie das Urteil des früheren *OVG Berlin* vom 7. 9. 2000 überschritten dabei freilich die Vorstellungskraft selbst umsichtiger Grundstückseigentümer: Bei einer zwischen 1916 und 1929 angelegten Ortsstraße in Neukölln, bei der das ursprüngliche Ausbauprogramm auch durch weitere Straßenbauarbeiten ab 1952 nicht vollständig verwirklicht worden ist, entstand die sachliche Erschließungsbeitragspflicht erst mit Abschluss des rückständigen Grundstückserwerbs im Sept. 1990, wobei die Straße freilich seit Anfang des 20. Jh. für den öffentlichen Verkehr genutzt wurde[14]. Dass der Gesetzgeber bei der Neuregelung vom 16. 3. 2006 sowohl für den Ausschluss der Erschließungsbeitragspflicht gem. § 15a I BerlEBG als auch für das Verbot der Erhebung von Erschließungsbeiträgen gem. § 15a II BerlEBG an den Zeitpunkt der Verkehrsübergabe anknüpft, trägt der berechtigten Erwartung der Anlieger Rechnung, dass ihre Kostenbeteiligung für die „sichtbaren" Erschließungsarbeiten zeitnah abgerechnet wird[15].

III. Zur Rückwirkung und Analogiefähigkeit des BerlStrABG

Die Idee einer rückwirkenden analogen Anwendung des BerlStrABG auf Erschließungsmaßnahmen ist mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbaren: Die analoge Anwendung von Abgabenermächtigungen auf Sachverhalte außerhalb des ausdrücklich geregelten Abgabentatbestandes oder zeitlichen Geltungsbereichs ist ausgeschlossen, jedenfalls solange dies zu einer Belastung der Normenadressaten führt. Der rechtsstaatliche (Art. 20 III GG) „Vorbehalt des Gesetzes" ist im Hinblick auf die Abgabenerhebung besonders formalisiert: Steuerpflichten und spezielle Abgabenlasten dürfen nur durch ein Parlamentsgesetz auferlegt werden – Belastungen aufgrund eines Gesetzes, d.h. durch untergesetzliche Normensetzungen, sind ebenso ausgeschlossen wie Abgabeneingriffe kraft Verwaltungsermessens oder durch analoge Anwendung geltender Abgabennormen[16]. Zudem bedarf es nach Art. 14 I GG einer – auch insgesamt verfassungsmäßigen – gesetzlichen Bestimmung über den Inhalt des Eigentumsrechts, insbesondere zur Abgabenerhebung beim Grundstückseigentümer. Jedenfalls kann die in der Abgabenerhebung liegende Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) nur durch Vorschriften gerechtfertigt werden, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind und deshalb zur verfassungsmäßigen Ordnung gehören.

Eine „analoge" Anwendung des Straßenausbaubeitragsrechts scheitert nicht nur an einer unzulässigen Rückwirkung einer Beitragspflicht für Tatbestände, die vor dem Inkrafttreten des BerlStrABG lagen[17]. Darüber hinaus gilt der in § 38 AO zum Ausdruck gebrachte Grundsatz des öffentlichen Abgabenrechts, dass Abgaben nur nach Maßgabe eines gesetzlichen Abgabentatbestandes erhoben werden dürfen, auch für das kommunale Beitragsrecht. Nach dem Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit abgabenrechtlicher Regelungen müssen die maßgeblichen Voraussetzungen – Abgabesubjekt, Abgabeobjekt, Bemessungsgrundlage und Abgabesatz – im Gesetz selbst angegeben werden[18]. Die Begründung einer abgewandelten Abgabenpflichtigkeit von Straßenbaumaßnahmen, deren Abgabenfreiheit der Gesetzgeber ausdrücklich angeordnet hat, geht aber über die vom *BVerwG* tolerierten Vollzugsunschärfen einer Abgabenermächtigung weit hinaus. Die Beitragserhebung contra legem hat auch nichts gemein mit der Auslegung von Abgabentatbeständen zum Schließen von Regelungslücken[19].

IV. Straßenausbaubeiträge bei fertiggestellten Erschließungsanlagen (§ 15a I BerlEBG)

§ 15a I BerlEBG sollte die als unbillig empfundene Rechtsspaltung durch unterschiedliche Übergangsvorschriften im Ost- und Westteil der Stadt beseitigen: Im Beitrittsgebiet findet § 242 I BauGB bekanntlich keine Anwendung[20]. § 242 IX BauGB stelle gegenüber § 242 I BauGB eine Privilegierung dar, weil nicht allein auf die Erschließungsanlage insgesamt abgestellt, sondern auch die Erschließungsbeitragspflicht von fertiggestellten Teileinrichtungen ausgeschlossen wird[21].

Gleichwohl sollte die Übergangsvorschrift in der Vergangenheit festgesetzte Erschließungsbeitragspflichten unberührt lassen, d.h. das seit dem 3. 10. 1990 bestehende Nebeneinan-

---

13 *BVerwG*, Urt. v. 18. 1. 1991 – 8 C 14.89, BVerwGE 87, 288 = NVwZ 1992, 492; vgl. auch *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl. (2007), § 11 Rn. 49, § 13 Rn. 54.

14 Vgl. *OVG Berlin*, Urt. v. 7. 9. 2000 – 5 B 18.98, juris.

15 Vgl. zum Zeitpunkt der Entstehung der sachlichen Straßen-(aus)baubeitragspflicht nach § 8 I BbgKAG *OVG Frankfurt (Oder)*, Beschl. v. 2. 8. 2002 – 2 A 682/01.Z, LKV 2003, 92 m.w.N.

16 Vgl. *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG (Stand Okt. 2008), Art. 14, Rn. 182; vgl. jüngst zur fehlenden gesetzlichen Ermächtigung für eine kommunale Abgabenerhebung *VG Frankfurt (Oder)*, Urt. v. 6. 10. 2008 – 5 K 2175/04, LKV 2009, 94.

17 Vgl. *Brockmeyer*, in: *Klein*, AO, Kommentar, 8. Aufl. 2003, § 38 AO, Rn. 11.

18 Vgl. *BVerwG*, Beschl. v. 20. 8. 1997 – 8 B 170/97, NVwZ 1998, 408 (409 m.w.N.).

19 Vgl. etwa zur jüngst entdeckten Abgabenrechtsfähigkeit der GbR: *Kreuter*, NVwZ 2008, 360.

20 Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 18. 11. 2002 – 9 C 2/02, LKV 2003, 227; *OVG Greifswald*, Beschl. v. 3. 6. 1996 – 6 M 20/95, LKV 1997, 225.

21 Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 18. 11. 2002 – 9 C 2.02, LKV 2003, 227; Urt. v. 11. 7. 2007 – 9 C 5/06, LKV 2008, 171.

der der Übergangsvorschriften nur mit Wirkung für die Zukunft vereinheitlichen[22]. Das *OVG Berlin-Brandenburg* hat die – für den Abgabenschuldner günstige – rückwirkende Anwendung des § 15a I BerlEBG auf einen vor dem 25. 3. 2006 erlassenen Erschließungsbeitragsbescheid abgelehnt[23]: „Gesetze erfassen, wenn sie – wie hier – eine rückwirkende Geltung nicht ausdrücklich normieren, grundsätzlich nur zukünftige Sachverhalte. Ohne ausdrückliche Rückwirkungsanordnung kann deshalb ein Gesetz im Wege der Auslegung nur dann Rückwirkung beigemessen werden, wenn hierfür andere vergleichbare eindeutige Anhaltspunkte bestehen. Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gebieten, dass der Gesetzgeber mit hinreichender Klarheit deutlich macht, zu welchem Zeitpunkt ein Gesetz in Kraft treten bzw. auf welche Sachverhalte es in zeitlicher Hinsicht angewandt werden soll, weil die Normadressaten, die Exekutive und die Rechtsprechung auf möglichst einfache Weise feststellen können müssen, von wann ab die neue Vorschrift eingreift. Ergibt die Auslegung der Norm nach herkömmlichen Methoden, dass es nach den im Normgehalt manifestierten objektiven Willen des Gesetzgebers an einer eindeutigen Regelung fehlt, wonach die neue Vorschrift auch auf Sachverhalte in der Vergangenheit anzuwenden wäre, verbleibt es bei dem Grundsatz, dass die neue Vorschrift sich nur auf neue Sachverhalte – hier: die Entstehung der sachlichen Beitragspflicht nach In-Kraft-Treten des Gesetzes – bezieht."

Unter Verweis auf die oben dargestellte Abgrenzung geht das *OVG Berlin-Brandenburg* auch davon aus, dass bei einer gem. § 127 I BauGB grundsätzlich erschließungsbeitragspflichtigen Straßenbaumaßnahme, für die nur die §§ 242 I, IX BauGB bzw. § 15a I BerlEBG sachliche Erschließungsbeitragspflichten ausschließen, nicht auf die Erhebung von Straßenausbaubeiträgen ausgewichen werden kann: Erschließungsbeiträge beträfen die „erstmalige" Herstellung von Straßen und sonstigen Erschließungsanlagen. Dagegen gehe es bei dem Straßenausbaubeitrag um die Deckung des Aufwandes für die „Verbesserung, Erweiterung und Erneuerung" von Verkehrsanlagen, womit an eine schon durchgeführte erstmalige Herstellung angeknüpft wird. Das BerlStrABG sähe keinen Beitragstatbestand für Straßenbaumaßnahmen zur erstmaligen endgültigen Herstellung von Verkehrsanlagen vor, bei denen die Erhebung von Erschließungsbeiträgen durch § 15a I BerlEBG ausgeschlossen worden ist[24].

V. Straßenausbaubeiträge bei ausgeschlossener Erschließungsbeitragserhebung (§ 15a II BerlEBG)

Für das *OVG Berlin-Brandenburg* betrifft § 15a II 1 BerlEBG nicht die Frage des Entstehens sachlicher Erschließungsbeitragspflichten (vgl. insofern §§ 133 II, 242 I und IX BauGB)[25]. Die Vorschrift enthalte ein Verbot zur Erhebung von Erschließungsbeiträgen und schließe die Festsetzung entstandener oder im Entstehen begriffener Erschließungsbeitragspflichten auf der Bescheidebene aus. Sie schließe aber nur die Neubegründung von Beitragsschuldverhältnissen aus und lässt vor dem 25. 3. 2006 ergangene Erschließungsbeitragsbescheide unberührt[26]. Das *OVG Berlin-Brandenburg* musste bislang nicht entscheiden, ob auch dem Verbot der Erhebung von Erschließungsbeiträgen bei entstandener sachlicher Erschließungsbeitragspflicht (vgl. § 15a II BerlEBG) eine § 15a I BerlEBG vergleichbare Sperrwirkung für die Erhebung von Straßenausbaubeiträgen zukommt. Enthält aber § 15a II BerlEBG ein Festsetzungsverbot für entstandene erschließungsbeitragsrechtliche Ansprüche, ist kein Grund erkennbar, die „Sperrwirkung" für Erschließungsanlagen nicht auch § 15a II BerlEBG zuzumessen[27]. Bei den von § 15a I und II BerlEBG erfassten Baumaßnahmen zur erstmaligen Herstellung von Verkehrsanlagen werden Beitragsbescheide deshalb vom Verwaltungsgericht aufgehoben werden, egal ob sie auf das Straßenausbaubeitrags- oder das Erschließungsbeitragsrecht gestützt worden sind[28].

Die „analoge" Anwendung von § 1 I BerlStrABG auf die von § 15a II BerlEBG erfassten Straßenbaumaßnahmen wird auch nicht durch eine „unerträgliche Ungleichbehandlung" gerechtfertigt, weil es den Anliegern nicht zu vermitteln sei, dass für Teile oder Abschnitte von Erschließungsanlagen kein Beitrag erhoben werden darf. In Anbetracht der Gesetzesbindung der Abgabenerhebung stellt gerade der Zeitpunkt des Inkrafttretens eines Abgabengesetzes und damit die Entstehung einer sachlichen Beitragspflicht oder ihre Durchsetzbarkeit einen sachlichen Anknüpfungspunkt dar. Es liegt in der Natur der Sache, dass generalisierende Übergangsvorschriften (§§ 242 I, 246a I Nr. 11, 246a Abs. 4 bzw. § 242 IX BauGB) – ihrem Zweck entsprechend – bei einzelnen Anlagen zur Beitragsfreiheit führen. Mit dem Verbot der Erhebung von Erschließungsbeiträgen gem. § 15a II BerlEBG hat der Gesetzgeber Rechtssicherheit und Rechtsfrieden – wie bei den Vorschriften über die Verjährung von Abgabenansprüchen – Vorrang vor der Abgabenerhebungspflicht eingeräumt[29].

---

22 Vgl. AH-Dr 15/4738, S. 2.
23 Vgl. *OVG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 11. 7. 2006 – 9 B 4.05, juris, Rn. 69.
24 Vgl. *OVG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 11. 7. 2006 – 9 B 4.05, juris, Rn. 73.
25 *OVG Berlin-Brandenburg*, LKV 2009, 132, in diesem Heft.
26 Vgl. *OVG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 11. 7. 2006 – 9 B 4.05, juris, Rn. 77.
27 Vgl. *OVG Berlin-Brandenburg*, LKV 2009, 132, in diesem Heft.
28 Vgl. zur Austauschbarkeit der Begründung bei einer fälschlich gewählten Beitragsart *BVerwG*, Urt. v. 27. 10. 1993 – 8 C 33/92, NVwZ 1994, 903; Urt. v. 9. 12. 1988 – 8 C 72/87, NVwZ-RR 1989, 497; Urt. v. 18. 11. 2002 – 9 C 2/02, LKV 2003, 227; *OVG Weimar*, Beschl. v. 27. 4. 2006 – 4 EO 1089/04, KStZ 2007, 11.
29 Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 18. 3. 1988 – 8 C 92/87, BVerwGE 79, 163 = NVwZ 1989, 159.