



## Lenz und Johlen

Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

Lenz und Johlen · Postfach 510940 · D 50945 Köln

Gemeinde Nümbrecht  
- Fachbereich III/3 -  
Herrn Manfred Schneider  
Hauptstr. 16  
51588 Nümbrecht

Per E-Mail: [manfred.schneider@nuembrecht.de](mailto:manfred.schneider@nuembrecht.de)

Köln, 18.09.2022

Unser Zeichen: 02619/21 14/sk

Assistenz:

Frau Kluge

Tel.: +49 221 97 30 02-28

r.schmitz@lenz-johlen.de

### Beitragsrechtliche Bewertung des Breidenbacher Weges nach Maßgabe des neuen nordrhein-westfälischen Landesrechts

Sehr geehrter Herr Schneider,

im Nachgang zu meinem Vortrag in der Ratsausschusssitzung am vergangenen Donnerstag möchte ich hiermit mein beitragsrechtliches Votum in den Grundzügen zusammenfassen. Bei dieser Gelegenheit möchte ich nicht versäumen, mich bei allen Teilnehmern zu bedanken; es ist nicht selbstverständlich, bei dieser schwierigen Materie ein solches aufgeschlossenes und interessiertes Auditorium zu haben.

Im Einzelnen stellen sich die rechtlichen Ergebnisse wie folgt dar:

#### 1.

Die vorgesehene Straßenausbaumaßnahme am Breidenbacher Weg löst zunächst die Frage aus, ob angesichts des Alters dieser Straße eine Erschließungsbeitragspflicht von vornherein entfällt, weil es sich um eine im Sinne

Prof. Dr. Heribert Johlen <sup>PV †</sup>  
Dr. Klaus Schmiemann <sup>PV</sup>  
Dr. Franz-Josef Pauli <sup>P</sup>  
Dr. Rainer Voß <sup>PVM</sup>  
Dr. Michael Oerder <sup>PV</sup>  
Dr. Thomas Lüttgau <sup>PV</sup>  
Thomas Elsner <sup>PB</sup>  
Rainer Schmitz <sup>PV</sup>  
Dr. Alexander Beutling <sup>PVM</sup>  
Dr. Markus Johlen <sup>PV</sup>  
Eberhard Keunecke <sup>PB</sup>  
Dr. Inga Schwertner <sup>PV</sup>  
Dr. Philipp Libert <sup>PV</sup>  
Dr. Christian Giesecke, LL.M. <sup>Pt</sup>  
Dr. Felix Pauli <sup>PV</sup>  
Dr. Tanja Parthe <sup>PV</sup>  
Martin Hahn <sup>PB</sup>  
Dr. Kai Petra Dreesen, LL.M. <sup>Pt</sup>  
Nick Kockler <sup>PV</sup>  
Béla Gehrken <sup>PV</sup>  
Dr. Gerrit Krupp  
Markus Nettekoven  
Nima Rast  
Dr. Elmar Loer, EMBA <sup>GA</sup>  
Dr. Jan D. Sommer  
Dr. Mahdad Mir Djawadi  
Thorsten Scheuren, LL.M.  
Mats Hagemann  
Stephan Helbig, LL.M.  
Dr. Benedikt Plesker  
Dr. Viviane McCready, LL.B.  
Dr. Sebastian Wies, LL.B.  
Falk Romberg  
Malte Reichel  
Maya Soethout  
Dr. Jan-Moritz Schanze  
Nils Höfer  
Steffen Ralle <sup>P</sup>

P Partner | S d. PartGG  
V Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
B Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht  
G Fachanwalt für Vergaberecht  
M Anwalt/Mediator DAA  
(Dr. Rainer Voß auch FU Hagen)  
L McGill University (Montreal, Kanada)  
E Master of European Studies  
F Maîtrise en droit (Université Paris X)  
D Dipl.-Verwaltungsbetriebswirt (FH)  
A Executive Master of Business Administration

Gegründet von RA Wolfgang Lenz

Lenz und Johlen · Gustav-Heinemann-Ufer 88 · D 50968 Köln

Partnerschaftsgesellschaft mbB  
Sitz Köln, AG Essen PR 1775  
USt.ID.-Nr. DE 122725191

Tel. +49 221 973 002-0  
Fax +49 221 973 002-22  
www.lenz-johlen.de

Sparkasse KölnBonn  
IBAN: DE57 3705 0198 0014 0020 18  
BIC: COLSDE33XXX

Commerzbank AG  
IBAN: DE56 3704 0044 0151 5600 00  
BIC: COBADEFFXXX

des § 242 BauGB vorhandene Straße handelt. Diese Frage ist zu verneinen. Ich verweise hierzu auf meine bisherigen schriftlichen Stellungnahmen. Im Kern scheidet die Annahme der Qualifizierung als vorhandene Straße daran, als erschließungsbeitragsrechtlich immer eine ordnungsgemäße Straßenentwässerung vorhanden sein muss. Dazu bedarf es entweder durchgehender Wegeseitengräben oder aber einer ordnungsgemäß eingefassten Straße mit Rinnen und Einlaufschächten, über welche dann das Straßenoberflächenwasser leitungsgebunden entsorgt wird. Beide technischen Varianten sind bis heute beim Breidenbacher Weg nicht vorhanden. Damit ist die Anwendbarkeit des § 242 BauGB nicht gegeben.

## 2.

Die Frage der Erschließungsbeitragspflicht für die projektierte Ausbaumaßnahme muss sich allerdings an der neuen Bestimmung des § 3 AG BauGB NRW messen lassen, welche zum 01.06.2022 in Kraft getreten ist. Mit diesem Gesetz hat der nordrhein-westfälische Landesgesetzgeber einer Vorgabe der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Rechnung getragen. Hiernach muss der Gesetzgeber Höchstfristen bestimmen, damit der Anlieger einer Straße, welche noch nie erschließungsbeitragsrechtlich abgerechnet wurde, davor geschützt wird, noch Jahrzehnte später mit einem Erschließungsbeitrag konfrontiert zu werden.

Die Grundregel enthält jetzt § 3 I AG BauGB NRW. Diese Vorschrift lautet:

*„Die Erhebung von Erschließungsbeiträgen nach § 127 BauGB durch die Gemeinden erfolgt auf Grundlage des Kommunalabgabengesetzes mit der Maßgabe, dass ihre Festsetzung unabhängig vom Entstehen der Beitragspflicht mit Ablauf des 10. Kalenderjahres, das auf den Eintritt der Vorteilslage folgt, ausgeschlossen ist.“*

(Unterstreichung durch den Unterzeichner)

Es gilt also eine Maximalfrist von zehn Jahren, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Verwirklichung der sog. „Vorteilslage“. Mit diesem Begriff hat der Landesgesetzgeber Kriterien aufgegriffen, welche zuvor von der Rechtsprechung entwickelt worden waren. Diese Grundsätze werden in der Gesetzesbegründung wie folgt zusammengefasst:

*„Die Vorteilslage ... liegt bereits vor, wenn eine beitragsfähige Erschließungsanlage den an sie zu stellenden technischen Anforderungen entspricht und dies für den Beitragspflichtigen erkennbar ist. Dies soll jedenfalls dann der Fall sein, wenn die Erschließungsanlage die nach dem satzungsmäßigen Teileinrichtungsprogramm, also den in der Satzung geregelten Merkmalen der endgültigen Herstellung, und die nach dem Bauprogramm erforderlichen Teileinrichtungen aufweist.“*

*Landtags-Drucksache 17/16916, Seite 3*

Es kommt also darauf an, ob der Breidenbacher Weg die technischen Mindestmerkmale aufwies, welche die Erschließungsbeitragsatzungen der Gemeinde Nümbrecht jetzt und in der Vergangenheit für eine endgültig hergestellte Straße festgelegt haben. Dies zwingt bei Straßen mit langer „Geschichte“, wie dies beim Breidenbacher Weg zweifelsfrei der Fall ist, zur Kontrolle sämtlicher Fassungen der Erschließungsbeitragsatzung der Gemeinde Nümbrecht. Hinzu kommt hier die Schwierigkeit, dass nach Aktenlage die ersten Satzungsfassungen wohl unwirksam waren; noch die Satzung aus dem Jahr 1974 ist vom OVG Münster für unwirksam erklärt worden.

*Vgl. OVG Münster, Urteil vom 24.11.1976 – 3 A 505/75 –*

Es sei hier aber einmal dahingestellt, welche Fassung der Nümbrechter Erschließungsbeitragsatzung diejenige war, die als erste Rechtswirksamkeit für sich beanspruchen durfte. Denn ich unterstelle, dass die Gemeinde bei der satzungsmäßigen Festlegung der technischen Merkmale für eine fertige Straße sich an den einschlägigen Mustersatzungen orientiert hat. Danach gehören in technischer Hinsicht zu einer „fertigen“ Straße mindestens immer drei Teileinrichtungen, nämlich

- befestigte Fahrbahn,
- funktionstüchtige Straßenoberflächenentwässerung,
- betriebsfertige Straßenbeleuchtung.

Da der Breidenbacher Weg bis heute über keine ordnungsgemäße Straßenoberflächenentwässerung verfügt, kann für ihn in der Vergangenheit zu keinem Zeitpunkt die „Vorteilslage“ entstanden sein; somit wurde die 10-Jahres-Frist nach § 3 I AG BauGB NRW bislang überhaupt noch nicht ausgelöst.

3.

Allerdings hat der Landesgesetzgeber eine weitere „Höchstfristregelung“ geschaffen, die dann nicht an die Erfüllung der technischen Vorteilslage anknüpft, sondern deutlich früher ansetzt. Es handelt sich um die Bestimmung des § 3 IV AG BauGB NRW, welche lautet:

*„Unabhängig von dem Eintritt der Vorteilslage ist die Festsetzung der Beitragspflicht für solche Erschließungsanlagen ausgeschlossen, wenn seit dem Beginn der erstmaligen technischen Herstellung mindestens 25 Jahre vergangen sind. Bezieht sich der Beginn der technischen Herstellung nur auf eine Teilstrecke der Erschließungsanlage, so gilt Satz 1 nur für diese Teilstrecke.“*

Nach dieser Regelung läuft die Höchstfrist - von dann 25 Jahren - nicht erst ab der Realisierung der drei oben beschriebenen Teileinrichtungen und damit des Eintritts der Vorteilslage, sondern schon ab „Beginn der erstmaligen technischen Herstellung“. Was der Landesgesetzgeber damit gemeint hat, ergibt sich wiederum aus der Gesetzesbegründung, wo es heißt:

*„Der Beginn der erstmaligen technischen Herstellung einer Erschließungsanlage ist für die Gemeinde, aber auch für die Beitragspflichtigen etwa aufgrund von Aufzeichnungen, Rechnungen oder Presseberichten auch viele Jahre später noch festzustellen. Im Zweifel wird man an den ersten Spatenstich als Startschuss für den Beginn der Bauarbeiten anknüpfen können.“*

Diese Bestimmung ist bei den nordrhein-westfälischen Kommunen und ihren Interessenvertretungen auf massiven Protest gestoßen. Denn sie hat zur Folge, dass eine Vielzahl von Straßen, für die eigentlich noch eine erschließungsbeitragsrechtliche Abrechnung vorgesehen war, nicht mehr nach diesem Beitragsregime abgerechnet werden können, weil der „erste Spatenstich“ in der größten Zahl dieser Fälle deutlich länger als 25 Jahre zurückliegt. Es haben sich in der Fachliteratur bereits die ersten Stimmen gemeldet, welche die Verfassungskonformität dieser Regelung anzweifeln.

*Vgl. Driehaus, Neuregelungen zur Erhebung von Erschließungsbeiträgen in § 3 AG BauGB NRW – halbherzig und irritierend –, KStZ 22, 106:*

*„Im Übrigen ist nicht unzweifelhaft, ob der Landesgesetzgeber § 3 Abs. 4 hat wirksam erlassen können. Denn durch die Vorschrift wird die Erfüllung der bundesrechtlich angeordneten Beitragserhebungspflicht behindert, so dass es dazu einer bundesrechtlichen Rechtfertigung bedarf.“*

Für mich ist aus der Perspektive des anwaltlichen Praktikers aber zunächst maßgeblich, was das geltende Recht besagt. Ich kann daher der Gemeinde Nümbrecht nicht empfehlen, wegen dieser durchaus gravierenden Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit des § 3 Abs. 3 AG BauGB NRW von dessen Anwendung abzusehen. Die Gemeinde Nümbrecht ist an Recht und Gesetz gebunden und kann allenfalls, wenn sie eine solche Bestimmung als verfassungswidrig erachtet, Verfassungsbeschwerde erheben. Bis zu einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung aber muss das Gesetz so angewandt werden, wie es der Landesgesetzgeber formuliert hat.

#### 4.

Überträgt man diese Vorgaben des § 3 IV AG BauGB NRW auf den Breidenbacher Weg, so ergibt sich dann Folgendes:

Diese Straße dürfte, so wie sie heute besteht, im Wesentlichen auf eine Baumaßnahme aus dem Jahr 1960 zurückgehen. Nach Aktenlage gab es eine – in den Details aber nicht bekannte – Rechnung der Firma Steinhauer vom 30.06.1960, bezogen auf den Breidenbacher Weg, allerdings nur mit einer Länge von 361 m. Der von diesem Unternehmen in Rechnung gestellte Betrag belief sich auf 12.493,60 DM.

Dies wäre dann im Sinne der oben zitierten Gesetzesbegründung der „erste Spatenstich“. Eine andere Bewertung würde sich nur dann ergeben, wenn sich feststellen ließe, dass die diese Maßnahme seinerzeit beschließende Gemeinde Nümbrecht hier nur ein Provisorium schaffen wollte. Denn der Anwendungsbereich des § 3 IV AG BauGB NRW bezieht sich – natürlich – nur auf den „ersten Spatenstich“ für den endgültigen Ausbau; wenn eine Gemeinde nur einen vorläufigen technischen Zustand herstellen wollte, kann diese Höchstleistregelung nicht eingreifen.

Bei der Prüfung der damaligen Motivationslage der Gemeinde Nümbrecht vermittelt die Abrechnung dieser von der Firma Steinhauer durchgeführten Maßnahme die relevanten Aufschlüsse. Denn gemeindeseitig wurden unter dem 14.10.1963 eine Reihe von Erschließungsbeitragsbescheiden an die Anlieger des Breidenbacher Weges geschickt. In diesen Bescheiden heißt es jeweils:

*„Das Grundstück grenzt an den Breidenbacher Weg in Nümbrecht. Dieser Weg wurde ordnungsgemäß befestigt und mit einer Straßenbeleuchtung versehen. Es handelt sich also um eine Erschließungsanlage im Sinne des § 133 Abs. 4 BBauG. Das Grundstück unterliegt somit gemäß § 133 Abs. 1 BBauG der Beitragspflicht, die bei fertiggestellten Anlagen am 29.10.1960 entstanden ist. Nach § 134 Abs. 1 BBauG sind Sie als Eigentümer beitragspflichtig.“*

Diese Erschließungsbeitragsheranziehungen mit der zitierten Begründung vermitteln ein deutliches – und kaum zu widerlegendes – Indiz dafür, dass die Gemeinde Nümbrecht die Ausbaumaßnahme Anfang der 1960er Jahre als endgültige Herstellung aufgefasst hat. Man mag darüber streiten können, ob diese damalige gemeindliche Einschätzung rechtlich haltbar war. Denn es erscheint nicht schlüssig, wenn die Gemeinde seinerzeit von einer fertiggestellten und damit erschließungsbeitragsrechtlich abrechnungsfähigen Straße ausging, nur weil es eine Fahrbahn und eine Straßenbeleuchtung gab. Aus welchen Gründen man seinerzeit meinte, auf eine Straßenoberflächenentwässerung – sprich: einen Kanal zur Aufnahme und Fortleitung des Straßenoberflächenwassers – verzichten zu können, erschließt sich nach Aktenlage nicht. Möglicherweise erachtete man es seinerzeit als technisch ausreichend, wenn das Straßenoberflächenwasser „wild“ in den Banketten versickerte. Ungeachtet dieser möglicherweise hier vorliegenden erschließungsbeitragsrechtlichen Fehlbewertung ist aber jedenfalls eines entscheidend: Die Gemeinde Nümbrecht war davon überzeugt, hier mit dem Instrument des Erschließungsbeitragsrechts eine Abrechnung vornehmen zu können, was aber nur dann beitragsrechtlich möglich ist, wenn es um eine dem Endbau dienende Straßenbaumaßnahme ging.

Die Gemeinde hat – um insoweit die Historie abzurunden - die Erschließungsbeitragsheranziehungen dann auf die vielen eingelegten Widersprüche hin aufrechterhalten und negative Widerspruchsbescheide erlassen. In den nachfolgenden Klageverfahren erfolgte allerdings eine Bescheidsaufhebung, ohne dass die Motive hierfür aus den Akten

erkennbar sind. Die Widerspruchsführer hatten in erster Linie argumentiert, dass der Breidenbacher Weg als vorhandene Straße Erschließungsbeitragsfreiheit genieße; offenbar hat dieses – von der Sache her unzutreffende – Argument die Gemeinde dann doch überzeugt und zur Aufhebung der Heranziehungs- sowie der Widerspruchsbescheide veranlasst.

Zusammengefasst ist somit bei Auswertung der mir vorliegenden Unterlagen festzustellen, dass es (spätestens) Anfang der 1960er Jahre am Breidenbacher Weg eine Ausbaumaßnahme gab, welche in jedem Fall als „erster Spatenstich“ gewertet werden muss. Sie diente nach dem Willen der Gemeinde auch der Herstellung einer erschließungsbeitragsrechtlich abrechenbaren und damit endgültig hergestellten Straße, also nicht der Schaffung eines bloßen Provisoriums. Somit lägen die Voraussetzungen für die Auslösung der 25jährigen Ausschlussfrist nach § 3 IV AG BauGB NRW vor. Die jetzt anstehende Ausbaumaßnahme darf daher nicht nach Erschließungsbeitrags-, sondern muss nach Straßenbaubeitragsrecht abgerechnet werden.

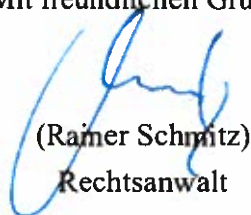
## 5.

Hingewiesen sei schließlich noch auf eine weitere Schwierigkeit:

Die oben beschriebene Ausbaumaßnahme aus dem Anfang der 1960er Jahre bezog sich auf den Breidenbacher Weg über eine Länge von 361 m. Der Breidenbacher Weg in seiner heutigen Form dürfte länger sein. Dies könnte dann zur Folge haben, dass „gesplittet“ abgerechnet werden muss. Wie oben zitiert, bestimmt § 3 IV Satz 2 AG BauGB NRW, dass der Erschließungsbeitragsausschluss sich auf eine Teilstrecke beschränkt, wenn der von der Gemeinde gewollte Beginn des Endausbaus nur auf eine Teilstrecke gerichtet war. Damit zerfiele der Breidenbacher Weg in zwei Anlagen, nämlich die ersten 361 m, die nach Straßenbaubeitragsrecht abgerechnet werden müssen und die Reststrecke, welche dem Erschließungsbeitragsrecht unterliegt. Es spricht aber einiges dafür, dass die Reststrecke, welche an die Anfang der 1960er Jahre erstellten 361 m anschloss, hinsichtlich ihres „ersten Spatenstichs“ ebenfalls schon länger als 25 Jahre zurückliegt. Jedenfalls vermitteln die mir vorliegenden Fotos nicht den Eindruck, als ob das letzte Teilstück des Breidenbacher Weges erst in neuerer Zeit hergestellt worden wäre.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die seit dem 01.06.2022 bestehende neue erschließungsbeitragsrechtliche Rechtslage in Nordrhein-Westfalen für die Kommunen erhebliche Rechtsunsicherheiten in der Anwendung der verschiedenen Beitragssysteme auslöst. Es dürfte noch Jahre dauern, bis durch die Rechtsprechung Klarheit geschaffen wurde, wie diese neuen Vorschriften umzusetzen sind, wenn sie sich überhaupt als verfassungswirksam erweisen. Die vorliegende Stellungnahme beruht daher, wie offen eingeräumt werden muss, auf vielen ungeklärten Rechtsproblemen; die hier gefundenen Ergebnisse sind aber bei Auslegung des Gesetzestextes nach Wortlaut, gesetzgeberischer Motivation und Gesetzesbegründung so aus meiner Sicht gut vertretbar.

Mit freundlichen Grüßen



(Rainer Schmitz)  
Rechtsanwalt