

Innenministerium | Postfach 71 25 | 24171 Kiel

Kreise  
kreisfreie Städte  
Städte über 20.000 Einwohnerinnen  
und Einwohner  
Landrätin und Landräte der Kreise  
als Kommunalaufsichtsbehörden

Kreis Rendsburg-Eckernförde
Eing.: 06. NOV. 2009
FB/FD: 2.5

Ihr Zeichen: /  
Ihre Nachricht vom: /  
Mein Zeichen: IV 322. - 162.723/715  
Meine Nachricht vom: /

Gudrun Fornahl  
Gudrun.Fornahl@im.landsh.de  
Telefon: 0431 988-3119  
Telefax: 0431 988-3140

30. Oktober 2009

1 Ex. an FB § Q

## Erhebungspflicht für Straßenausbaubeiträge

Sehr geehrte Damen und Herren,

aus geg. Veranlassung weise ich darauf hin, dass nach von hier vertretener Auffassung Straßenausbaubeiträge zu erheben sind – und damit auch der Erlass einer Ausbaubeitragsatzung zwingend ist, wenn eine beitragsfähige Maßnahme geplant ist.

Die Gemeinden in Schleswig-Holstein sind nach der geltenden Rechtslage gem. § 8 KAG berechtigt und gem. § 76 GO (Vorrang der Beitragserhebung vor Steuerfinanzierung) verpflichtet, Straßenausbaubeiträge zu erheben. In der neueren Literatur und Rechtsprechung wird die Auffassung vertreten, der Verzicht auf den Erlass einer Beitragsatzung stelle eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht dar, der eine entsprechende Bestrafung des Bürgermeisters sowie der Mitglieder der Selbstverwaltung nach sich ziehen könne, soweit diese nicht alles ihnen Mögliche unternehmen, um der Beitragserhebungspflicht der Gemeinde nachzukommen.

So hat das OLG Naumburg mit Urteil vom 18.07.2007, AZ.: 2 Ss 188/07, entschieden, dass sich die Mitglieder eines Gemeinderates wegen Untreue (§ 266 StGB) strafbar machen können, wenn sie eine vom Gesetzgeber angeordnete Verpflichtung zur Erhebung von Straßenausbaubeiträgen dadurch verletzen, dass sie die Durchführung einer beitragsfähigen Straßenbaumaßnahme beschließen, ohne zuvor die für eine Beitragserhebung erforderliche Beitragsatzung zu erlassen.

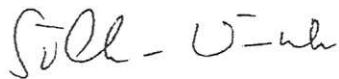
Prof. Driehaus hat in einem Aufsatz in der Kommunalen Steuerzeitschrift vom Juni 2008, Seite 101 ff, auf die Strafbarkeit einer Verletzung der Beitragserhebungspflicht hingewiesen; er kommt in seinem Beitrag zu dem Ergebnis, dass sich aus den Kommunalabgabengesetzen in Verbindung mit den haushaltsrechtlichen Vorschriften über die Einnahmbeschaffungsgrundsätze in den Gemeindeordnungen in fast allen Bundesländern eine Beitragserhebungspflicht ergibt; das gilt auch für Schleswig-Holstein.

Bei einem Verstoß gegen die Beitragserhebungspflicht ist die Kommunalaufsichtsbehörde grundsätzlich zu einem Einschreiten verpflichtet, da sie sicherzustellen hat, dass die Ge-

meinden die geltenden Gesetze beachten (Art. 20 Abs. 3 GG). Dieses Verfassungsgebot erfordert bei eindeutigen Rechtsverstößen ein rechtsaufsichtliches Einschreiten. Die Kommunalaufsichtsbehörde muss eine Verletzung der Beitragserhebungspflicht beanstanden und anordnen, dass die Gemeinde in einer angemessenen Frist ihrer Verpflichtung zur Abgabenerhebung nachkommt. Die Aufsichtsbehörde kann die Entscheidung im Wege der Ersatzvornahme selbst treffen, wenn die Gemeinde der Anordnung nicht nachkommt.

Die Landrätin und die Landräte als Kommunalaufsichtsbehörden bitte ich, die ihrer Aufsicht unterliegenden Gemeinden von diesem Erlass zu unterrichten.

Mit freundlichen Grüßen



Manuela Söller-Winkler

# Kommunale Steuer-Zeitschrift

Zeitschrift für das gesamte Gemeindeabgabewesen

HEFT 6

JUNI 2008

57. JAHRGANG

## Erschließungs- oder Straßenbaubeiträge sowie Strafbarkeit einer Verletzung der Erhebungspflicht

Von Prof. Dr. Hans-Joachim Driehaus, Berlin\*

### I. Einleitung

Je ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts<sup>1)</sup> und des Oberlandesgerichts Naumburg<sup>2)</sup> aus dem vorigen Jahr haben die Abgrenzung zwischen den Anwendungsbereichen des Erschließungs- und des Straßenbaubeitragsrechts in den neuen Bundesländern einerseits und die Strafbarkeit einer Verletzung der sowohl im Erschließungs- als auch im Straßenbaubeitragsrecht angeordneten Beitragserhebungspflicht andererseits schlaglichtartig in das Blickfeld beitragsrechtlicher Diskussionen gerückt. In der ersten Entscheidung hat sich das Bundesverwaltungsgericht erstmals ausführlich mit der für die neuen Bundesländer einschlägigen Überleitungsvorschrift des § 242 Abs. 9 BauGB befasst. Mit der zweiten Entscheidung hat das Oberlandesgericht Naumburg in dritter Instanz erkannt, dass sich die Mitglieder eines Gemeinderats wegen einer Untreue in Gestalt des Treubruchs strafbar machen können, wenn sie die von einem Gesetzgeber angeordnete Verpflichtung zur Erhebung von Straßenbaubeiträgen dadurch verletzen, dass sie einstimmig die Durchführung einer (beitragsfähigen) Straßenbaumaßnahme beschließen, ohne zuvor die für eine Beitragserhebung erforderliche Beitragssatzung zu erlassen. Die beiden Urteile sollen im Folgenden unter Skizzierung ihres jeweiligen rechtlichen Rahmens vorgestellt und ihre Auswirkungen behandelt werden, wobei — und das liegt angesichts der Einbeziehung des Straßenbaubeitragsrechts nahe — einzig auf öffentliche zum Anbau bestimmte Straßen im Sinne des § 127 Abs. 2 Nr. 1 BauGB (Anbaustraßen) als Gegenstand beitragsfähiger Ausbaumaßnahmen abgestellt wird.

### II. Erschließungs- oder Straßenbaubeiträge

#### 1. Überleitungsvorschrift des § 242 Abs. 9 BauGB

a) Ebenso wie beim Erlass des Bundesbaugesetzes im Jahre 1960 sah sich der Bundesgesetzgeber bei der Ausweitung des Anwendungsbereichs der erschließungsbeitragsrechtlichen Vorschriften des Baugesetzbuchs auf die neuen Bundesländer im Jahre 1990 vor die Frage gestellt, ob die Kosten für beitragsfähige Ausbaumaßnahmen an Anbaustraßen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des seinerzeitigen Bundesbaugesetzes bzw. im Zeitpunkt des Bei-

tritts der vormaligen Deutschen Demokratischen Republik zur Bundesrepublik schon existent waren, nach den Regeln des Erschließungsbeitragsrechts abgerechnet werden sollten oder — soweit das landesrechtlich vorgesehen ist<sup>3)</sup> — nach denen des Straßenbaubeitragsrechts. Diese Frage hat er für die alten Bundesländer (außer Westberlin)<sup>4)</sup> in der Überleitungsvorschrift des § 242 Abs. 1 BauGB, für die neuen Bundesländer (außer Ostberlin)<sup>4)</sup> in der Überleitungsvorschrift des § 242 Abs. 9 BauGB beantwortet.

§ 242 Abs. 9 Satz 1 BauGB schließt — in den neuen Bundesländern außer Ostberlin — die Erhebung von Erschließungsbeiträgen für Baumaßnahmen an „Erschließungsanlagen und Teile(n) von Erschließungsanlagen“ aus, die vor dem am 3. 10. 1990 vollzogenen Beitritt der vormaligen Deutschen Demokratischen Republik bereits hergestellt worden waren; er verdrängt im Beitrittsgebiet die Überleitungsvorschrift des § 242 Abs. 1 BauGB<sup>5)</sup>. Als Sonderregelung für die neuen Bundesländer ist § 242 Abs. 9 BauGB in deren Gebiet auch dann anwendbar, wenn Erschließungsanlagen oder Teile von Erschließungsanlagen bereits vor dem Zweiten Weltkrieg und damit vor Entstehen der Deutschen Demokratischen Republik hergestellt worden sind. Trifft das zu, kann eine Ausbaumaßnahme, die nach Inkrafttreten des Kommunalabgabengesetzes in einem der neuen Bundesländer an der seinerzeit bereits hergestellten Erschließungsanlage oder an einem ihrer seinerzeit bereits hergestellten Teile durchgeführt worden ist, einzig eine Beitragspflicht nach Maßgabe der straßenbaubeitragsrechtlichen Vorschriften auslösen. § 242 Abs. 9 Satz 1 BauGB schließt nur die Erschließungsbeitragserhebung für vor dem 3. 10. 1990 bereits hergestellte Erschließungsanlagen und Teilanlagen aus; aus dieser zeitlichen Beschränkung folgt, dass diese Vorschrift keine Sperrwirkung für die Erhebung von Erschließungsbeiträgen mit Blick auf Erschließungsanlagen begründet, die erst nach dem 3. 10. 1990 angelegt worden sind.

b) Zwar sagt § 242 Abs. 9 Satz 1 BauGB nicht ausdrücklich, was unter „Erschließungsanlagen“ und „Teile von Er-

\* Der Autor ist freier Mitarbeiter in der Sozietät Kärger de Maizière & Partner in Berlin; er war zuvor von 1997 bis 2005 Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht.

1) BVerwG, Urteil v. 11. 7. 2007 — 9 C 5.06 — KStZ 2007, 214 = DVBl 2007, 1366 = ZMR 2008, 166.

2) OLG Naumburg, Urteil v. 18. 7. 2007 — 2 Ss 188/07 —.

3) Die Erhebung von Straßenbaubeiträgen ist — außer in Baden-Württemberg — in allen Bundesländern vorgesehen.

4) In Berlin hat der dortige Gesetzgeber durch die Bestimmung des § 15 a EBG im Jahre 2006 die bis dahin maßgeblichen Überleitungsvorschriften des § 242 Abs. 1 BauGB (Westberlin) und § 242 Abs. 9 BauGB (Ostberlin) ersetzt und so ein einheitliches Überleitungsrecht für das gesamte Land Berlin geschaffen (vgl. dazu im Einzelnen Driehaus/Kärger, Straßenbaubeitragsrecht in Berlin, § 1 Rn. 16 ff.).

5) BVerwG, Urteil v. 18. 11. 2002 — 9 C 2.02 — DVBl 2003, 338 = DÖV 2003, 333 = LKV 2003, 227.

schließungsanlagen“ zu verstehen ist. Doch ergibt sich aus dem mit dieser Vorschrift verfolgten Zweck, für bestimmte Konstellationen die Erhebung von Erschließungsbeiträgen nach den §§ 127 ff. BauGB zu verhindern, ohne weiteres, dass mit „Erschließungsanlagen“ die in § 127 Abs. 2 BauGB abschließend aufgezählten beitragsfähigen Erschließungsanlagen gemeint sind<sup>6)</sup>. Aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber den Begriff „Teile von Erschließungsanlagen“ außer in § 242 Abs. 9 Satz 1 BauGB auch in § 127 Abs. 3 BauGB verwandt hat und keinerlei Anhaltspunkte dafür erkennbar sind, er habe ihm hier einen anderen Inhalt als dort geben wollen, drängt sich die Annahme auf, unter „Teile von Erschließungsanlagen“ seien mit Blick auf Anbaustraßen (nicht Teilstrecken im Sinne von Abschnitten — § 130 Abs. 2 Sätze 1 und 2 BauGB —, sondern) Teileinrichtungen wie Fahrbahn, Gehwege, Radwege, Beleuchtung und Entwässerung zu verstehen, die sich regelmäßig durch die ganze Länge der Erschließungsanlage ziehen<sup>7)</sup>. Da die Tatbestandsmerkmale „Erschließungsanlagen“ und „Teile von Erschließungsanlagen“ in § 242 Abs. 9 Satz 1 BauGB auf den 3. Oktober 1990 ausgerichtet sind, sind von ihm nicht erfasste Verkehrsanlagen, die bis zu diesem Zeitpunkt mangels Öffentlichkeit oder wegen ihrer Lage im Außenbereich keine beitragsfähigen Erschließungsanlagen waren<sup>8)</sup>.

c) Anders als die Überleitungsvorschrift des § 242 Abs. 1 BauGB bezieht § 242 Abs. 9 Satz 1 BauGB „Teile von Erschließungsanlagen“ in seine Regelung ein. Diesem Unterschied kommt erhebliches rechtliches Gewicht zu. § 242 Abs. 1 BauGB stellt ab auf eine Erschließungsanlage insgesamt; sie ist als solche entweder eine vorhandene Erschließungsanlage im Sinne dieser Vorschrift oder sie ist es nicht. Zwar regelt § 242 Abs. 9 Satz 1 BauGB eine entsprechende Fallgestaltung mit der „bereits hergestellten Erschließungsanlage“ insgesamt; insoweit nimmt er nämlich aus dem Anwendungsbereich des Erschließungsbeitragsrechts aus alle Konstellationen, in denen eine vor dem 3. Oktober 1990 insgesamt bereits hergestellte Erschließungsanlage nach diesem Zeitpunkt ausgebaut und abgerechnet wird. Überdies aber nimmt § 242 Abs. 9 Satz 1 BauGB — insoweit über § 242 Abs. 1 BauGB hinausgehend — aus dem Anwendungsbereich des Erschließungsbeitragsrechts aus auch Konstellationen, in denen lediglich eine oder einzelne Teileinrichtung(en) ausgebaut wird (werden), die vor dem 3. 10. 1990 — anders als die Erschließungsanlage insgesamt — bereits hergestellt war(en). § 242 Abs. 9 Satz 1 BauGB begründet eine zulässige Privilegierung von Anliegern in den neuen Bundesländern gegenüber solchen in den Altbundesländern<sup>9)</sup>. Die Erhebung von Erschließungsbeiträgen für die Kosten eines nach dem 3. 10. 1990 erfolgten Ausbaus einer Teileinrichtung ist — mit anderen Worten — nur zulässig, wenn weder diese Teileinrichtung noch die betreffende Erschließungsanlage insgesamt vor dem 3. 10. 1990 bereits hergestellt waren<sup>10)</sup>.

## 2. Begriffe „technisches Ausbauprogramm“ und „ortsübliche Ausbauepflogenheiten“

a) Die Frage, unter welchen Voraussetzungen anzunehmen ist, eine Erschließungsanlage insgesamt oder eine ihrer

Teileinrichtungen sei vor dem 3. Oktober 1990 bereits hergestellt gewesen, beantwortet sich nach § 242 Abs. 9 Satz 2 BauGB. Danach trifft dies zu, wenn sie irgendwann vor dem 3. 10. 1990 „einem technischen Ausbauprogramm oder den örtlichen Ausbauepflogenheiten“ entsprechend fertiggestellt waren. An dieser Stelle setzt das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. 7. 2007<sup>11)</sup> ein, in dem sich das Gericht erstmals näher zu diesen beiden Begriffen äußert. Insoweit einleitend stellt es unter Hinweis auf den Wortlaut des § 242 Abs. 9 Satz 1 BauGB klar, zu prüfen sei jeweils, ob die Erschließungsanlage oder ihre Teileinrichtungen irgendwann bis zum 3. 10. 1990 einem seinerzeit gültigen technischen Ausbauprogramm oder den seinerzeitigen örtlichen Ausbauepflogenheiten entsprechend fertiggestellt worden sind. Die beiden Merkmale „technisches Ausbauprogramm“ und „örtliche Ausbauepflogenheiten“ stünden — wie sich aus dem sie verbindenden Wort „oder“ ergebe — gleichwertig nebeneinander. Gleichwohl biete es sich an, vorrangig das Vorliegen eines technischen Ausbauprogramms zu prüfen, weil ein solches Programm, zumal wenn es schriftlich nachweisbar sei, den Willen der Gemeinde genauer zum Ausdruck bringe und eine höhere Gewähr und Verlässlichkeit biete als die anhand des tatsächlichen Ausbauverhaltens zu ermittelnden „Epflogenheiten“. Gelingt der Nachweis eines technischen Ausbauprogramms nicht, sei die zweite Alternative zu prüfen. Finde sich ein technisches Ausbauprogramm, seien jedoch die betreffende Erschließungsanlage und deren Teileinrichtungen zu keinem Zeitpunkt diesem Programm entsprechend ausgebaut worden, sei grundsätzlich ebenfalls auf die zweite Alternative abzustellen.

b) Zum Begriff „technisches Ausbauprogramm“ selbst führt das Bundesverwaltungsgericht aus, darunter sei — wie durch das Beiwort „technisch“ verdeutlicht werde — ein Plan zu verstehen, der Vorgaben zur bautechnischen Herstellung der Erschließungsanlagen und deren Teileinrichtungen enthält. „Er muss sich mit Fragen des kunstmäßigen Ausbaus der Straße oder ihrer Teileinrichtungen befassen, also z. B. mit der Art der Befestigung der Fahrbahn, etwa dahin, ob sie mit Pflaster, Schwarzdecke, Beton oder Platten oder ähnlichem Material ausgestattet sein soll.“ Der Plan müsse in irgendeiner Form schriftlich niedergelegt worden sein und er müsse von einer nach den jeweils geltenden Rechtsvorschriften für den Straßenbau zuständigen staatlichen Stelle stammen, von ihr gebilligt oder ihr sonstwie zuzurechnen sein.

c) Sodann wendet sich das Bundesverwaltungsgericht der in der Praxis weitaus bedeutenderen zweiten Alternative zu, nämlich den „ortsüblichen Ausbauepflogenheiten“. Da allenfalls in eher seltenen Ausnahmefällen ein den zuvor dargelegten Anforderungen genügendes „technisches Ausbauprogramm“ aufgefunden wird, entscheidet sich in der Praxis die Beantwortung der Frage, ob eine nach dem 3. 10. 1990 durchgeführte Ausbaumaßnahme nach den Regeln des Erschließungs- oder des Straßenbaubeitragsrechts abzurechnen ist, nahezu regelmäßig danach, ob die betreffende Erschließungsanlage oder eine ihrer Teileinrichtungen irgendwann vor dem 3. 10. 1990 den „örtlichen Ausbauepflogenheiten“ entsprochen hat. Für die Bestimmung der „örtlichen Ausbauepflogenheiten“ sei — so legt das Bundesverwaltungsgericht dar — grundsätzlich abzustellen auf die Ausbauepflogenheiten im gesamten Ort, bei größeren Städten (z. B. Ost-Berlin) ggfs. in Ortsbezirken, sofern diese für den Straßenbau zuständig gewesen seien. Maßgebend seien grundsätzlich die örtlichen Ausbauepflogenheiten

6) U. a. OVG Magdeburg, Beschluss v. 18. 1. 2000 — A 2 S 583/99 —.

7) U. a. OVG Bautzen, Urteil v. 22. 8. 2001 — 5 B 223/00 — ZMR 2003, 148, und OVG Frankfurt, Beschluss v. 23. 9. 1996 — 2 B 53/96 —.

8) VG Potsdam, Urteil v. 26. 9. 2005 — 12 K 227/03 —.

9) BVerwG, Beschluss v. 18. 10. 2006 — 9 B 6.06 — NVwZ 2007, 216 = ZMR 2007, 230 = DVBl 2007, 198.

10) BVerwG, wie Fn. 5.

11) BVerwG, wie Fn. 1.

im zeitlichen Zusammenhang mit der erstmaligen Anlegung der betreffenden Erschließungsanlage oder Teileinrichtung; allerdings sei auch in die Betrachtung einzubeziehen, dass diese Gepflogenheiten in einem späteren Zeitpunkt so reduziert worden sein könnten, dass die Anlage bzw. eine Teileinrichtung nunmehr diesen Anforderungen genügt haben könne. Im Übrigen könnten grobe Unterschiede in der Funktion der betreffenden Straßen (z. B. Anlieger- oder Hauptverkehrsstraße) von Belang sein.

Im Zentrum der Überlegungen des Bundesverwaltungsgerichts zum Begriff „örtliche Ausbauepflogenheiten“ stehen folgende inhaltliche Mindestanforderungen: Ausbauepflogenheiten stellen auf eine aktive technische Ausgestaltung ab, sie setzen einen Grundbestand an kunstmäßigem Ausbau voraus. Die Erschließungsanlagen oder ihre Teileinrichtungen müssten durch künstliche Veränderung der Erdoberfläche planvoll straßenbautechnisch bearbeitet worden sein; das bloße Ausnutzen oder grobe Herrichten natürlicher Gegebenheiten sei nicht ausreichend. „Erforderlich ist danach ein Mindestmaß an bautechnischer Herstellung, nämlich das Vorhandensein einer hinreichend befestigten Fahrbahn (wofür z. B. auch eine Schotterdecke genügen kann), einer — wenn auch primitiven — Form von Straßenentwässerung (ein bloßes Versickernlassen wäre dagegen nicht ausreichend) sowie einer eigenen Straßenbeleuchtung, die einen ungefährdeten Haus-zu-Haus-Verkehr ermöglicht“.

### 3. Mindestmaß als Voraussetzung für ortsübliche Ausbauepflogenheiten

a) Diese letzte, auf ein Mindestmaß (keineswegs nur an bautechnischer Herstellung, sondern überdies) an Teileinrichtungen (Fahrbahn, Straßenentwässerung und -beleuchtung) ausgerichtete Aussage des Bundesverwaltungsgerichts überrascht; sie ist mit Blick auf diese Teileinrichtungen weder mit der Struktur des § 242 Abs. 9 BauGB vereinbar noch ist sie aus irgendwelchen gesetzlichen Vorgaben nachvollziehbar abgeleitet: Während der für die alten Bundesländer einschlägige § 242 Abs. 1 BauGB ausschließlich zielt auf das Vorhandensein einer (hinreichenden) Erschließungsanlage insgesamt und diese Betrachtung selbstverständlich Teileinrichtungen oder genauer: ein Mindestmaß an Teileinrichtungen einschließt, ist § 242 Abs. 9 Satz 1 BauGB geprägt von einer sozusagen Zerlegung der Anlage in seine Teile (Teileinrichtungen) und deren jeweils gesonderte Beurteilung am Maßstab des § 242 Abs. 9 Satz 2 BauGB. § 242 Abs. 9 BauGB — und gerade darin unterscheidet sich diese Bestimmung von § 242 Abs. 1 BauGB — ordnet in seinem Satz 1 eine gleichsam isolierte Betrachtung jeder einzelnen Teileinrichtung an; mit Blick auf jede einzelne vor dem 3. 10. 1990 angelegte Teileinrichtung verlangt dieser Satz 1 eine Prüfung, ob sie im Sinne des Satzes 2 „bereits hergestellt“ ist. Trifft das auf alle im Beitrittszeitpunkt existenten Teileinrichtungen zu, ist die Erschließungsanlage insgesamt aus dem Erschließungsbeitragsrecht entlassen; trifft das lediglich auf die eine oder andere Teileinrichtung zu, ist nur sie einer Abrechnung nach den Regeln des Erschließungsbeitragsrechts entzogen. Dieser Vorgabe des Satzes 1 des § 242 Abs. 9 BauGB ist dessen Satz 2 untergeordnet; er verhält sich einzig zu der Frage, bei Vorliegen welcher Voraussetzungen eine Teileinrichtung bereits hergestellt ist (Erfüllung des technischen Ausbauprogramms bzw. der örtlichen Ausbauepflogenheiten), nicht aber auch zu der ganz anderen Frage, welche Teileinrichtungen eine Straße vor dem 3. 10. 1990 aufgewiesen haben muss, um aus dem Erschließungsbeitragsrecht entlassen zu sein. Anders als nach § 242 Abs. 1 BauGB kann somit nach § 242

Abs. 9 BauGB eine Erschließungsanlage — und genau darin zählt sich die angesprochene, zulässige Privilegierung der Anlieger in den neuen Bundesländern u. a. aus — schon dann aus dem Anwendungsbereich des Erschließungsbeitragsrechts entlassen sein, wenn sie bis zum 3. 10. 1990 einzig eine (hinreichende) Fahrbahn aufwies. Die „bautechnische Herstellung“ des § 242 Abs. 9 Satz 2 BauGB bezieht sich — mit anderen Worten — entgegen der Annahme des Bundesverwaltungsgerichts nicht auf ein Mindestmaß an Teileinrichtungen. Insoweit gilt nichts anderes als für die von § 132 Nr. 4 BauGB geforderte Merkmalsregelung in einer Erschließungsbeitragsatzung, die aus zwei Teilen besteht, nämlich einem technischen Ausbauprogramm und einem Teileinrichtungsprogramm<sup>12)</sup>: Das technische Ausbauprogramm bezieht sich einzig auf die bautechnische Herstellung der einzelnen Teileinrichtungen; die Beantwortung der ganz anderen Frage, welche Teileinrichtungen eine Anbaustraße aufweisen muss, um als erstmals endgültig hergestellt (§ 133 Abs. 2 BauGB) qualifiziert werden zu können, richtet sich nicht nach dem technischen Ausbauprogramm, sondern nach dem Teileinrichtungsprogramm und ggfs. nach dem auf den konkreten Einzelfall bezogenen, formlosen Bauprogramm<sup>13)</sup>.

Bedenken gegen die Aussage des Bundesverwaltungsgerichts äußert auch Starke<sup>14)</sup>, wenn er — ausschließlich am Ergebnis ausgerichtet — zweifelt, „ob der erforderliche Mindeststandard wirklich so pauschal definiert werden kann, oder ob nicht vielmehr eine einzelfallorientierte Betrachtung unter Berücksichtigung der Größe der Gemeinde und der örtlichen Bedürfnisse des Straßenverkehrs vorzuziehen ist“. Dem ist indes entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber mit der Überleitungsvorschrift des § 242 Abs. 9 BauGB lediglich eine generalisierende Regelung für eine Übergangszeit treffen wollte, die schon ihrem Wesen nach keiner derart ins Einzelne gehendenden Differenzierung zugänglich ist, wie sie offenbar Starke vorschwebt.

b) Wie auch immer: Der Begriff „ortsübliche Ausbauepflogenheiten“ in § 242 Abs. 9 Satz 2 BauGB ist ein Begriff des einfachen Bundesrechts, für dessen verbindliche Auslegung letztlich einzig das Bundesverwaltungsgericht zuständig ist. Angesichts dessen haben sich Kommunen und Gerichte in den neuen Bundesländern an diese Auslegung zu halten und sich an den Anforderungen zu orientieren, die durch die „Mindestmaß-Rechtsprechung“ vorgegeben sind. Auf sie soll daher hier noch kurz eingegangen werden.

Nach dieser Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts stellt das von ihm geforderte Mindestmaß an bautechnischer Herstellung die Untergrenze dessen dar, was in einer Gemeinde — unabhängig von den tatsächlichen Verhältnissen im Einzelnen — noch dem Merkmal „ortsübliche Ausbauepflogenheiten“ entsprochen haben kann. Diese Untergrenze bezieht sich zum einen auf die Straße insgesamt, d. h. eine Straße kann nicht insgesamt den ortsüblichen Ausbauepflogenheiten entsprechend hergestellt gewesen sein, wenn sie bis zum 3. 10. 1990 nicht über eine

12) Vgl. zur Merkmalsregelung einer Erschließungsbeitragsatzung im Einzelnen Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl., § 11 Rn. 46 ff.

13) Nach der Rechtsprechung des BVerwG (vgl. u. a. Urteil v. 18. 1. 1991 — 8 C 14.89 — DVBl 1991, 449 = KStZ 1992, 51 = NVwZ 1992, 492) kann mit Blick auf die flächenmäßigen Teileinrichtungen (wie z. B. Fahrbahn, Fußwege, Radwege usw.) an die Stelle eines satzungsmäßigen Teileinrichtungsprogramms ein auf den Einzelfall bezogenes formloses Bauprogramm treten.

14) Starke in ThürVBl 2008, 32.

hinreichend befestigte Fahrbahn sowie eine wenigstens primitive Form der Straßenentwässerung und eine ausreichende Straßenbeleuchtung verfügte. Überdies bezieht sich diese Untergrenze isoliert auf die einzelnen Teileinrichtungen, so dass eine Fahrbahn nicht den ortsüblichen Ausbauepflogenheiten entsprochen haben kann, wenn sie nicht hinreichend befestigt war, und eine tatsächlich angelegte Straßenentwässerungseinrichtung nicht, wenn sie auf ein Versickernlassen des Straßenoberflächenwassers ausgerichtet war; überdies konnte eine Straßenbeleuchtungseinrichtung keinesfalls dem Merkmal „ortsübliche Ausbauepflogenheiten“ genügen, wenn sie nicht zumindest einen ungefährdeten Haus-zu-Haus-Verkehr bei Dunkelheit zuließ.

Mit dem Abstellen auf das vorbezeichnete Mindestmaß hat das Bundesverwaltungsgericht recht hohe Anforderungen an die Annahme gestellt, eine Straße sei vor dem 3. 10. 1990 bereits den örtlichen Ausbauepflogenheiten entsprechend hergestellt gewesen. Denn danach kommen als in diesem Sinne bereits hergestellt alle die — tatsächlich namentlich in kleineren Gemeinden nicht selten anzutreffenden — Straßen nicht in Betracht, die am 3. 10. 1990 ( und folglich seit ihrer Anlegung) lediglich eine (hinreichend befestigte) Fahrbahn aufwies, bei denen aber das Regenwasser in einem unbefestigten Randstreifen versickerte. Selbst wenn eine Straße über eine hinreichend befestigte Fahrbahn sowie eine ebenfalls hinreichende Straßenentwässerungseinrichtung verfügte, sind zwar diese beiden Teileinrichtungen, nicht aber die Straße insgesamt als vor dem 3. 10. 1990 bereits den ortsüblichen Ausbauepflogenheiten entsprechend hergestellt und deshalb aus dem Erschließungsbeitragsrecht entlassen zu qualifizieren, wenn an ihr keine bzw. nur die eine oder andere Straßenlaterne stand, diese aber bei Dunkelheit keinen ungefährdeten Haus-zu-Haus-Verkehr ermöglichte. In Fällen dieser Art zwingt § 242 Abs. 9 BauGB dann, wenn alle drei Teileinrichtungen nach dem 3. 10. 1990 ausgebaut werden, zu einer sozusagen gespaltenen Abrechnung, also einer Abrechnung, bei der die Kosten für den Ausbau der bis zum 3. 10. 1990 bereits hergestellten Teileinrichtung(en) nach den Regeln des Straßenbaus und die Kosten für den gleichzeitigen Ausbau der übrigen, bis zum 3. 10. 1990 noch nicht bereits hergestellten Teileinrichtung(en) nach den Regeln des Erschließungsbeitragsrechts abzuwälzen sind. Eines Kostenspaltungsbeschlusses bedarf es in solchen Konstellationen nicht; denn die getrennte Abrechnung der Teileinrichtungen beruht hier nicht auf einer Willensentscheidung der Kommune, sondern unmittelbar auf § 242 Abs. 9 BauGB<sup>15)</sup>.

c) Abschließend führt das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 11. 7. 2007 aus, bei Nichterweislichkeit der Voraussetzungen des § 242 Abs. 9 Sätze 1 und 2 BauGB liege die materielle Beweislast grundsätzlich bei der Gemeinde. Diesem Gesichtspunkt dürfte jedoch letztlich keine überragende Bedeutung zukommen, weil in einer Vielzahl von Fällen Anbaustraßen in den neuen Bundesländern in keinem Zeitpunkt dem vorbezeichneten Mindestmaß an bautechnischer Herstellung genügt haben dürften und dies relativ einfach nachweisbar sein dürfte. Denn es liegt auf der Hand, dass eine Straße, die bis zu einem nach dem 3. 10. 1990 durchgeführten Ausbau über keine — wenn auch primitive — Form von Straßenentwässerung und keine eigene, hinreichende Straßenbeleuchtung verfügte, auch zu keinem Zeitpunkt zuvor mit solchen Teileinrichtungen ausgestattet war. Da — wie gesagt — in der Praxis regelmäßig ein tech-

nisches Ausbauprogramm nicht „auffindbar“ ist, sind in solchen Fällen die betreffenden Straßen jedenfalls nicht insgesamt aus dem Erschließungsbeitragsrecht entlassen, so dass nach dem 3. 10. 1990 an ihnen durchgeführte Ausbaumaßnahmen nach den Regeln des Erschließungsbeitragsrechts abzurechnen sind, soweit nicht für eine einzelne Teileinrichtung wie etwa die Fahrbahn etwas anderes gilt, weil immerhin sie irgendwann vor dem 3. 10. 1990 den ortsüblichen Ausbauepflogenheiten entsprechend hergestellt war bzw. nach den Beweislastregeln so zu behandeln ist.

#### 4. Folgen einer fehlerhaften Anwendung des § 242 Abs. 9 BauGB

Kommt ein Gericht zu dem Ergebnis, eine Gemeinde habe einen Beitragsbescheid unter Verletzung des § 242 Abs. 9 BauGB und folglich zu Unrecht auf das Straßenbaubeitragsrecht gestützt, bei zutreffender Beurteilung der Rechtslage sei die durchgeführte beitragsfähige Ausbaumaßnahme nach den Regeln des Erschließungsbeitragsrechts abzurechnen, ist es gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO verpflichtet zu prüfen, ob und ggfs. in welchem Umfang der Bescheid mit Blick auf eben das Erschließungsbeitragsrecht aufrechterhalten werden kann; landesrechtliche Bestimmungen über den Inhalt eines Abgabenbescheids — wie etwa der kraft der Verweisklauseln in den Kommunalabgabengesetzen entsprechend anwendbare § 157 AO — lassen diese Pflicht unberührt<sup>16)</sup>. Bei einer solchen Konstellation bedarf es keiner (richterlichen) Umdeutung<sup>17)</sup>, so dass die Aufrechterhaltung des Bescheids nicht davon abhängt, ob die Voraussetzungen für eine Umdeutung erfüllt sind<sup>18)</sup>. Darauf, dass eine erschließungsbeitragsrechtliche Abrechnung in der Regel zu einer höheren Beitragspflicht der Grundeigentümer als eine Abrechnung nach den Regeln des Straßenbaubeitragsrechts führt und deshalb eine Nacherhebung des Differenzbetrags angezeigt ist, wird später noch eingegangen. Auch wenn ein Beitragsbescheid zu Unrecht auf das Erschließungsbeitragsrecht gestützt ist, hat das Gericht zu prüfen, ob er unter richterlicher Berücksichtigung des Straßenbaubeitragsrechts als anderem Rechtfertigungsgrund — jedenfalls teilweise — aufrechterhalten werden kann<sup>19)</sup>. Grundsätzlich ist es dem Gericht verwehrt, gemäß § 113 Abs. 3 Satz 1 VwGO den zu Unrecht auf das Erschließungsbeitragsrecht gestützten Beitragsbescheid (und den Widerspruchsbescheid) ohne Sachentscheidung zur weiteren Sachaufklärung aufzuheben. Denn die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Bestimmung sind eng auszulegen und deshalb auf besonders gelagerte Fälle beschränkt, zu denen die hier in Rede stehenden Konstellationen grundsätzlich nicht zählen<sup>20)</sup>.

### III. Strafbarkeit einer Verletzung der Beitragserhebungspflicht

#### 1. Erhebungspflicht im Erschließungs- und Straßenbaubeitragsrecht

Unabhängig davon, ob im Einzelfall für die Abrechnung einer beitragsfähigen Ausbaumaßnahme die Regeln des Er-

15) Ebenso OVG Magdeburg, Urteil v. 12. 8. 2004 — 2 A 157/01 — und Becker in LKV 1999, 489 (491).

16) BVerwG, Urteil v. 12. 4. 1991 — 8 C 92.89 — NVwZ 1991, 999 = ZKF 1992, 85.

17) U. a. VGH Kassel, Urteil v. 25. 3. 1993 — 5 UE 544/89 — HSGZ 1994, 31.

18) BVerwG, Urteil v. 19. 8. 1988 — 8 C 29.87 — KStZ 1988, 230 = DVBl 1988, 1161 = NVwZ 1989, 471.

19) U. a. OVG Schleswig, Urteil v. 24. 10. 2007 — 2 LB 26/07 — NordÖR 2008, 86.

20) BVerwG, wie Fn. 5.

schließungs- oder des Straßenbaubeitragsrechts anzuwenden sind, und unabhängig davon, ob diese Ausbaumaßnahme an einer Anbaustraße in den alten oder neuen Bundesländern durchgeführt worden ist, sind für sie Beiträge zu erheben: Der Bundesgesetzgeber hat in § 127 Abs. 1 BauGB die Erhebung von Erschließungsbeiträgen als eine die Gemeinden bindende Verpflichtung ausgestaltet<sup>21)</sup>, und zwar u. a. im Interesse einer möglichst gleichartigen Belastung der Grundeigentümer (Erbbauberechtigten) in allen Bundesländern, d. h. im Interesse der Beitragsgerechtigkeit<sup>22)</sup>. In der Sache Entsprechendes gilt für das Straßenbaubeitragsrecht<sup>23)</sup>. Aus den einschlägigen Bestimmungen in den Kommunalabgabengesetzen ggfs. in Verbindung mit den haushaltsrechtlichen Vorschriften über die Einnahmebeschaffungsgrundsätze in den Gemeindeordnungen ergibt sich grundsätzlich in allen Bundesländern — außer gegenwärtig in Niedersachsen und im Saarland<sup>24)</sup> — eine Beitragserhebungspflicht<sup>25)</sup>.

Die Anordnung einer solchen Beitragserhebungspflicht ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Zwar ist in Art. 28 Abs. 2 GG durch Gesetz vom 27. 10. 1994 (BGBl. I S. 3146) ein Satz 3 mit den Worten angefügt worden, die „Gewährleistung der Selbstverwaltung umfasst auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung“. Doch ist dieser Satz 3 des Art. 28 Abs. 2 GG nicht geeignet, die Verfassungsmäßigkeit einer vom einfachen (Bundes- oder Landes-)Gesetzgeber angeordneten Beitragserhebungspflicht zu berühren. Denn die kommunale Finanzhoheit steht weiterhin unter Gesetzesvorbehalt, d. h. sie unterliegt weiterhin einer weitgehenden Ausformung durch staatliche Gesetze<sup>26)</sup>.

Die bundesrechtlichen Vorschriften des Erschließungsbeitragsrechts sind ebenso wie die landesrechtlichen Regelungen des Straßenbaubeitragsrechts lediglich „Rahmenbestimmungen“; in beiden Rechtsgebieten haben die Gesetzgeber den Gemeinden die Aufgabe zugewiesen, durch Ortsatzungen den jeweiligen Rahmen auszufüllen und „ein ihren Verhältnissen angepasstes Erhebungssystem einzuführen“<sup>27)</sup>. Zum Erlass derartiger Beitragssatzungen sind die Gemeinden jedoch nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet<sup>28)</sup>, und zwar spätestens in dem Zeitpunkt, in dem eine beitragsfähige Maßnahme durchgeführt wird. Das folgt aus dem bestimmungsgemäßen Zweck dieser Satzungen, die bundes- bzw. landesrechtlichen Vorschriften des Beitragsrechts zu ergän-

zen, in Verbindung mit der Beitragserhebungspflicht, die ohne eine solche Ergänzung mit Rücksicht auf die — bewusste — Unvollständigkeit der beitragsrechtlichen Vorschriften des Bundes- und des Landesrechts ins Leere ginge. Eine Beitragssatzung hat in dem einen wie dem anderen Rechtsgebiet rechtlich gleichsam eine Doppelfunktion: Zum einen stellt sie die — nach dem sog. Vorbehalt des Gesetzes — erforderliche Eingriffsgrundlage für die Erhebung von Beiträgen dar, d. h. die ortsrechtliche Ermächtigung zum Eingreifen in das Eigentum (Vermögen) der Beitragspflichtigen durch einen Beitragsbescheid. Und zum anderen ist das Vorhandensein einer Beitragssatzung mit namentlich einer wirksamen Verteilungsregelung eine Voraussetzung für das Entstehen sachlicher Beitragspflichten<sup>29)</sup>.

Verstößt eine Gemeinde im Einzelfall gegen die Beitragserhebungspflicht — durch Unterlassen entweder einer Beitragserhebung oder schon der für eine solche Beitragserhebung erforderlichen Verfahrensschritte wie etwa den Erlass einer Beitragssatzung — ist die Kommunalaufsicht grundsätzlich zu einem Einschreiten gehalten: Die Kommunalaufsicht hat sicherzustellen, dass die Gemeinden die geltenden Gesetze beachten (Art. 20 Abs. 3 GG). Dieses Verfassungsgebot erfordert bei eindeutigen Rechtsverstößen wie z. B. einer Verletzung der Beitragserhebungspflicht einschließlich der Pflicht zum Erlass einer Beitragssatzung ein Einschreiten der Kommunalaufsicht; insoweit ist das Ermessen auf ein Einschreiten der Kommunalaufsicht gerichtet (sog. intendiertes Ermessen)<sup>30)</sup>. Weigert sich eine Gemeinde, eine Beitragssatzung zu erlassen obwohl die Durchführung einer beitragsfähigen Maßnahme unmittelbar bevorsteht bzw. bereits begonnen hat, ist sie nach den landesrechtlichen Bestimmungen durch die Kommunalaufsicht dazu anzuhalten. Nach Maßgabe dieser Bestimmungen kann die Kommunalaufsicht eine Beitragssatzung auch selbst im Wege der Ersatzvornahme erlassen.

## 2. Vermögensbetreuungspflicht und Untreuetatbestand

Die Übernahme eines öffentlichen Amtes in einer Gemeinde begründet kommunalverfassungsrechtlich für den jeweiligen Amtsinhaber u. a. die Verpflichtung, die Vermögensinteressen dieser Kommune und ihrer Einwohner wahrzunehmen. So müssen alle kommunalen Stellen beispielsweise den haushaltsrechtlichen Grundsatz beachten, dass die öffentliche Hand „nichts verschenken darf“<sup>31)</sup>. Diese Vermögensbetreuungspflicht obliegt in erster Linie den Vertretungs- und Entscheidungsorganen der Gemeinde, bei der Ratsverfassung somit vornehmlich dem Bürgermeister und den Ratsmitgliedern; sie umfasst auch die Realisierung der gesetzlich angeordneten Beitragserhebung. Das Absehen von einer solchen Beitragserhebung sowie die Weigerung zum Erlass einer für eine solche Beitragserhebung voraussetzenden Satzung vor Durchführung einer beitragsfähigen Ausbaumaßnahme verstößt angesichts des dadurch begründeten Beitragsausfalls gegen diese Vermögensbetreuungspflicht und erfüllt objektiv den Treubruchtatbestand des § 266 Abs. 1 StGB<sup>32)</sup>. Nach dieser

21) BVerwG, st. Rspr., u. a. schon Urteil v. 23. 4. 1969 — IV C 15.67 — ZMR 1969, 369 = DÖV 1970, 203.

22) BVerwG, Urteil v. 18. 11. 1977 — IV C 104.74 — ZMR 1979, 88 = DÖV 1978, 611.

23) Vgl. zur Beitragserhebungspflicht im Straßenbaubeitragsrecht im Einzelnen Driehaus in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, Stand März 2008, § 8 Rn. 13 ff.

24) Durch Gesetz v. 7. 12. 2006 (GVBl. S. 575) hat der niedersächsische Landesgesetzgeber dem § 83 Abs. 2 Satz 1 folgenden Satz 2 angefügt: „Eine Rechtspflicht zur Erhebung von Straßenbaubeiträgen besteht nicht“; damit hat er die Beitragserhebungspflicht für Niedersachsen aufgehoben. Im Ergebnis Entsprechendes gilt für das Saarland; dort besagt § 82 Abs. 2 Satz 2 KSVG SL ebenfalls, dass eine Rechtspflicht zur Erhebung von Straßenbaubeiträgen nicht besteht.

25) Zwar hat das OVG Bautzen im Urteil v. 31. 1. 2007 (5 B 522/06 — SächsVBl 2007, 112) die Ansicht geäußert, in Sachsen bestehe mit Blick auf das Straßenbaubeitragsrecht keine Erhebungspflicht, doch überzeugt die dafür gegebene Begründung nicht (vgl. Starke in DVBl 2007, 147, und Driehaus, wie Fn. 23, Rn. 15 a).

26) BVerwG, Beschluss v. 3. 12. 1996 — 8 B 205.96 —.

27) Ausschussbericht zum Bundesbaugesetz, BT-Drucksache zu III/1794, S. 23.

28) BVerwG, wie Fn. 21.

29) BVerwG, st. Rspr., u. a. Urteil v. 20. 1. 1978 — 4 C 70.75 — BauR 1978, 396 = ZMR 1979, 157 = HSGZ 1978, 252.

30) OVG Lüneburg, Beschluss v. 15. 8. 2007 — 10 LA 271/05 — NST-N 2008, 39.

31) Grziwotz in: Städtbauliche Verträge in der notariellen Praxis, Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg, 2006, S. 114.

32) Vgl. in diesem Zusammenhang BGH, Urteil v. 8. 5. 2003 — 4 StR 550/02 — NSTZ 2003, 540, und Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., § 266 Rn. 14, 36, 47 und 64.

Vorschrift wird mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer die ihm „obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt“.

Vor diesem Hintergrund hatte das Oberlandesgericht Naumburg<sup>33)</sup> einen Sachverhalt zu beurteilen, in dem die Staatsanwaltschaft den acht angeklagten Gemeinderatsmitgliedern zur Last gelegt hatte, der Gemeinde A. durch einen von ihnen einstimmig gefassten Ratsbeschluss über die Durchführung einer Straßenbaumaßnahme einen Vermögensnachteil zugefügt zu haben, weil die Gemeinde in Ermangelung einer zuvor in Kraft gesetzten Straßenbaubeitragsatzung für diese Maßnahme keine Ausbaubeiträge erheben können. Nachdem das Amtsgericht die Angeklagten freigesprochen und das Landgericht die Berufung der Staatsanwaltschaft zurückgewiesen hatte, hat das Oberlandesgericht Naumburg mit Urteil vom 18. 7. 2007<sup>34)</sup> deren Revision stattgegeben und unter Aufhebung des Berufungsurteils die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

In seiner Begründung referiert das Oberlandesgericht Naumburg zunächst das landgerichtliche Urteil und teilt mit, dieses habe angenommen, die Angeklagten hätten zwar den objektiven Tatbestand des § 266 Abs. 1 StGB in Gestalt des Treubruchs erfüllt, dabei aber ohne Nachteilszufügungsvorsatz gehandelt. Sie hätten die Pflichtwidrigkeit ihres Handelns erkannt, jedoch der Gemeinde keinen Schaden zufügen wollen, sondern die sofortige Durchführung der Maßnahme angesichts der in Aussicht stehenden Drittmittel und des schlechten Zustands der B-Straße für vorteilhafter angesehen. Schließlich habe die Gemeinde mit dem Ausbau der Straße einen bleibenden Wert für ihre Aufwendungen erhalten. Die Angeklagten hätten bei ihrem Beschluss ausschließlich das Wohl ihrer Bürger vor Augen gehabt. Diese Ausführungen — so stellt das Oberlandesgericht Naumburg klar — hielten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Dem landgerichtlichen Urteil sei schon nicht zu entnehmen, warum die Angeklagten trotz Kenntnis der Pflichtwidrigkeit ihres Handelns und des Bewusstseins, dass der Gemeinde bei ihrer Vorgehensweise Ausbaubeiträge entgingen, angenommen hätten, es sei kein Vermögensnachteil für die Gemeinde zu erwarten. Das hätte vorausgesetzt, dass ihrer Vorstellung nach bestimmte Vermögensvorteile die ausfallenden Ausbaubeiträge vollständig aufwogen. Das Landgericht habe den Angeklagten insoweit offenbar eine Verrechnung der Drittmittel gegen die Ausbaubeiträge unterstellen wollen. Indes fänden sich keine Feststellungen darüber, welche Vorstellungen die Angeklagten über die Drittmittel und deren Höhe sowie davon gehabt hätten, ob diese Mittel bei Schaffung der Voraussetzungen für eine Beitragserhebung durch Erlass einer Beitragssatzung entfallen wären. Ebenso wenig sei mitgeteilt worden, welchen Umfang die Beiträge nach Ansicht der Angeklagten haben würden, so dass jede Grundlage für die den Angeklagten unterstellte Abwägung der Vor- und Nachteile ihres Handelns für das Vermögen der Gemeinde fehle. Dass die Angeklagten „ihrer Vorstellung nach zum Wohl der Bürger gehandelt haben sollen, spielt für die Frage des Nachteilszufügungsvorsatzes keine Rolle. Die Angeklagten hatten das Vermögen der Gemeinde zu betreuen. Entscheidend ist deshalb allein, ob sie den von ihnen erkannten drohenden

Vermögensnachteil in Gestalt des Entgangs von Beiträgen als durch Vermögensvorteile vollständig kompensiert angesehen haben. Sofern sie angenommen haben sollten, sie dürften auf Beitragseinnahmen der Gemeinde verzichten um . . . Vorteile für die Bürger zu erzielen, handelten sie nicht ohne Nachteilszufügungsvorsatz, sondern allenfalls in einem — allerdings ohne weiteres vermeidbaren — Verbotsirrtum (§ 17 StGB). Ebenso wenig ist es von Bedeutung, dass die Gemeinde für ihre Aufwendungen eine womöglich sogar gleichwertige Gegenleistung in Gestalt der Werkleistung an der Straße erhielt. Den Angeklagten wird nicht vorgeworfen, einen überteuerten Ausbau der Straße betrieben, sondern . . . die Erhebung von Beiträgen vereitelt zu haben“.

Hat sich der Inhaber eines kommunalen Amtes — sei es der Bürgermeister oder ein Gemeinderat, ein Beigeordneter, Dezernent usw. — wegen einer Verletzung der Beitragserhebungspflicht und damit einer ihm obliegenden Vermögensbetreuungspflicht nach § 266 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, folgt rechtlich nicht selten eine Inanspruchnahme auf Schadensersatzleistungen nach § 823 Abs. 2 BGB sozusagen „auf dem Fuße“. Dementsprechend berichtet etwa die „Mitteldeutsche Zeitung“ (Halle an der Saale) am 20. 1. 2006, im Saalekreis habe es für Schlagzeilen gesorgt, „als Schadensersatzforderungen gegen Bürgermeister und eine Klage gegen den ganzen Gemeinderat . . . bekannt wurden. Auslöser war in allen Fällen der Vorwurf, dass die Kommunen auf Einnahmen verzichteten, weil sie ihre Einwohner nicht an den Kosten für den Straßenbau beteiligten“.

### 3. Reichweite der Vermögensbetreuungspflicht

Die Vermögensbetreuungspflicht, deren Verletzung — wie dargestellt — eine Bestrafung nach § 266 Abs. 1 StGB sowie eine zivilrechtliche Inanspruchnahme nach sich ziehen kann, reicht soweit wie die Beitragserhebungspflicht reicht. Diese Beitragserhebungspflicht ist nicht nur dann verletzt, wenn Bürgermeister und Gemeinderat nicht alles tun, um eine wirksame Beitragssatzung zu erlassen und damit die Voraussetzung für das Entstehen sachlicher Beitragspflichten zu schaffen, sondern auch dann, wenn die dafür zuständigen Personen es unterlassen, auf der Grundlage einer solchen Satzung entstandene sachliche Beitragspflichten in vollem Umfang geltend zu machen. Die beitragsrechtlichen Vorschriften — so hat das Bundesverwaltungsgericht z. B. in seinem Urteil vom 18. 3. 1988<sup>35)</sup> ausgeführt — beschränkten sich nicht auf die Begründung einer sozusagen „nackten“ Pflicht zur Erhebung von (Erschließungs-)Beiträgen, sondern ordneten überdies eine Erfüllung dieser Pflicht durch die vollständige Ausschöpfung entstandener Beitragsansprüche an. Aus diesem Grunde ist eine Gemeinde beispielsweise in dem oben angesprochenen Fall, in dem sie die Abrechnung einer beitragsfähigen Ausbaumaßnahme — etwa weil sie die vom Bundesverwaltungsgericht mit dem Mindestmaß an bautechnischer Herstellung entwickelten Anforderungen an die Erfüllung des Merkmals „ortsübliche Ausbauepflogeneheiten“ verkannt hat — unter Verletzung des § 242 Abs. 9 BauGB zu Unrecht auf das Straßenbaubeitragsrecht gestützt hat, gehalten, den Differenzbetrag, der sich auf der Grundlage einer Abrechnung nach den Regeln des Erschließungsbeitragsrechts ergibt, innerhalb der Verjährungsfrist durch einen ergänzenden (Nacherhebungs-)Bescheid einzufordern. Eine solche Verpflichtung zur Nacherhebung wegen ur-

33) OLG Naumburg, wie Fn. 2.

34) OLG Naumburg, wie Fn. 2.

35) BVerwG, Urteil v. 18. 3. 1988 — 8 C 92.87 — KStZ:1988,141 = DVBl:1988, 899 = NVwZ 1989, 159.



sprünglich zu niedriger Beitragsveranlagung kann sich ferner u. a. ergeben, wenn die Gemeinde die Beitragspflichtigen z. B. deshalb zunächst nicht in voller Höhe zu entstandenen sachlichen Beitragspflichten herangezogen hat, weil sie bei der Ermittlung des beitragsfähigen Aufwands einen Rechnungsposten (etwa die Grunderwerbskosten) übersehen hat<sup>36)</sup>.

Eine Verletzung der Beitragserhebungspflicht ist ferner anzunehmen, wenn — bei Vorliegen einer wirksamen Beitragssatzung — ein Gemeinderat eine Beitragserhebung mit der — rechtlich unzutreffenden — Begründung verhindert, bei dem in Rede stehenden Straßenbau handele es sich lediglich um eine beitragsfreie Instandsetzungsmaßnahme, nicht aber um eine nach den Regeln des Erschließungs- oder des Straßenbaubeitragsrechts beitragsfähige Maßnahme. Die ihr obliegende Beitragserhebungspflicht verletzt eine Gemeinde nicht nur, wenn sie nicht die vollen auf die betreffenden Grundstücke entfallenden Beiträge erhebt, sondern — sofern sie Widerspruchsbehörde ist — auch dann, wenn sie gegen erlassene Beitragsbescheide eingelegte Widersprüche nicht zurückweist, obwohl das nach der Rechtslage geboten ist<sup>37)</sup>.

Schließlich kommt eine Gemeinde ihrer Beitragserhebungspflicht nicht (hinreichend) nach und verstoßen die dafür verantwortlichen Personen gegen eine ihnen obliegende Vermögensbetreuungspflicht, wenn zwar eine Satzung erlassen worden ist und auf ihrer Grundlage Beiträge erhoben werden, in dieser Satzung aber Sätze für den Gemeindeanteil festgesetzt worden sind, die über der vom Vorteilsprinzip bestimmten Obergrenze liegen und deshalb zu geringe Beitragspflichten auslösen: Das von allen Landesgesetzgebern in den jeweiligen Kommunalabgabenge-

desgesetzgebern in den jeweiligen Kommunalabgabengesetzen verankerte Vorteilsprinzip gibt für die Bestimmung des Gemeindeanteils einen verbindlichen Rahmen vor, d. h. einen Rahmen, der — wie jeder Rahmen — sowohl eine Obergrenze als auch eine Untergrenze festsetzt<sup>38)</sup>. Innerhalb dieses Rahmens, aber auch nur innerhalb dieses Rahmens muss der Gemeinde ein gewisser „Einschätzungsspielraum“<sup>39)</sup>, ein „Beurteilungsspielraum“<sup>40)</sup> bzw. ein „Bewertungsermessen“<sup>41)</sup> zugebilligt werden, da eine sichere Prognose über das — in diesem Zusammenhang allein maßgebende — Verhältnis der wahrscheinlichen Inanspruchnahme der ausgebauten Verkehrsanlage durch die Allgemeinheit (Gemeinde) einerseits und die Grundeigentümer andererseits schlechterdings nicht möglich ist. Dieser Spielraum schließt „aus der Natur der Sache heraus eine ca. +/- 5 % umfassende Bandbreite“<sup>42)</sup> ein. Vor diesem Hintergrund ist beispielsweise ein Ratsbeschluss mit der namentlich Gemeinderatsmitgliedern obliegenden Vermögensbetreuungspflicht nicht vereinbar und dürfte den objektiven Tatbestand des § 266 Abs. 1 StGB in Gestalt des Treubruchs erfüllen, durch den der Gemeindeanteil für Anliegerstraßen auf über 50 v. H. festgesetzt wird<sup>43)</sup>. Denn bei Anliegerstraßen verlangt das die Gemeinden und ihr Organe bindende Vorteilsprinzip, „dass der Anliegeranteil den Gemeindeanteil deutlich übersteigt, also mindestens etwa 60 % beträgt“<sup>44)</sup>.

36) Vgl. zur Nacherhebung im Einzelnen Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl., § 10 Rn. 19 ff. und Rn. 28 Rn. 8 ff.; sowie — teilweise davon abweichend — Papsthart in BayVBl 2008, 193.

37) VGH Mannheim, Urteil v. 11. 5. 1993 — 1 S 2302/92 — VBIBW 1993, 338 = BWGZ 1993, 646.

38) U. a. OVG Lüneburg, Beschluss v. 6. 6. 2001 — 9 I 907/01 — KStZ 2001, 29 = NVwZ-RR 2002, 294 = NdsVBl 2002, 106.

39) OVG Münster, Urteil v. 7. 12. 1976 — II A 1563/74 — und OVG Schleswig, Urteil v. 26. 4. 2006 — 2 KN 7/05 — NordÖR 2006, 470.

40) OVG Koblenz, Urteil v. 7. 12. 2004 — 6 A 11406/04 — KStZ 2005, 212.

41) OVG Lüneburg, Urteil v. 30. 3. 1976 — VI A 221/75 — VerwRspr 28, 340 = DVBl 1977, 390; Schl-H Gemeinde 1976, 264.

42) OVG Koblenz, Urteile v. 7. 12. 2004 — 6 A 11406/04 — a. a. O. und v. 15. 12. 2005 — 6 K 19220/05 —.

43) Vgl. zur Bestimmung des Gemeindeanteils im Einzelnen Driehaus in ZMR 2007, 825.

44) VGH München, Beschluss v. 4. 2. 2005 — 6 ZB 02.319 —.

## Die Besteuerung der Kommunen mit ihren Regiebetrieben

Von Andreas F i a n d , Karlsruhe

### 1. Allgemeines

Wenn Gemeinden und Kommunen im Rahmen ihrer Regiebetriebe Gewinne erwirtschaften, müssen sich die Verantwortlichen auch den steuerlichen Fragen stellen. D. h. inwieweit lässt sich durch Bildung von steuerlichen Rücklagen die Besteuerung vermeiden bzw. verringern, was muss bei der Bildung, Auflösung solcher Rücklagen beachtet werden? Ferner ist darauf zu achten, aus welchen Kapitalanteilen die Ausschüttung finanziert wird, aus dem steuerlichen Einlagekonto oder aus dem ausschüttbaren Gewinn. Dies bildet den Anlass, die wesentlichen Begriffe kurz darzustellen und die neueren Entwicklungen zu skizzieren. Abschließend wird das Zusammenwirken anhand eines Beispielfalles exemplarisch dargestellt.

Wichtig ist bei der Besteuerung das Auseinanderhalten von der Ebene des Betriebs gewerblicher Art, der originär nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 i. V. m. § 4 KStG mit seinen

Einkünften unbeschränkt steuerpflichtig ist, und der Ebene der Trägerkörperschaft. Die Vorschrift des § 20 Abs. 1 Nr. 10 EStG regelt lediglich die Besteuerung der Trägerkörperschaft als Empfänger des Gewinns des BgA<sup>1)</sup>.

Beispiel:

Die Stadt M hat einen Regiebetrieb welcher lt. Abschluss zum 31. 12. 2007 einen handelsrechtlichen Jahresüberschuss von 1 Mio. € erwirtschaftet hat.

— In welchem Jahr ist der Gewinn der Gemeinde zuzurechnen?

— Gibt es die Möglichkeit den Umfang der Besteuerungsgrundlage zu schmälern?

1) Vgl. hierzu auch Bott in Ernst & Young KStG Kommentar zu § 4 KStG Rz. 400 ff. mit Beispielen.