

**Die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen der
Entscheidung des BVerfG vom
12. November 2015 (BvR 2961/14 u.a.)**

Rechtsgutachten – Teil 2

erstattet

durch das
Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften
an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

im Auftrag des
Ministerium des Innern und für Kommunales
des Landes Brandenburg

bearbeitet von:
Univ.-Prof. Dr. Christoph Brüning

27. Juli 2016

Inhaltsverzeichnis

A. Ausgangslage und Auftrag.....	4
B. Gutachten – Teil 2.....	8
1. Teil: Bestandsaufnahme und unmittelbare Reaktionsmöglichkeiten .8	
<i>I. Verwaltungsverfahrenrechtliche Optionen</i>	<i>8</i>
1. Rechtsprechung als Ausgangs- und Endpunkt	8
2. Das Vollstreckungsverbot des § 79 Abs. 2 BVerfGG.....	10
3. Reaktionsmöglichkeiten der Beitragszahler.....	12
4. Reaktionsmöglichkeiten der Aufgabenträger	12
a. Rechtstatsächlicher Hintergrund.....	12
b. Organisationsrechtlicher Rahmen	13
c. Handlungsoptionen unter Berücksichtigung der tatsächlichen Vor- und Nachteile	14
aa. „Kleine Lösung“ – Option I	14
bb. „Mittlere Lösung“ – Option II.....	15
cc. „Große Lösung“ – Option III.....	17
dd. „Größte Lösung“ – Option IV	18
ee. Zwischenfazit.....	19
5. Reaktionsmöglichkeiten des Landesgesetzgebers	20
a. Anordnung einer Beitragserstattung.....	20
b. Hinweis zur Wirkung des § 169 AO.....	21
c. Beschränkung von Beitragsrückzahlungen.....	22
d. Änderung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG.....	23
<i>II. Aufhebung bzw. Änderung des StHG</i>	<i>24</i>
1. Dogmatische „Flurbereinigung“	24
2. Die Grenze des Rückwirkungsverbots	26
2. Teil: Kommunalabgabenrechtliches Folgenmanagement	29
1. Der Ausgleich von Kostenunterdeckungen im Gebührenrecht	29
a. Ausgangslage	29
b. Nachträgliche Fehlerkorrektur durch Neuberechnung des Gebührensatzes	30

c.	Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers	32
aa.	Ausnahme von der Periodengerechtigkeit	32
bb.	Ausweitung des Kostenbegriffs.....	33
2.	Änderungen im Anschlussbeitragsrecht.....	35
a.	Ausgangslage	35
b.	Die Abschaffung der Beitragsfinanzierung	36
aa.	Wahlfreiheit des Einrichtungsträgers	36
bb.	Verwaltungs- und Kostenaufwand aller Einrichtungsträger.....	37
cc.	Kostenübernahme durch das Land	38
c.	Fiktion einer beitragsfähigen Maßnahme	39
aa.	Kanon der beitragsfähigen Maßnahmen	39
bb.	Regelung durch den Gesetzgeber	40
cc.	Änderung der Abwasserbeseitigungsplanung des Aufgabenträgers.....	41
d.	Erstbeitrag und weiterer Beitrag gemäß dem SächsKAG	43
e.	Wiederkehrende Beiträge	45
aa.	Straßenausbaubeitragsrecht.....	45
bb.	Anschlussbeitragsrecht	46
3.	„Flucht in das Zivilrecht“?.....	47

3. Teil: Organisatorische und finanzwirtschaftliche Maßnahmen 50

<i>I.</i>	<i>Hochzonung der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung.....</i>	<i>50</i>
1.	Reformdimensionen	50
2.	Der verfassungsrechtliche Rahmen.....	51
3.	Die Selbstverwaltungsgarantie.....	53
4.	Kommunale Gemeinschaftsarbeit.....	54
5.	Die Umorganisation der Aufgabenwahrnehmung	55
a.	Aufgabenbestand und Eigenverantwortlichkeit.....	55
b.	Rechtfertigungsgründe	57
c.	Konsequenzen für die Einrichtungsfinanzierung.....	58
<i>II.</i>	<i>Modifikation des kommunalen Finanzausgleichs</i>	<i>59</i>
1.	Regelungszusammenhang.....	59
2.	Konsequenzen	60

A. Ausgangslage und Auftrag

Das BVerfG hat mit Beschluss vom 12. November 2015 (BvR 2961/14 u.a.) *nicht* entschieden, dass die Vorschrift des § 8 des Kommunalabgabengesetzes für das Land Brandenburg (KAG) ganz oder teilweise verfassungswidrig ist. Deshalb bildet die Norm – i.V.m. einer entsprechenden Beitragssatzung – unverändert eine tragfähige Rechtsgrundlage für die Erhebung von (Anschluss-)Beiträgen.

Das BVerfG hat in den o.g. Beschlüssen lediglich festgestellt, dass die Anwendung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG in der seit dem 1. Februar 2004 geltenden Fassung in Fällen, in denen Beitragserhebungen nach der bis dahin geltenden Fassung der Vorschrift in der Auslegung durch das OVG Brandenburg wegen zwischenzeitlich eingetretener Festsetzungsverjährung nicht mehr möglich gewesen wären, gegen das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot verstößt. Das Verfassungsgericht des Landes Brandenburg hatte die Anwendung des geänderten § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG auf derartige Fälle mit Beschluss vom 21. September 2012 (VfGBbg 46/11) noch als nach verfassungsrechtlichen Maßstäben zulässig eingeschätzt. Der am 17. Dezember 2015 veröffentlichte Beschluss des BVerfG kam daher, auch angesichts der bisher eindeutigen obergerichtlichen Rechtsprechung zur Erhebung von Beiträgen für sog. „altangeschlossene“ Grundstücke und Grundstücke, bei denen die sachliche Beitragspflicht nach dem ersten – wenn auch unwirksamen – Satzungserlass bereits vor dem 1. Januar 2000 entstehen sollte, überraschend.

Die oben genannte Entscheidung des BVerfG hat weitreichende rechtliche, wirtschaftliche und politische Folgen für Aufgabenträger, Abgabepflichtige und das Land Brandenburg. Da Beitragszahlungen bei den Gebührenkalkulationen laufend berücksichtigt worden sind, wird insbesondere eine Rückzahlung der Anschlussbeiträge zu erheblichen Unterdeckungen in den öffentlichen Einrichtungen der Wasserwirtschaft führen. Zugleich sind zukünftig Gebührensteigerungen zu erwarten, da das bislang gebührenmindernd berücksichtigte Beitragskapital sich in dem Umfang durch Rückerstattungen verringert, in dem es noch nicht abgelöst ist.

In einer EntschlieÙung¹ hat der Landtag die Landesregierung aufgefordert, „mit Hilfe eines externen wissenschaftliches Gutachtens eine eingehende Analyse der rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Anschlussbeitragsrecht nach § 8 KAG vorzunehmen und dabei rechtssichere Möglichkeiten einer künftigen Finanzierung der Siedlungswasserwirtschaft in den Blick zu nehmen“.

Die im Rahmen dieses (ersten) Rechtgutachtens „zumindest“ zu untersuchenden Fragen sind im Werkvertrag folgendermaßen benannt worden:

1. Für welche Grundstücke hätten nach der Rechtsprechung des BVerfG nach der bis zum 1. Februar 2004 geltenden Fassung des KAG Beiträge nicht mehr festgesetzt werden können?
2. Wie wirken sich Beitragserhebungen durch Kommunen oder Zweckverbände vor Gründung eines neuen Zweckverbandes bzw. vor Beitritt zu einem bestehenden Zweckverband aus?
 - Durch wen muss der von dem jetzigen Verbandsmitglied erhobene Beitrag zurückgezahlt werden?
 - Kann/muss der Zweckverband bei Rückzahlung des Beitrages z. B. durch die Gemeinde erhöhte Gebühren erheben?
 - Ist der Zweckverband bei unterschiedlicher Verfahrensweise seiner Verbandsmitglieder verpflichtet, gesplittete Gebühren zu erheben?
3. Welche Ansprüche (Beiträge, Zinsen, Nebenforderungen, Anwaltskosten) entstehen durch Rücknahme von Beitragsbescheiden
 - bei gerichtsanhängigen Verfahren,
 - bei noch laufenden Widerspruchsverfahren und
 - bei bereits bestandkräftigen rechtswidrigen Bescheiden?

¹ LT-Drucks. 6/3695.

4. Besteht – zur Vermeidung weiterer Kosten – im Hinblick auf die Aufhebung von Beitragsbescheiden und damit verbundene Rückzahlungsverpflichtungen eine „Eilbedürftigkeit“?
5. Wie wirkt sich ein zwischenzeitlich stattgefundenener Wechsel der Grundstückseigentümer aus?
6. Welche Auswirkungen haben Beitragsrückerstattungen auf die Gebührenkalkulation
 - a. bei kompletter Beitragsrückerstattung an alle bevorteilten Grundstückseigentümer?
 - b. bei Beschränkung der Beitragsrückerstattungen auf noch nicht bestandskräftige Bescheide?
 - c. bei Rückerstattung von Beiträgen, die nach dem Beschluss des BVerfG aufgrund rechtswidriger Bescheide erhoben worden sind?
7. Welche nicht durch Gebührenerhebungen auszugleichenden Finanzierungslücken entstehen durch Beitragsrückerstattungen? (Mit anderen Worten: Auf welchen Kosten bleiben Aufgabenträger „sitzen“?)
8. In welchen Fällen ist eine gebühreseitige Entlastung der dauerhaft beitragsbelasteten Grundstückseigentümer zwingend geboten? Gibt es zur Vermeidung gespaltener Gebührensätze eine Geringfügigkeitsgrenze (Anwendung der Rechtsprechung zu Typisierungsmöglichkeiten im Abgabenrecht)?
9. Wer kann wem gegenüber welche zivilrechtlichen Ansprüche aufgrund des BVerfG-Beschlusses geltend machen? Gibt es Möglichkeiten, entsprechende Zahlungen eines Aufgabenträgers aus der zivilrechtlichen Inanspruchnahme (z. B. Amtshaftung, Staatshaftung) gebühreseitig zu refinanzieren, obwohl diese Kosten nicht der Aufgabenerfüllung dienen?

In einem zweiten Gutachten sollen dann mögliche Lösungswege für die Aufgabenträger und ggf. flankierende Maßnahmen des Landes aufgezeigt werden.

Darauf hinzuweisen ist vorab, dass ein Rechtsgutachten lediglich Meinungen entwickeln und begründen kann, jenseits der Überzeugungskraft der Argumentation aber keinerlei Verbindlichkeit in streitigen Fragen zu entfalten vermag. Hierzu sind im gewaltenteiligen Rechtsstaat allein die Gerichte berufen. Vor dem Hintergrund der öffentlichen Diskussionen im Land Brandenburg, insbesondere um die sog. Altanschießer-Problematik, ist daher zu erwarten, dass praktisch jedes Verhalten der kommunalen bzw. verbandlichen Aufgabenträger im Zusammenhang mit Beitrags- und Gebührenerhebungen bzw. -erstattungen auch zukünftig gerichtlich überprüft werden wird. Insofern liefert dieses Gutachten nur *einen* Baustein für die Entscheidungsfindung im Land und den Verbänden bzw. Kommunen.

B. Gutachten – Teil 2

1. Teil: Bestandsaufnahme und unmittelbare Reaktionsmöglichkeiten

I. Verwaltungsverfahrenrechtliche Optionen

1. Rechtsprechung als Ausgangs- und Endpunkt

Festzuhalten ist, dass die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen der Entscheidung des BVerfG vom 12. November 2015 (BvR 2961/14 u.a.) ihren Ausgangspunkt in der – von den meisten anderen Obergerichten nicht geteilten² – Rechtsprechung des OVG Brandenburg zu § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG in der bis zum 31. Januar 2004 geltenden Fassung gefunden haben. Nach obergerichtlicher Ansicht war für den Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht im Sinne von § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. schon der formelle Akt des Satzungserlasses maßgebend, ohne dass es insoweit auch auf die materielle Rechtmäßigkeit und damit die Wirksamkeit der Satzung angekommen wäre.³ Entscheidend war danach der erste Satzungsversuch des Einrichtungsträgers. Misslang dieser, konnte mangels wirksamer Satzung zwar keine – konkrete – Beitragsveranlagung erfolgen; gleichwohl war die Beitragspflicht – gewissermaßen abstrakt – in dem Zeitpunkt entstanden, zu dem der Satzungsgeber das Inkrafttreten der Satzung bestimmt hatte.

Das führte für die in diesem Zeitpunkt bereits anschließbaren Grundstücke dazu, dass damit die vierjährige Festsetzungsfrist zu laufen begann. Für den Einrichtungsträger bedeutete das, dass er bei seinen „Reparaturversuchen“ einen rückwirkenden Satzungserlass vornehmen musste, um im Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht nicht nur eine formell beschlossene, aber nicht gültige, sondern auch materiell wirksame Rechtsgrundlage für die Beitragserhebung zu haben. Dauerte der rückwirkende Satzungserlass zu lange, trat ggf. Festsetzungsverjäh-

² Anschaulich jüngst OVG Thüringen, U. v. 12.1.2016 – 4 KO 850/09 – juris Rn. 48 ff., insbes. 55 f.; zu Rspr. in Sachsen-Anhalt *Heitmann/Mörchen*, LKV 2016, 114 ff.

³ OVG Brandenburg, U. v. 8.6.2000 – 2 D 29/98 NE – juris Rn. 43 ff.

rung ein. Eine Beitragserhebung schied dann aus; Beitragsausfälle waren die Folge.

Hierauf reagierte der Landesgesetzgeber, indem er mit Wirkung zum 1. Februar 2004 § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG um ein Wort ergänzte („mit Inkrafttreten der *rechtswirksamen* Satzung“). In der Folge dieser Neuregelung entfiel die Notwendigkeit, Beitragssatzungen rückwirkend zu erlassen, da die sachliche Beitragspflicht – konkret und abstrakt – nun immer erst und nur mit einer formell *und* materiell rechtmäßigen und damit wirksamen Satzung entstehen konnte. Erwies sich eine Satzung als zwar erlassen, aber unwirksam, wurde die Festsetzungsfrist gar nicht in Gang gesetzt. Sie lief erstmalig ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens einer gültigen Satzung.

Erneut trat das OVG Berlin-Brandenburg maßgeblich in Erscheinung, weil es entschied, dass diese neu gefasste Norm – trotz fehlender gesetzlicher Rückwirkungsanordnung – auf alle „offenen“ Veranlagungsfälle anwendbar sei,⁴ mithin auch auf diejenigen, in denen Beitragserhebungen nach der ursprünglichen Gesetzesfassung in der Auslegung des OVG Brandenburg wegen zwischenzeitlich eingetretener Festsetzungsverjährung nicht mehr möglich gewesen wären. Zwar hätte auch in diesen Fällen rückwirkend noch eine Satzung auf den Zeitpunkt in Kraft gesetzt werden können, in dem die sachliche Beitragspflicht formell entstanden war. In derselben juristischen Sekunde, in der die sachliche Beitragspflicht dann auch materiell entstanden wäre, wäre aber Festsetzungsverjährung eingetreten (sog. hypothetische Festsetzungsverjährung). Zur Begründung führte das OVG Berlin-Brandenburg aus, dass es sich insoweit um eine unechte Rückwirkung handele, die mangels Vertrauensschutzes der betroffenen Grundstückseigentümer zulässig sei. Das LVerfG Brandenburg hat diese Auffassung bestätigt.⁵

Anderer Ansicht als das Landesverfassungsgericht und das OVG Berlin-Brandenburg zeigte sich das BVerfG im Rahmen von Verfassungsbeschwerden, die es Ende 2015 im Wege des Kammerbeschlusses als „of-

⁴ OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 12.12.2007 – 9 B 45.06 – juris Rn. 49 ff.

⁵ LVerfG Berlin-Brandenburg, B. v. 21.9.2012 – 46/11 – juris Rn. 50 ff.

fensichtlich begründet“ ansah.⁶ Es konstatiert zwar, dass mangels wirksamer Satzung eine Beitragspflicht nicht entstehen und damit Verjährung nicht eintreten könne. Durch die Rechtsprechung des OVG werde aber der Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht mit dem ersten, ggf. fehlgeschlagenen Satzungserlass fixiert. Bezogen hierauf scheidet nach Eintritt der Festsetzungsverjährung eine Veranlagung aus, auch wenn eine wirksame Satzung nachgeschoben werde. Deshalb korrigiere die Neufassung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG die obergerichtliche Auslegung und stelle sich für den Betroffenen als echte Rückwirkung dar. Die Rechtslage sei angesichts der klaren Rechtsprechung des OVG weder unklar noch verworren gewesen; eine Neuregelung sei daher nicht notwendig und auch nicht zu erwarten gewesen.

Ungeachtet der Frage, wie überzeugend die Entscheidungen des BVerfG in dogmatischer Hinsicht sein mögen, sind sie zum Teil rechtstatsächlich oberflächlich. Insoweit schließt sich der Kreis besonderer Judikate. Denn obwohl im Verfahren 9 B 43.15 des OVG Berlin-Brandenburg gar kein „altangeschlossenes“ Grundstück in Rede stand und wegen der Neukonfiguration der öffentlichen Einrichtung im Zuge einer kommunalen Gebietsreform kein Sachverhalt gegeben war, der zwingend dem bundesverfassungsgerichtlichen Verständnis des Rückwirkungsverbots zuzuordnen gewesen wäre, hat das BVerfG auch in diesem Fall eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes aus Art. 20 Abs. 3 GG festgestellt, das anders lautende Urteil des OVG aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Das OVG Berlin-Brandenburg hat sich hieran gebunden gefühlt und die angegriffenen Beitragsbescheide aufgehoben.⁷

2. Das Vollstreckungsverbot des § 79 Abs. 2 BVerfGG

Entscheidungen, die nicht mehr anfechtbar sind – und gegen die auch nicht Verfassungsbeschwerde erhoben worden ist – „bleiben (...) unbe-

⁶ BVerfG, B. v. 12.11.2015 – 1 BvR 2961/14 u. 3051/14 –.

⁷ OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 11.2.2016 – 9 B 1.16 u. 9 B 43.15 –.

rührt“, selbst wenn sie „auf einer (...) für nichtig erklärten Norm beruhen“, § 79 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 95 Abs. 3 Satz 3 BVerfGG. Lediglich „die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung ist unzulässig“, § 79 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 95 Abs. 3 Satz 3 BVerfGG.

Zwar hat das BVerfG vorliegend nicht die Nichtigkeit bzw. Verfassungswidrigkeit einer Norm festgestellt. Das BVerfG hat vielmehr „ersichtlich im Wege verfassungskonformer Auslegung“ den Anwendungsbereich des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. beschränkt und Fälle ausgeschlossen, „in denen der Anschlussbeitrag zum Zeitpunkt der Gesetzesänderung (1. Februar 2004) nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Brandenburg (Urteil vom 8. Juni 2000, a.a.O.) bereits festsetzungsverjährt gewesen wäre, wenn der Satzungsgeber eine wirksame Beitragssatzung erlassen hätte, die auf den nach § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. maßgeblichen Zeitpunkt zurückgewirkt hätte“.⁸

Allerdings ist § 79 Abs. 2 BVerfGG über den Wortlaut hinaus auch dann anzuwenden, wenn das BVerfG nicht die Nichtigkeit einer Norm festgestellt, sondern bestimmte Auslegungen der Norm für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt hat.⁹ Insofern wirkt sich die mit § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG gegenüber der materiellen Gerechtigkeit durchgesetzte Rechtssicherheit „nach der Wertung des Bundesgesetzgebers keineswegs nur zu Gunsten der Bürger aus. § 79 Abs. 2 BVerfGG gilt im Übrigen für alle bestandskräftigen und `bezahlten` Anschlussbeitragsbescheide, insbesondere für sogenannte `Altanschießerbescheide`“.¹⁰ Lediglich falls die Betroffenen die Forderung aus dem Beitragsbescheid noch nicht oder jedenfalls nicht vollständig erfüllt haben, begünstigt sie das Vollstreckungsverbot aus § 79 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG.

⁸ So zutreffend OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 11.2.2016 – 9 B 1.16 – Urteilsabdruck S. 9.

⁹ BVerfGE 115, 51 (62 ff.); *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Loseblattsammlung Stand: Februar 2016, § 79 Rn. 45a m.w.N.

¹⁰ OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 11.2.2016 – 9 B 1.16 – Urteilsabdruck S. 13.

3. Reaktionsmöglichkeiten der Beitragszahler

Den Adressaten bestandskräftiger Beitragsbescheide ist zwar nicht die Möglichkeit versagt, einen Anspruch auf Wiederaufgreifen im weiteren Sinne, also das subjektiv-öffentliche Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Rücknahme des bestandskräftigen Verwaltungsakts aus § 48 VwVfG oder hier § 130 AO, geltend zu machen. Nach den im Ersten Teil des Gutachtens entwickelten Rechtsauffassungen steht das sog. „Rückabwicklungsverbot“ aus § 79 Abs. 2 BVerfGG entsprechenden Anträgen nicht entgegen.

Allerdings ist es grundsätzlich ermessensfehlerfrei und damit rechtmäßig, wenn die Behörde den Antrag auch ohne nähere sachliche Prüfung mit der (grundsätzlich schriftlichen) Begründung ablehnt, sie räume der Bestandskraft den Vorrang ein und sehe für eine andere Beurteilung keinen Anlass. § 130 Abs. 1 AO kann nur dann einen Anspruch auf Rücknahme vermitteln, wenn das Ermessen der Behörde in diese Richtung auf Null reduziert ist, etwa weil sich die Verwaltung in diesem Sinne selbst gebunden hat. Da sich den Einrichtungsträgern bei Erlass der Beitragsbescheide die Rechtswidrigkeit, also letztlich die Verfassungswidrigkeit der landesverfassungs- und obergerichtlich akzeptierten Anwendung von § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG, keinesfalls aufdrängen musste, entsteht auch keine weitergehende Prüfungspflicht unter dem Gesichtspunkt eines qualifizierten Rechtsverstoßes, dessen Aufrechterhaltung allein aus Gründen der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens „schlechthin unerträglich“ erscheint. Ungeachtet dessen kann ein vom Beitragschuldner angerufenes Verwaltungsgericht zu einer anderen Einschätzung gelangen.

4. Reaktionsmöglichkeiten der Aufgabenträger

a. Rechtstatsächlicher Hintergrund

Infolge der jahrelang von der brandenburgischen Verwaltungsgerichtsbarkeit gestützten Rechtsanwendung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG sind Anschlussbeiträge ab dem Jahr 2004 auch noch erhoben worden, wenn für ein konkretes Grundstück die Anschlussmöglichkeit im Jahr 1999 oder

früher gegeben gewesen ist, sich die Anschlussmöglichkeit auf die Anlage des jeweiligen Aufgabenträgers bezogen hat und ein Satzungsversuch im Jahr 1999 oder früher unternommen worden ist. Solche Fälle sind dem Anwendungsbereich der bundesverfassungsgerichtlichen Feststellung einer unzulässigen Rückwirkung unterworfen, wenn zudem der Lauf der vierjährigen hypothetischen Festsetzungsfrist in Bezug auf das Grundstück im Zeitpunkt der Gesetzesänderung am 1. Februar 2004 nicht durch den rechtzeitigen Erlass eines Beitragsbescheides und ggf. ein nachfolgendes Widerspruchs- oder Klageverfahren gehemmt gewesen ist.¹¹

Auch wenn sich angesichts der Rechtsprechung des BVerfG eine Vielzahl von Beitragsbescheiden als rechtswidrig erweist, steht die etwaige Bestandskraft grundsätzlich einer Aufhebung der Verwaltungsakte und einer Erstattung der Beitragsschuld entgegen. Gleichwohl dürfte die Erwartungshaltung der betroffenen Grundstückseigentümer dahin gehen, die Beitragsveranlagung in all diesen Fällen rückabzuwickeln.

Diesen – berechtigten oder unberechtigten – Rückforderungsansprüchen der Beitragsschuldner sehen sich die Aufgabenträger derzeit massiv ausgesetzt. Aus ihrer Sicht drängt das Problem auch deshalb auf eine zeitnahe Lösung, da sie für die anstehende Gebührenkalkulationen Klarheit über die Finanzierung der öffentlichen Wasserversorgungs- und Abwasserbeseitigungseinrichtung haben müssen.

b. Organisationsrechtlicher Rahmen

Auch wenn der im Bescheidwege herangezogene Abgabenschuldner keinen Anspruch auf Rücknahme des rechtswidrigen, aber bestandskräftigen Verwaltungsakts hat, vermag die Behörde gleichwohl ermessensfehlerfrei zu einer Rücknahmeentscheidung zu gelangen. Sie muss sich keineswegs auf die Gesichtspunkte der Bestandskraft und Rechtssicherheit berufen, sondern kann anderen Sachgesichtspunkten, insbesondere solchen des Gemeinwohls, durchschlagende Bedeutung beimessen. Für

¹¹ So OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 11.2.2016 – 9 B 1.16 – Urteilsabdruck S. 10 f.

die pflichtgemäße Ermessensausübung bedarf es sachlicher Gründe, die sich aus der Organisationshoheit des kommunalen Aufgabenträgers im Hinblick auf das Finanzierungsmodell der Abwasserbeseitigungs- und Wasserversorgungseinrichtung ergeben können.

Dem steht keine „absolute Rücknahmesperre“ aus § 169 Abs. 1 AO entgegen. Anderenfalls würde die Umstellung des Finanzierungssystems einer öffentlichen Einrichtung auf ein rein gebührenfinanziertes Modell über den Weg der Rückerstattung aller Anschlussbeiträge abgabenrechtlich unmöglich gemacht, weil Rücknahme und Widerruf von Beitragsbescheiden nicht mehr zulässig wären. Insoweit hat die Rechtsprechung ausdrücklich betont, dass die abgabenrechtlichen Vorgaben die kommunale Organisationsfreiheit nicht leerlaufen lassen dürfen.¹²

c. Handlungsoptionen unter Berücksichtigung der tatsächlichen Vor- und Nachteile

aa. „Kleine Lösung“ – Option I

Eine rechtliche Verpflichtung trifft die Einrichtungsträger dahin, alle von der bundesverfassungsgerichtlichen Feststellung erfassten und noch nicht bestandskräftigen Bescheide aufzuheben und die Beiträge zurückzuerstatten. Im Übrigen kann an der Aufgabenfinanzierung durch Anschlussbeiträge und Benutzungsgebühren festgehalten werden.

Belässt es der Verband bzw. die Kommune dabei, wird die finanzielle Unterdeckung der Einrichtungsfinanzierung in Gestalt der nicht durch Gebühren zu kompensierenden Beitragsausfälle auf das geringstmögliche Maß beschränkt. Ein weiterer Vorteil ergibt sich dann, wenn ein Gebührensplitting für beitrags- und gebührenzahlende Grundstückseigentümer einerseits und nur gebührenzahlende Benutzer andererseits unterbleiben kann, weil die Fallgruppe der noch nicht bestandskräftigen und damit aufzuhebenden Beitragsbescheide nicht mehr als 10 % der prinzipiell einer Beitragserhebung unterliegenden Fälle ausmacht.¹³

¹² BVerwG, NVwZ 1999, 653.

¹³ Siehe dazu Gutachten 1. Teil, dort 2. Teil II.3.a.

Nachteilig dürfte sein, dass diese „kleine Lösung“ nur begrenzt Akzeptanz bei den Betroffenen finden dürfte. Ungeachtet dessen sind jenseits der Geringfügigkeitsgrenze gesplittete Gebührensätze notwendig. Die von der Beitragserstattung begünstigten Gebührensschuldner werden zu höheren Gebühren herangezogen, weil in der sie betreffenden Gebührenrechnung ex nunc kein Abzugskapital mehr veranschlagt wird. Schließlich sei auf das Problem von möglichen Ungleichbehandlungen infolge von Beitragsstundungen hingewiesen, das gebührenkalkulatorisch kaum zu bewältigen ist.¹⁴

Im Ergebnis führt an der Erfüllung der Aufhebungs- und Erstattungspflicht im beschriebenen Umfang kein Weg vorbei. Eine Beschränkung des Vorgehens auf diese Option bietet sich – ungeachtet verbandspolitischer Erwägungen – an, wenn der Anteil der rechtswidrigen, aber noch nicht bestandskräftigen Beitragsbescheide weniger als 10 % der Veranlagungsfälle beträgt, weil dann ein Gebührensplitting vermieden werden kann/darf.

bb. „Mittlere Lösung“ – Option II

Über die Aufhebung aller einschlägigen, aber noch nicht bestandskräftigen Beitragsbescheide hinaus kommt in Betracht, auch diejenigen Verwaltungsakte aufzuheben, die zwar schon bestandskräftig, aber noch nicht vollständig bezahlt bzw. vollstreckt sind, weil in unterschiedlichem Maß Stundungen ausgesprochen worden sind. Ungeachtet dessen besteht auch hier eine duale Einrichtungsfinanzierung über Beiträge und Gebühren fort.

Der Vorteil liegt darin, die stark vom Einzelfall abhängige Beteiligung der Grundstückseigentümer am Investitionsaufwand der Einrichtung, die gebührenkalkulatorisch nicht abbildbar ist, zu vereinfachen, indem es bei den Gruppen von beitragsfrei gestellten und beitragszahlenden Grundstückseigentümern belassen wird. Falls die Benutzergruppe der bestandskräftigen, aber noch nicht vollständig bezahlten Beitragsschuld mehr als 10 % der Gebührenfälle umfasst, ergeben sich anderenfalls

¹⁴ Siehe dazu Gutachten 1. Teil, dort 2. Teil II.3.e.

praktisch nicht auflösbare Schwierigkeiten einer gleichheitsgemäßen Differenzierung in der Gebührenkalkulation.

Der Nachteil dieser Option besteht ersichtlich darin, dass die Akzeptanzprobleme bei den Abgabenschuldnern nicht geringer werden dürften, weil zwar mehr, aber immer noch nicht alle rechtswidrigen Beitragsverhältnisse rückabgewickelt werden. Zudem wird die nicht gegenfinanzierte Unterdeckung des Einrichtungsbetriebs im Vergleich zur „kleinen Lösung“ (noch) größer. Schließlich ergibt sich die Folge einer gesplitteten Gebühr ebenso wie diejenige höherer Benutzungsgebühren für die Gruppe der Nicht-Beitragszahler.

Um nicht einen Anspruch aller Beitragsschuldner auf Aufhebung und Erstattung vermittels einer Selbstbindung der Verwaltung entstehen zu lassen, wird der Einrichtungsträger darauf zu achten haben, dass der Umfang der Maßnahme von vornherein dadurch beschrieben wird, was gebührenkalkulatorisch verlangt ist, nämlich die Eröffnung einer verwaltungspraktikablen Beitrags- und Gebührenerhebung. Die Ausübung des Rücknahmeermessens ist daher durch die Bereinigung der Gruppen der Grundstückseigentümer in beitragsfreie und beitragszahlende Benutzer zu begrenzen. Veranlagungsfälle, die schon ohne Bescheidrücknahme zugeordnet werden können, sind dann nicht gleich gelagert und bedingen keine Gleichbehandlung.¹⁵

Im Ergebnis birgt diese „mittlere Lösung“ zwar Risiken. Sie liegt aber unter Umständen nahe, wenn der Anteil der rechtswidrigen bestandskräftigen, aber noch nicht bezahlten bzw. vollstreckten Beitragsbescheide mehr als 10 % der Veranlagungsfälle beträgt, so dass ein zusätzliches Gebührensplitting nötig wird. Um dann die schwierige und rechtsunsichere Bildung weiterer Fallgruppen zu vermeiden, kann bei all denjenigen Abgabenschuldnern, die den Anspruch trotz bestandskräftiger Festsetzung noch nicht vollständig beglichen haben, eine Rücknahme des Beitragsbescheids, die Rückzahlung etwaig geleisteter Beträge und damit eine Überführung in die Gruppe der nicht beitragspflichtigen Grundstückseigentümer erfolgen.

¹⁵ Siehe dazu Gutachten 1. Teil, dort 3. Teil I.1.a.cc.

cc. „Große Lösung“ – Option III

Ferner ist daran zu denken, dass der Einrichtungsträger alle vom Verdikt des BVerfG erfassten und danach rechtswidrigen Beitragsbescheide aufhebt, und zwar ungeachtet ihrer Bestandskraft. Jenseits dessen hält er aber an einer Anschlussbeitrags- und Gebührenerhebung fest.

Diese für alle von der Entscheidung des BVerfG erfassten Beitragsbescheide einheitliche Vorgehensweise dürfte bei den Betroffenen nachvollziehbarerweise auf große Akzeptanz stoßen.

Allerdings bedeutet das für den Aufgabenträger eine im Verhältnis zu den Optionen I und II noch erheblichere, aus Eigen- oder Drittmitteln zu tragende Unterdeckung. Zudem wird die Kalkulation gesplitteter Gebühren notwendig, wenn die Gruppe der von der Erstattung betroffenen Benutzer mehr als 10 % der Fälle ausmacht. Das führt grundsätzlich ex nunc zu deutlich höheren Gebühren für die von der Beitragsrückzahlung betroffenen Grundstückseigentümer, weil sie nicht mehr mit Abzugskapital zur Investitionsfinanzierung der Einrichtung beitragen, während die dauerhaft beitragsbelasteten Grundstückseigentümer niedrigere Gebühren zahlen, weil ihnen die aufgebrauchten Beiträge in der Gebührenkalkulation zugutekommen. Auf die stets mit der Kalkulation unterschiedlicher Gebührensätze verbundenen rechtlichen Risiken ist hinzuweisen. Das Problem der Selbstbindung der Verwaltung ist demgegenüber handhabbar, wenn und weil bei der Rücknahmeentscheidung sauber zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Beitragsbescheiden differenziert wird.

Im Ergebnis wird diese „große Lösung“ nur zum Zuge kommen, wenn sie für den Verband finanzierbar ist. Damit gerät das Thema der Verbandsumlage in den Vordergrund. Politisch ist mit Blick auf die infolge eines hohen Rückzahlungsvolumens stark steigenden Benutzungsgebühren zu gewärtigen, wie die zunächst von der Beitragszahlung befreiten Bevölkerungsgruppen und Wirtschaftsteilnehmer darauf reagieren werden.

dd. „Größte Lösung“ – Option IV

Der Aufgabenträger kann die Entscheidungen des BVerfG zum Anlass nehmen, das Finanzierungssystem der öffentlichen Einrichtung grundlegend von einer Misch- auf eine reine Gebührenfinanzierung umzustellen. Diese Möglichkeit bietet sich zum einen ab jetzt für die Zukunft und führt wegen der dann im zulässigen Rahmen in der Vergangenheit mit Anschlussbeiträgen belasteten Grundstückseigentümer zur gesplitteten Gebühr. Lediglich ex nunc findet keine Beitragsveranlagung mehr statt; die einschlägige Satzung wird aufgehoben. Zum anderen kann der Aufgabenträger alle jemals erlassenen Beitragsbescheide unabhängig von Rechtmäßigkeit und Bestandskraft aufheben und den Herstellungsaufwand zukünftig über Benutzungsgebühren refinanzieren.

Vordergründig dürfte dieses Vorgehen von den Grundstückseigentümern begrüßt werden. Jedenfalls bei einer allumfassenden Beitragsrückerstattung unter Verzicht auf weitere Beitragserhebungen entfällt auch das Erfordernis einer gespaltenen Gebührenkalkulation, so dass die Abgabenerhebung für Verband und Schuldner einsichtiger wird.

Das Problem der Finanzierbarkeit dieses Systemwechsels liegt auf der Hand. Da die rückerstatteten Beiträge kein periodengerechter Aufwand sind, soweit sie über die Gebühren der vergangenen Rechnungsperioden aufgelöst worden sind, können sie nicht in die Gebührenkalkulation eingestellt werden.¹⁶ Gleichwohl steigen die Gebühren ab dem Änderungszeitpunkt für alle, da nunmehr kein Abzugskapital mehr in Ansatz gebracht werden kann. Schließlich stellt sich die Umstellung für die Mieter am nachteiligsten dar, da sie keine Anschlussbeiträge zurückerhalten, jedoch über die erhöhten Benutzungsgebühren, die als Nebenkosten von den Eigentümern abgewälzt werden können, stärker belastet werden.

Im Ergebnis gelten hier die Einschätzungen zu Option III in besonderem Maße: Nachhaltig steigende Verbandsumlagen und Benutzungsgebühren bedürfen der Vermittlung an die Betroffenen. Hinzu kommt ein Weiteres: Mit der Abschaffung der Anschlussbeitragserhebung scheidet das

¹⁶ Siehe dazu Gutachten 1. Teil, dort 2. Teil II.4.d.aa.

kommunalabgabenrechtlich vorgehaltene Vorfinanzierungsinstrument für Investitionen aus, m.a.W.: Herstellungsaufwand wird nur noch sukzessive über kalkulatorische Abschreibungen und Zinsen refinanziert. Auch die Erhebung von Erneuerungs- und Verbesserungsbeiträgen scheidet aus. Zweckmäßigerweise dürfte die „größte Lösung“ daher nur gewählt werden, wenn die Investitionstätigkeit weitgehend abgeschlossen, d.h. das Abwasserbeseitigungskonzept im Wesentlichen verwirklicht ist.

ee. Zwischenfazit

In der Gesamtschau lässt sich feststellen, dass die Deckungslücke beim Aufgabenträger umso größer wird, je weiter der Umfang der Beitragsrückerstattung gewählt wird. Je mehr Beiträge bereits aufgelöst, d.h. in der Vergangenheit als Abzugskapital in der Gebührenkalkulation kostenmindernd berücksichtigt worden sind, umso größer gerät die nicht mehr über Benutzungsgebühren kompensierbare Unterdeckung. Je weniger Beiträge gebührenkalkulatorisch schon abgeschrieben sind, umso höher fällt der Gebührensprung zulasten der Einrichtungsbenutzer aus.

Maßgebend wird es bei der Wahl einer Option auf die finanzielle Leistungsfähigkeit der Aufgabenträger ankommen, die sich sehr unterschiedlich darstellt. Schon die rechtlich zwingende Variante I kann allerdings die Aufgabenwahrnehmung gefährden, wenn eine hohe Anzahl nicht bestandskräftiger, von der Entscheidung des BVerfG erfasster Beitragsbescheide vorliegt. Dies gilt erst recht für die weiterreichenden Lösungen.

Eine Beitragsrückzahlung wird – ungeachtet des Umfangs – zumeist nur kreditfinanziert möglich sein und damit von einer kommunalaufsichtlichen Genehmigung abhängen. Voraussetzung für deren Erteilung ist üblicherweise, dass die Ertragskraft des Aufgabenträgers ausreicht, um die Kreditannuitäten zu bedienen. Angesichts der unter Umständen erheblichen Kreditvolumen bei gleichzeitiger teilweiser Gebührenunfähigkeit der damit einhergehenden Finanzierungskosten sind Zweifel an der Genehmigungsfähigkeit angebracht. Zwar müssen Zweckverbände im

Falle eines Finanzbedarfs Umlagen erheben (vgl. § 29 GKGBbg). Deren Erfüllung hängt indes an der Leistungsfähigkeit der Mitgliedsgemeinden, die ihrerseits für die Zahlung von Verbandsumlagen keine Kredite in Anspruch nehmen dürfen, wenn und weil die Verbandsumlagen grundsätzlich keine Investition im Sinne von § 74 Abs. 1 BbgKVerf darstellen.

Nur angemerkt sei, dass diejenigen Abgabenschuldner, die wegen der bundesverfassungsgerichtlichen Beschlüsse meinen, zu Unrecht zu Anschlussbeiträgen herangezogen worden zu sein, nicht gehindert sind, staatshaftungsrechtliche Ersatzansprüche geltend zu machen. Insoweit ist zu vermuten, dass dieser Versuch – unabhängig von den Erfolgsaussichten¹⁷ – umso breiter angelegt sein wird, umso geringer der Umfang aufgehobener rechtswidriger und bestandskräftiger Beitragsbescheide sein wird.

5. Reaktionsmöglichkeiten des Landesgesetzgebers

a. Anordnung einer Beitragserstattung

Nach geltendem Recht liegt der Ball in den Spielfeldern der kommunalen Aufgabenträger, welche die Wasserversorgung und die Abwasserbeseitigung als kommunale Selbstverwaltungsaufgaben wahrnehmen. Sie müssen je für sich entscheiden, ob sie dem „Rückabwicklungsverbot“ aus § 79 Abs. 2 BVerfGG folgen¹⁸ oder Gründe dafür haben, auch bestandskräftige Beitragsbescheide aufzuheben.

Ungeachtet dessen ist der Landesgesetzgeber befugt, das Rückabwicklungsverbot allgemeinverbindlich aufzuheben oder abzuschwächen und damit der materiellen Gerechtigkeit den Vorzug vor der formellen Rechtssicherheit zu geben.¹⁹ Um vom Geltungsanspruch des § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG abzuweichen, bedarf es einer besonderen normativen

¹⁷ Dazu Siehe dazu Gutachten 1. Teil, dort 4. Teil IV.

¹⁸ Zur Anwendung des Rückabwicklungsverbots auch in Fällen, in denen das BVerfG „nur“ eine bestimmte Normauslegung für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt hat, *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 9), § 79 Rn. 45a m.w.N.: „Die verfassungskonforme Auslegung erweist sich als besondere Erscheinungsform der Teilnichtigerklärung“.

¹⁹ *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 9), § 79 Rn. 55.

Regelung, die dann alle kommunalen bzw. verbandlichen Aufgabenträger zur Rücknahme auch und gerade bestandskräftiger Bescheide verpflichtet.²⁰

Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass eine landesgesetzliche Anordnung an die kommunalen Aufgabenträger, auch bestandskräftige Bescheide aufzuheben und damit eine Rückerstattungslast zu übernehmen, die Konnexitätsregelung des Art. 97 Abs. 3 Verf Bbg, § 2 Abs. 5 BbgKVerf aktivieren dürfte. Denn während die oben dargestellte Option I zwingend mit der vorhandenen Aufgabenwahrnehmung verbunden ist, verursacht jede darüber hinausgehende Lösung eine Mehrbelastung der Gemeinden oder Gemeindeverbände, für die das Land einen entsprechenden finanziellen Ausgleich schaffen muss, wenn es entsprechende Verpflichtungen zu „Standards der Aufgabenerfüllung“²¹ statuiert.

b. Hinweis zur Wirkung des § 169 AO

Wenn die Aufgabenträger eine der Optionen wählen, bei welcher auch bereits bestandskräftige Abgabenbescheide aufzuheben sind, werden sie daran nach der hier vertretenen Ansicht nicht von einer aus der Festsetzungsverjährung im Sinne der § 12 Abs. 1 Nr. 4 lit. b) KAG i.V.m. § 169 AO erwachsenden „Rücknahmesperre“ gehindert. Vielmehr sind sie im Rahmen ihrer Ermessenentscheidung im Hinblick auf die Umstellung auf ein rein gebührenfinanziertes Modell frei, der materiellen Gerechtigkeit den Vorzug vor der formellen Rechtssicherheit zu gewähren.²²

Um dem Risiko vorzubeugen, dass ein mit dieser Frage befasstes Verwaltungsgericht die Ansicht vertritt, eine Aufhebung entsprechender Beitragsbescheide sei rechtswidrig, weil einer Neuveranlagung die zwischenzeitlich eingetretene (hypothetische) Festsetzungsverjährung ent-

²⁰ Vgl. § 7 Abs. 2 Satz 2 ThürKAG sowie die umfangreichen Übergangsregelungen des § 21a ThürKAG.

²¹ Vgl. die als Erschließungsantrag im Landtag verabschiedeten Erläuterungen zu Art. 97 Abs. 3 Verf Bbg, abgedruckt in Muth (Hrsg.), Potsdamer Kommentar, Loseblatt: Stand Februar 2016, § 2 BbgKVerf Rn. 93.

²² Gutachten 1. Teil, dort 3. Teil I.1.c.

gegenstehe, könnte der Landesgesetzgeber einen klarstellenden Zusatz im Verweis auf § 169 AO aufnehmen. So könnte in § 12 Abs. 1 Nr. 4 lit. b) KAG hinzu gesetzt werden, dass die Anwendung der Vorschriften zur Festsetzungsverjährung die Aufhebung bestandskräftiger Abgabenbescheide im Zuge einer Umstellung des Finanzierungsmodells einer öffentlichen Einrichtung nicht hindern dürfe.

Grundsätzlich dürfte eine derartige Regelung zulässig sein, zumal die Aufhebung und Rückzahlung von Beiträgen für die Abgabepflichtigen rechtlich und tatsächlich vorteilhaft ist. Es muss vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbot es aber strikt darauf geachtet werden, dass die Regelung nicht dazu dient, die Rechtsprechung des BVerfG zu umgehen bzw. eine Möglichkeit hierfür zu schaffen. Das bedeutet, dass nur der Wechsel der Einrichtungsfinanzierung für die Zukunft, nicht aber eine erneute Beitragserhebung in den als verfassungswidrig gebrandmarkten Fällen eröffnet wird. Es darf nur um einen Dispens von der der Festsetzungsverjährung zulasten der Aufgabenträger, nicht zulasten der Abgabepflichtigen gehen.

c. Beschränkung von Beitragsrückzahlungen

In umgekehrter Richtung, d.h. mit dem Ziel des Ausschlusses von Rückzahlungsansprüchen auch bei nicht bestandskräftigen Beitragsbescheiden, sind dem Landesgesetzgeber vorliegend zwar nicht durch die Gesetzeskraft der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung die Hände gebunden. Nach § 93c Abs. 1 Satz 3 BVerfGG ist eine Kammer des BVerfG zu einer Entscheidung mit einer solchen Wirkung nicht befugt; vielmehr „(bleibt) eine Entscheidung, die mit der Wirkung des § 31 Abs. 2 ausspricht, daß ein Gesetz mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht unvereinbar oder nicht ist, (...) dem Senat vorbehalten“. Folglich findet auf das Verfahren im Falle einer stattgebenden Kammerentscheidung nach § 93c Abs. 2 BVerfGG auch „nur“ § 95 Abs. 1 u. 2 BVerfGG, nicht aber § 95 Abs. 3 BVerfGG Anwendung. Bindungswirkung

entfaltet eine Kammerentscheidung lediglich über § 31 Abs. 1 BVerfGG.²³

Allerdings läuft eine im Rahmen der Gesetzgebungszuständigkeit des Landes getroffene Norm, mit der der Entscheidungsgehalt des BVerfG abgeschwächt oder gar aufgehoben wird, Gefahr, erneut vom BVerfG überprüft und ggf. aufgehoben zu werden. Da es bei dem hier inmitten stehenden Beschluss um eine Rückwirkungsproblematik geht, atmen alle landesgesetzlichen Regelungen, die jetzt erlassen werden, um noch nicht bestandskräftig abgeschlossene Beitragserhebungsverfahren für Grundstücke mit Anschlussmöglichkeit und Satzungsversuch des Aufgabenträgers mit geplantem Inkrafttreten oder festgelegtem Zeitpunkt der Beitragspflichtentstehung vor Ablauf des 31. Dezember 1999 unverändert einer Beitragspflicht oder einer anderen Veranlagungsmöglichkeit zu unterwerfen, den Geist der Umgehung dieses Richterspruchs. Dass ein solches Vorgehen des Landesgesetzgebers ungeachtet aller Rechtsfragen auf Widerstand bei den Betroffenen stieß und erheblichen politischen Gegendruck erzeugte, versteht sich von selbst.

d. Änderung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG

Erwogen werden könnte, die brandenburgische Rechtslage dergestalt zu ändern, dass § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG die bis zum 31. Januar 2004 gültige Fassung zurückerhält, indem das seinerzeit eingefügte Wort „rechtswirksam“ wieder gestrichen wird.

Zunächst ist offen, ob damit überhaupt eine Rechtsänderung einträte, weil die Rechtsprechung die Norm auch ohne dieses Wort dahin interpretieren kann, dass als auslösendes Ereignis für den Beginn der Festsetzungsverjährungsfrist das Inkrafttreten einer *rechtswirksamen* Satzung notwendig ist. Dieser Gleichlauf des Beginns der Verjährungsfrist mit dem Entstehen der sachlichen Beitragspflicht ist dogmatisch ange-

²³

Hierauf rekurren folgerichtig OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 11.2.2016 – 9 B 43.15 –, Urteilsabdruck S. 8, und VG Cottbus, U. v. 17.3.2016 – VG 6 K 554/14 – Urteilsabdruck S. 9.

zeigt.²⁴ Ferner entspricht dieses Normverständnis der Rechtslage in anderen Bundesländern, deren einschlägige KAG-Regelung mit der – nach der Auslegung durch das OVG Brandenburg problematischen – alten Fassung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG identisch ist. So bedürfte es z.B. in Sachsen-Anhalt gar keiner Gesetzeskorrektur, weil dort die Rechtsprechung stets auf eine rechtswirksame Satzung abgestellt hat, obwohl der Vorschrift der Zusatz „rechtswirksam“ schon immer fehlt.²⁵

Wenn die brandenburgische Verwaltungsgerichtsbarkeit ungeachtet dessen nach einer Streichung des Wortes „rechtswirksam“ wieder zu ihrer ursprünglichen Rechtsprechung zurückkehrte, bedingte das erhebliche Rechtsunsicherheiten. Denn insoweit wäre unklar, ob das auf den ersten formellen Satzungsversuch abstellende Normverständnis auch rückwirkend gilt. Zudem wäre mit weiteren erheblichen Beitragsausfällen, auch bei bislang nicht betroffenen Aufgabenträgern zu rechnen, weil erneut die Gefahr hypothetischer Festsetzungsverjährung einträte.

II. Aufhebung bzw. Änderung des StHG

1. Dogmatische „Flurbereinigung“

Das außer in Brandenburg nur noch in Thüringen als Landesrecht fortgeltende Gesetz zur Regelung der Staatshaftung in der DDR (StHG) ist durch den brandenburgischen Landesgesetzgeber hinsichtlich Tatbestand und Rechtsfolge seit 1990 nicht geändert worden. Es ist vielmehr bis heute mit den „Maßgaben“ wirksam, die es durch den Einigungsvertrag erhalten hat.²⁶ Damit sind die Probleme, „in welchem Sinne der durch den Einigungsvertrag modifizierte und verlautbarte Text des StHG DDR in der neuen Umgebung der grundgesetzlichen Ordnung verstanden, ausgelegt und angewendet werden soll“, geblieben.²⁷

²⁴ *Driehaus*, in: Driehaus (Hrsg.), Kommunalabgabenrecht, Loseblatt-Kommentar, Stand März 2016, § 8 Rn. 1988.

²⁵ OVG Magdeburg, B. v. 17.02.2016 – 4 L 119/15 – LKV 2016, 186.

²⁶ Vgl. Gesetz zur Bereinigung des zu Landesrecht gewordenen Rechts der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (Erstes Brandenburgisches Rechtsbereinigungsgesetz – 1. BbgRBG) vom 3. September 1997 (GVBl. I S. 104).

²⁷ *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 572.

Kennzeichnend für das StHG ist, dass Haftungsbegrenzungen der Amtshaftung wie die Drittbezogenheit der durch einen Amtswalter verletzen Pflichten oder das Verschuldenserfordernis fehlen. Im Ersten Teil des Gutachtens ist eine teleologische Reduzierung des Tatbestandes von § 1 StHG begründet worden. Selbst § 79 Abs. 2 BVerfGG sieht lediglich ein Vollstreckungsverbot, nicht aber die Rückabwicklung bestandkräftig festgesetzter Regelungen vor. § 79 Abs. 2 Satz 4 BVerfGG will ein Ignorieren der Bestandskraft allein oder gerade wegen der späteren rückwirkenden Normkassation verhindern.²⁸ Wenn die Haftung nach dem StHG unbegrenzt durchgriffe, müsste jedoch eine erst nachträglich als Verletzung der Rechtsordnung erkannte Verwaltungsmaßnahme sekundärrechtlich ausgeglichen werden, was bei Kommunalabgaben letztlich der Aufhebung des Verwaltungsakts gleichkäme.

Nicht zuletzt deshalb ist jedenfalls eine tatbestandliche Anpassung des StHG an die Amtshaftung angezeigt. Der Gedanke des „dulde und liquidiere“ ist für die Dogmatik der Haftung für Staatsunrecht zugunsten eines Abwehranspruchs verabschiedet worden.²⁹ Der stattdessen grundsätzlich geltende Vorrang des Primärrechtsschutzes wird aber unterlaufen, wenn der Schutzzweck des StHG nicht begrenzt ist.³⁰

Nach hier vertretener Auffassung greifen Schadensersatzansprüche nach dem StHG grundsätzlich weder im Verhältnis Beitragsschuldner-Aufgabenträger noch im Verhältnis Aufgabenträger-Land durch, wenn man eine ungeschriebene Beschränkung des Zurechnungszusammenhangs zwischen Verwaltungshandeln und Schaden anerkennt. Nicht absehbar ist indes, ob sich die zuständige Zivilgerichtsbarkeit davon überzeugen lassen wird.

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist gesetzgeberisches Tätigwerden vonnöten. Da die Einfügung einer Haftungsbegrenzung seit geraumer

²⁸ So *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 9), § 79 Rn. 74, der mit Blick auf den Verfassungsrang von Art. 34 GG für die Amtshaftung hinzufügt, dass sich diese Norm „nicht über die Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen des haftungsbegründenden Tatbestandes des § 839 BGB“ verhalte.

²⁹ Grundlegend BVerfGE 58, 300 (324).

³⁰ So auch *Lühmann*, in: Herbst/Lühmann, Die Staatshaftungsgesetze der neuen Länder, 1997, S. 203 f. Diesen Wertungswiderspruch identifiziert auch *Schwarz*, KStZ 2011, 7 (10).

Zeit diskutiert und teilweise angenommen wird, könnte eine entsprechende gesetzliche Regelung unter Umständen noch als Klarstellung der Rechtslage angesehen werden. Wenn das Verfassungsgericht des Landes oder des Bundes das anders sieht, gerät eine dann konstitutiv verstandene Änderung des StHG ebenso mit dem Rechtsstaatsprinzip in Konflikt wie die rückwirkende Aufhebung der Anspruchsgrundlage. Eine Aufhebung bzw. Änderung des StHG ex nunc lässt demgegenüber entstandene Schadensersatzansprüche unberührt.

Angemerkt sei, dass ein dogmatisch eingepasstes StHG – ungeachtet von Reichweite und Zulässigkeit einer Gesetzesänderung – keinen Mehrwert gegenüber der Amtshaftung mehr besäße, so dass auch für Brandenburg die in nahezu allen anderen neuen Ländern bereits vorgenommene ersatzlose Aufhebung zielführend wäre.

2. Die Grenze des Rückwirkungsverbots

Bezüglich der Anforderungen, die an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der rückwirkenden Änderung von Rechtsvorschriften zu stellen sind, wird herkömmlich eine Differenzierung zwischen einer „echten“ und einer „unechten“ Rückwirkung von Gesetzen vorgenommen. Aus dieser tatbestandlichen Einordnung ergibt sich dann im Sinne eines Regel-Ausnahme-Satzes die Rechtsfolge der (Un-)Zulässigkeit der rückwirkenden Beseitigung der individuellen Rechtsposition.³¹ Eine echte Rückwirkung (teilweise auch Rückbewirkung von Rechtsfolgen genannt) liegt vor, wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift.³² Dagegen handelt es sich um eine unechte Rückwirkung (teilweise auch tatbestandliche Rückanknüpfung genannt), wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte für die Zukunft einwirkt und damit die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet.³³

³¹ BVerfG, NJW 1997, 722 (723).

³² BVerfGE 57, 361 (391); 68, 287 (306).

³³ BVerfGE 51, 356 (362); 69, 272 (309); 72, 141 (154).

Eine unechte Rückwirkung von Gesetzen ist grundsätzlich zulässig, es sei denn, dass das Gesetz einen Eingriff vornimmt, mit dem der Betroffene nicht zu rechnen brauchte, und dass sein Vertrauen schutzwürdiger ist als das mit dem Gesetz verfolgte Anliegen.³⁴ Erforderlich ist eine Abwägung zwischen dem Ausmaß des Vertrauensschadens beim Einzelnen und der Bedeutung des gesetzlichen Anliegens für das Wohl der Allgemeinheit.³⁵

Ein echt rückwirkendes Gesetz bzw. eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen ist nach den Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes grundsätzlich unzulässig³⁶ mit der Folge, dass ein solcher Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich ungerechtfertigt erfolgt. Ausnahmsweise ist ein solches Gesetz jedoch zulässig, wenn die durch die Rückwirkung Betroffenen in dem Zeitpunkt, auf den die Rückwirkung bezogen wird, mit einer entsprechenden Regelung rechnen mussten, ferner wenn die Rechtslage unklar oder verworren war und rückwirkend geklärt wurde, ein nichtiges Gesetz durch eine rechtsgültige Norm ersetzt wurde oder ein Fall der sog. Bagatellrückwirkung vorliegt.³⁷ Allerdings beseitigen die bloße Ankündigung einer Neuregelung, das Bekanntwerden von Gesetzesinitiativen und die öffentliche Berichterstattung über die Vorbereitung einer Änderung noch nicht das prinzipiell bis zum Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses durch das Parlament bestehende Vertrauen des Betroffenen.³⁸

Eine Beschränkung des Haftungstatbestandes aus § 1 StHG für alle noch nicht bestandskräftig oder rechtskräftig beschiedenen oder erfüllten Schadensersatzansprüche dürfte sich als unzulässige Rückwirkung darstellen. Bei Rechtssätzen, die Rechtsansprüche einräumen, beinhaltet das Merkmal „abgeschlossener Tatbestand“, dass im Zeitpunkt der Ver-

³⁴ BVerfGE 68, 287 (307); 69, 272 (310); 72, 141 (154 f.); jüngst BVerfG, B. v. 12.11.2015 – 1 BvR 2961/14 u. 3051/14 – Rn. 65 m.w.N.

³⁵ BVerfGE 72, 175 (196).

³⁶ BVerfGE 13, 261 (271) ; jüngst BVerfG, B. v. 12.11.2015 – 1 BvR 2961/14 u. 3051/14 – Rn. 55 m.w.N.

³⁷ BVerfGE 13, 261 (271) ; jüngst BVerfG, B. v. 12.11.2015 – 1 BvR 2961/14 u. 3051/14 – Rn. 56 m.w.N.

³⁸ BVerfGE 72, 200 (261).

kündigung der Änderung die Anspruchsvoraussetzungen bereits erfüllt sind, ohne dass es noch auf einen Bewilligungsbescheid o.ä. ankäme.³⁹ Fragt man danach, ob die Rechtsfolgen für einen bestimmten, vor dem Zeitpunkt der Verkündung der Norm liegenden Zeitraum eintreten sollen (Rückbewirkung von Rechtsfolgen) oder ob dies für einen nach oder mit der Verkündung beginnenden Zeitraum geschehen soll,⁴⁰ ist zwar auch eine andere Sicht denkbar. Denn nicht der durch die Bewilligung entstandene Anspruch wird aufgehoben, sondern er wird lediglich jetzt wirtschaftlich entwertet, indem seine Erfüllung von Gesetzes wegen ausgeschlossen wird. Dadurch wird aber nur scheinbar eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen umgangen. Im Fall der gesetzlichen Entwertung entstandener, aber nicht erfüllter Schadensersatzansprüche scheint es unter dem Gesichtspunkt der Wirkungsgleichheit näherliegend, auch von einer normativ-zeitlichen Rückwirkung auszugehen.⁴¹ Für deren ausnahmsweise Zulässigkeit ist nichts ersichtlich. Vielmehr liegt der Gedanke eines „Umgehungsgeschäftes“ nahe, nicht zuletzt weil das BVerfG im vorliegenden Zusammenhang sogar in einer bestimmten Normanwendung einen „materiell rückwirkenden Charakter“ erkannt hat.⁴²

³⁹ Vgl. BVerfGE 127, 1 (18 f.), 127, 31 (48 f.); 127, 61 (77 f.); 132, 302 (319); 135, 1 (13).

⁴⁰ BVerfGE 72, 200 (242).

⁴¹ Vgl. BVerfGE 132, 302 (319).

⁴² BVerfG, B. v. 12.11.2015 – 1 BvR 2961/14 u. 3051/14 – Rn. 44.

2. Teil: Kommunalabgabenrechtliches Folgenmanagement

1. Der Ausgleich von Kostenunterdeckungen im Gebührenrecht

a. Ausgangslage

Gemäß § 6 Abs. 3 Satz 2 KAG können zwar Kostenunterdeckungen „spätestens im übernächsten Kalkulationszeitraum ausgeglichen werden“.⁴³ Das setzt zunächst voraus, dass die auf bereits aufgelöste Beitragsanteile entfallenden Rückerstattungen sowie etwaige Schadensersatzzahlungen überhaupt gebührenfähige Kosten darstellen. Soweit man darauf abstellt, dass sich ein Gebührenausrisiko verwirklicht hat, weil Kosten bzw. Kapital anders angefallen sind, als im Voraus kalkuliert, ist damit zwar der Grundfall des gesetzlich in beschränktem Maße eröffneten periodenübergreifenden Ausgleichs von Unterdeckungen angesprochen. Für mehr als eine Kalkulations- und Veranlagungsperiode zurückliegende Zeiträume hilft § 6 Abs. 3 KAG aber nicht mehr weiter.

Ferner sind dem Einrichtungsträger dadurch sehr enge Grenzen für den Unterdeckungsausgleich gezogen, dass eine periodengerechte Zuordnung der kalkulatorischen Fehlbeträge geboten sein dürfte. In diesem Sinne müsste bei Beitragsrückerstattungen oder Schadensersatzzahlungen auf das Jahr der jeweiligen Beitragszahlung und deren Berücksichtigung beim Abzugskapital abgestellt werden, so dass zum überwiegenden Teil weit zurückliegende Kalkulationszeiträume betroffen sind, für die ein Unterdeckungsausgleich „verfristet“ sein wird.

Zudem begegnet die Anwendung des § 6 Abs. 3 Satz 2 KAG im vorliegenden Zusammenhang Bedenken, da hier nicht der Ausgleich ungewollter Planungs- und Prognosefehler in Rede steht, sondern die Unter-

⁴³ Ziffer 6.1.1 der inzwischen außer Kraft getretenen VV-KAG bestimmte hierzu: „Diese Frist beginnt nicht erst mit der Feststellung der Über- beziehungsweise Unterdeckung aufgrund der Nachkalkulation; vielmehr ist die Über- beziehungsweise Unterdeckung (kalkulations)periodengerecht zuzuordnen und dann entsprechend spätestens in der übernächsten Kalkulationsperiode auszugleichen. (...) Unterdeckungen können nach Ablauf dieser Frist nicht mehr ausgeglichen werden.“

deckung durch Rechtsfehler in der Beitragsveranlagung entstanden ist. Die Entscheidung für eine beitrags- *und* gebührenfinanzierte Einrichtung hat der Aufgabenträger seinerzeit bewusst getroffen. Die Berücksichtigung des Abzugskapitals in der Gebührenkalkulation folgte daraus zwingend. Müssen Beiträge nun wegen der Unzulässigkeit ihrer Erhebung zurückerstattet werden, ist fraglich, ob darin überhaupt eine Abweichung der tatsächlichen von den kalkulierten Kosten im Sinne des § 6 Abs. 3 Satz 2 KAG zu erkennen ist.

Grundsätzlich sind Korrekturen im Wege der Neuberechnung abzulehnen, die eine nachträgliche Änderung von Kalkulationszielen umsetzen.⁴⁴ Hierzu dürfte die Entscheidung zählen, die Kosten der Einrichtung über Anschlussbeiträge *und* Benutzungsgebühren zu refinanzieren. Jedenfalls der nachträgliche Wechsel des Finanzierungsmodells unter Rückerstattung aller Beiträge stellt in diesem Sinne nicht die Korrektur systemimmanenter Prognosefehler dar. Dadurch wird die Umstellung des Finanzierungssystems nicht ausgeschlossen, wohl aber eine Refinanzierung der Unterdeckung wegen bereits aufgelöster Beiträge problematisch.

b. Nachträgliche Fehlerkorrektur durch Neuberechnung des Gebührensatzes

Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob der Einrichtungsträger rückwirkend den satzungsmäßigen Gebührensatz dergestalt ändern kann, dass die aus Beitragsrückzahlungen erwachsende Unterdeckung in Höhe der bereits aufgelösten Beitragsanteile durch nacherhobene erhöhte Gebühren kompensiert werden kann. Dazu müssten die Gebührenrechnungen der vergangenen Kalkulationszeiträume dergestalt neu aufgestellt werden dürfen, dass das ursprünglich zu hoch veranschlagte Abzugskapital nun in tatsächlicher Höhe, d.h. bei vollständiger Rückabwicklung der Beitragserhebung ggf. mit Null angesetzt wird.

⁴⁴ Vgl. OVG Münster, U. v. 27.4.2015 – 9 A 2813/12 –; ausf. *Gawel*, GemHH 2002, 241 (244 ff.).

Indes macht die Unterdeckung den ursprünglich kalkulierten Gebührensatz gerade nicht rechtswidrig, wenn die zugrundeliegende Kalkulation sachgerecht und ordnungsgemäß aufgestellt worden ist. Rechtmäßige und damit wirksame Satzungsregelungen dürfen nicht rückwirkend durch andere rechtmäßige Satzungsbestimmungen ersetzt werden, auch wenn sich durch eine nicht vorhergesehene Entwicklung ergibt, dass der ursprünglich ermittelte Satz zu niedrig bemessen worden und eine erhebliche Unterdeckung eingetreten ist.⁴⁵

Da § 6 Abs. 1 Satz 2 KAG von einem „veranschlagten Gebührenaufkommen“ spricht, ist bei der Gebührenkalkulation auf voraussichtliche Ereignisse in einer zukünftigen Rechnungsperiode abzustellen. Maßgeblich ist nicht die noch unbekannte tatsächliche Entwicklung in der Rechnungsperiode, sondern die Zielsetzung der Veranschlagung. Sie darf nicht auf eine Kostenüberdeckung und soll auf eine Kostendeckung gerichtet sein. Das veranschlagte Gebührenaufkommen ist also gewissenhaft zu schätzen. Wenn trotz sachgerechter Veranschlagung in einem Haushaltsjahr Gebührenüberschüsse entstehen, berührt das die Rechtmäßigkeit der Gebührenerhebung nicht.⁴⁶

Abgesehen davon, dass nachträglich höher festgesetzte Gebühren den naheliegenden Verdacht eines „Umgehungsgeschäfts“ auslösen werden, unterliegt der rückwirkende Erlass von Gebührensatzungen gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Einschränkungen. Die Schranken der Festsetzungsverjährung und des Rückwirkungsverbots greifen hier genauso durch wie bei den Anschlussbeiträgen. So unterliegt die Festsetzung höherer Gebührensätze den strengen verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine „echte“ Rückwirkung bzw. Rückbewirkung von Rechtsfolgen.⁴⁷

⁴⁵ OVG Münster, NWVBl. 1991, 163 (168).

⁴⁶ Vgl. schon BVerwG, U. v. 10. 10. 1969 – VII C 104.65 – VRspr 21, 273; U. v. 18. 4. 1975 – VII C 41.73 – KStZ 1975, 191; auch VG Cottbus, B. v. 15.12.2015 – 6 L 339/14 – m.w.N.

⁴⁷ Ausführlich OVG Münster, NWVBl. 1991, 163 (164 ff.).

c. Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers

aa. Ausnahme von der Periodengerechtigkeit

Wenn ein Aufgabenträger die Beitragsrück- bzw. Schadensersatzzahlungen infolge der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen einen periodenübergreifenden Unterdeckungsausgleich für diesen Aufwand durchführt, wird sich mutmaßlich ein Gebührenschuldner finden, der einen entsprechenden Gebührenbescheid mit der Begründung anfecht, er finanziere damit „Altschulden“ der Einrichtung. Insoweit besteht das Risiko, dass die brandenburgische Verwaltungsgerichtsbarkeit bei geeigneter Gelegenheit urteilt, dass eine nicht mehr korrigierbare Unterdeckung vorliegt, die der Einrichtungsträger zu tragen hat.

Dem könnte der Landesgesetzgeber vorbeugen, indem er eine Aufweichung des Grundsatzes der Periodengerechtigkeit in § 6 Abs. 3 KAG anfügt. Formuliert werden müsste eine Ausnahme für den Ausgleich der durch Beitragsrückerstattungen verursachten Kostenunterdeckung. Diese Bestimmung müsste den Unterdeckungsausgleich in zeitlicher und inhaltlicher Dimension öffnen, um einerseits Defizite aus nach geltendem Recht nicht mehr erreichbaren Kalkulationszeiträumen und andererseits nicht nur Prognose-, sondern auch Kalkulationsfolgefehler zu erfassen.

Es liegt insoweit allerdings auf der Hand, dass eine derartige Norm zur gebührenrechtlichen Kostendeckung als Aushebelung des bundesverfassungsgerichtlichen Verdikts der Rückwirkung angesehen werden könnte. Denn wegen der rechtlichen Unmöglichkeit erneuter Beitragserhebung kann die Kostenunterdeckung nicht mehr durch Anschlussbeiträge kompensiert werden. Über die zu erwartende Anfechtung von Gebührenbescheiden geriete die Neuregelung wohl ihrerseits auf den (verfassungs-)gerichtlichen Prüfstand.

In Bezug auf die Dogmatik des Gebührenrechts ist zu konstatieren, dass eine ohnehin systemfremde Regelung einen größeren Anwendungsbereich erhielte. Da letztlich ein „verdeckter Verlustausgleich“ für perio-

denfremde Kosten⁴⁸ gebührenfähig würde, werden die zeitliche Dimension der Erforderlichkeit der Kosten und damit letztlich die Verhältnismäßigkeit der Inanspruchnahme des Gebührenschuldners aufgerufen. Ob und inwieweit eine solche Entgrenzung des auf Leistung und Gegenleistung angelegten Benutzungsverhältnisses vor Gericht Bestand haben wird, ist fraglich.

bb. Ausweitung des Kostenbegriffs

Ebenso dürfte diejenige Gebührenkalkulation auf den verwaltungsgerichtlichen Prüfstand geraten, in die Beitragsrück- bzw. Schadensersatzzahlungen infolge der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen schlicht als Kosten eingestellt werden. Der Einwand des Gebührenpflichtigen, er finanziere die Begünstigung der rückwirkend „befreiten“ Beitragsschuldner, ohne dass das durch seine Inanspruchnahme der Einrichtung im veranlagten Leistungszeitraum bedingt sei, liegt auf der Hand.

Dem könnte der Landesgesetzgeber vorzubeugen suchen, indem er den betriebswirtschaftlichen Kostenbegriff des § 6 Abs. 2 KAG ergänzt. So lässt sich etwa der Zusatz denken, dass zu den Kosten auch derjenige Aufwand gehört, der den Einrichtungsträgern dadurch entsteht, dass sie Anschlussbeiträge infolge der Beschlüsse des BVerfG vom 12. November 2015 zurückerstatten müssen.

Die zuvor beschriebenen verfassungsrechtlichen Einwände gegen ein solches Folgenmanagement zulasten der Gebührenpflichtigen greifen hier gleichermaßen durch. Eine (bundes-)verfassungsgerichtliche Kontrolle der entsprechenden Norm dürfte unausweichlich sein.

Gebührenrechtlich stellte eine solche Vorschrift einen Systembruch in doppelter Hinsicht dar, dessen gerichtliche Akzeptanz dahinsteht. Zum einen ist nach allgemeiner Meinung über die ansetzbaren Kosten nach dem sog. wertmäßigen Kostenbegriff zu entscheiden.⁴⁹ Danach sind Ko-

⁴⁸ *Kluge/Liedtke/Düwel*, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt, PdK Brandenburg, KAG, § 6 Rn. 432 m.w.N.

⁴⁹ *Brüning*, in: Driehaus (Fn. 24), § 6 Rn. 47 m.w.N.

sten der Werteverzehr an Gütern und Dienstleistungen, welcher durch die Leistungserbringung in einer Periode bedingt ist. Zwar stellen Ausgaben oder Auszahlungen regelmäßig auch einen Ressourcenverbrauch dar; Beitragsrückzahlungen für Anschlussfälle vor dem 1. Januar 2000 tragen jedoch nichts zur aktuell kalkulierten und bezogenen Leistungserstellung bei.

Dagegen streitet zum anderen der Grundsatz der Leistungsproportionalität, der in § 4 Abs. 2 KAG angelegt ist. Danach sind Gebühren Geldleistungen, „die als Gegenleistung für eine besondere Leistung – Amtshandlung oder sonstige Tätigkeit – der Verwaltung (Verwaltungsgebühren) oder für die Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen und Anlagen (Benutzungsgebühren) erhoben werden“. Deshalb dürfen die Gebührenpflichtigen nur mit den Kosten belastet werden, die durch die Erbringung der in Anspruch genommenen Leistung entstehen.⁵⁰ Während betriebsfremde Kosten bereits aus der Gebührenkalkulation auszusondern sind, müssen zwar einrichtungsbezogene, aber nicht alle Leistungen betreffende Kosten bei der Maßstabsregelung berücksichtigt werden. Dass die Ausweitung des Kostenbegriffs im beschriebenen Sinne Kosten leistungsdisproportional zuordnet, liegt in der Natur dieser Sonderregelung.

Schließlich bildete eine jede Sonderregelung den „Türöffner“ für andere „Notsituationen“ der Aufgabenträger. Das machte die schon jetzt keineswegs leicht zu überschauenden Vorgaben für die Gebührenkalkulation noch unübersichtlicher und vor allem auch beliebiger. Die negative Vorbildfunktion entsprechender Gesetzesänderungen muss daher beachtet werden. Das Risiko, dass die Gebührenschuldner angesichts der vielen Wendungen der brandenburgischen Einrichtungsfinanzierung in den letzten Jahrzehnten für „maßgeschneiderte“ Modifikationen des KAG wenig Verständnis aufbringen und damit jedenfalls kein Rechtsfrieden erzeugt wird, ist ohne Weiteres greifbar.

⁵⁰ *Brüning*, in: *Driehaus* (Fn. 24), § 6 Rn. 52 f. m.w.N.

2. Änderungen im Anschlussbeitragsrecht

a. Ausgangslage

Grundsätzlich hat ein Grundstückseigentümer zur Deckung des Aufwands ein und derselben Investition in die öffentliche Einrichtung nur eine Leistung – entweder einen einmaligen Anschlussbeitrag oder laufende Benutzungsgebühren – zu erbringen. Die Zahlung eines Kanalananschlussbeitrags befreit den Grundstückseigentümer daher hinsichtlich der für sein Grundstück durch beitragsfähige Maßnahmen des Einrichtungsträgers entstandenen Vorteilslage endgültig.⁵¹ Allerdings erfasst diese einmalige Abgeltung von Aufwand des Aufgabenträgers nur Investitionen im Sinne des § 8 Abs. 2 KAG – laufende Kosten werden daneben stets über Benutzungsgebühren abgerechnet – und sie reicht auch nur soweit, wie der Satzungsgeber die Quote hinsichtlich der Finanzierung des Anschaffungs- und Herstellungsaufwandes einerseits über Beiträge, andererseits über Gebühren festgelegt hat.⁵² Alternativ zu einer derartigen sog. Mischfinanzierung kommt in Betracht, alle Investitionen ausschließlich über Benutzungsgebühren nach und nach zu erwirtschaften.⁵³

Bei einem auf Beiträgen und Gebühren beruhenden Finanzierungssystem treffen sich die Abgaben in der Norm des § 6 Abs. 2 Satz 5 KAG, so dass das Abzugskapital das Instrument darstellt, über das die Harmonisierung zu suchen ist.⁵⁴ Die Norm gewährleistet, dass das durch Anschlussbeiträge aufgebrauchte Kapital zum Aufwand für die „die Herstellung, Anschaffung, Erweiterung, Erneuerung und Verbesserung öffentlicher Einrichtungen und Anlagen“ von den grundsätzlich gebührenfähigen kalkulatorischen Kosten ausgenommen wird.

Im Zuge der Umstellung des (Misch-)Finanzierungssystems muss die Gemeinde bzw. der Zweckverband nicht die gesamten Verhältnisse

⁵¹ *Grünwald*, GemHH 2003, 244.

⁵² *Kluge/Liedtke/Düwel*, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt (Fn. 48), § 6 Rn. 47.

⁵³ Siehe OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 6.6.2007 – 9 A 77/05 – juris Rn. 35 f.

⁵⁴ *Grünwald*, Anschlussbeiträge, 2014, § 2 Rn. 16; auch OVG Brandenburg, U. v. 3.12.2003 – 2 A 417/01 – juris Rn. 32: „Verzahnung beider Finanzierungswege“.

rückabwickeln, sondern „eine Doppelbelastung der Grundstückseigentümer im Hinblick auf zukünftige Herstellungsinvestitionen und Erweiterungsinvestitionen“ vermeiden.⁵⁵ Falls nicht alle erhobenen Beiträge zurückerstattet werden, führt der Weg zur reinen Gebührenfinanzierung der Einrichtung daher über die gesplittete/gespaltene Benutzungsgebühr. Die alternativ immer wieder aufgerufene Möglichkeit, einen Belastungsausgleich durch eine Billigkeitsregelung im Rahmen des Heranziehungsverfahrens (Gebührenerlass) vorzunehmen,⁵⁶ dürfte mit Blick auf rechtliche Unsicherheiten und verwaltungspraktische Schwierigkeiten eher theoretischer Natur sein. Billigkeitsentscheidungen zielen typischerweise auf die Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit.

b. Die Abschaffung der Beitragsfinanzierung

aa. Wahlfreiheit des Einrichtungsträgers

Ob die Investitionskosten der Einrichtung über die laufenden Benutzungsgebühren abgedeckt werden oder hierfür ein Anschlussbeitrag erhoben wird, hat der Einrichtungsträger im Rahmen seines Organisationsermessens zu entscheiden. Grundsätzlich sind zwar die laufenden Kosten über Benutzungsgebühren zu decken und Beiträge auf die Investitionsfinanzierung beschränkt; da zu den gebührenfähigen Kosten aber die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten rechnen, ergibt sich die Möglichkeit, den Herstellungs- und Anschaffungsaufwand statt durch einen einmaligen Beitrag durch Benutzungsgebühren über Abschreibungen und Zinsen zu decken. Bei öffentlichen Einrichtungen, bei denen Investitionsbedarf und Kosten anfallen, greifen zur Finanzierung des ersteren mithin im Prinzip zwei verschiedene Abgabenarten ein.

Das Gesetz statuiert insoweit für die Auswahl der Abgabe keine Vor- oder Nachrangigkeit. Es ist daher grundsätzlich den Aufgabenträgern überlassen, ob sie Investitionsaufwendungen für öffentliche Einrichtun-

⁵⁵ OVG Münster, DVBl. 1981, 831 (834).

⁵⁶ Siehe OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 6.6.2007 – 9 A 77/05 – juris Rn. 36 m.w.N.

gen und Anlagen sofort und einmalig durch Beiträge oder sukzessive und laufend durch Benutzungsgebühren decken. Die Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Finanzierungsmethode wird jedoch durch den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG begrenzt. In jedem Fall dürfen die Kosten nur einmal veranschlagt werden.

bb. Verwaltungs- und Kostenaufwand aller Einrichtungsträger

Vor diesem Hintergrund könnte der Landesgesetzgeber zwar den kommunalen Aufgabenträgern vorschreiben, dass eine Finanzierung der Einrichtungen über Beiträge unzulässig und auf eine reine Gebührenfinanzierung umzustellen ist. Ungeachtet des Umstands, dass das reine Gebührenmodell schon nach geltendem Recht zugänglich ist, löste er mit einer Rechtspflicht erheblichen Verwaltungs- und Kostenaufwand bei allen Einrichtungsträgern aus, nicht aber die Finanzierungsprobleme infolge verfassungswidriger Beitragserhebung in der Vergangenheit.

Zur Vermeidung unzulässiger Doppelbelastungen bei der Umstellung des Finanzierungssystems auf ein reines Gebührenmodell muss der Einrichtungsträger entweder die gezahlten Anschlussbeiträge erstatten,⁵⁷ was die Aufhebung der zugrunde liegenden Bescheide voraussetzt, oder er differenziert im Sinne eines gesplitteten Gebührensatzes nach Beitragszahlern und Nichtbeitragszahlern, indem er Abzugskapital in der Gebührenkalkulation nur bei den Beitragszahlern berücksichtigt, und beteiligt damit im Sinne der Abgabengerechtigkeit alle Gebührensschuldner am Investitionsaufwand.⁵⁸ So oder so bedeutet die vom BVerfG ausgelöste Rückzahlung von Beiträgen in kalkulatorischer Hinsicht, dass das Abzugskapital in der Kostenrechnung über Jahre zu hoch veranschlagt worden ist. Dadurch ist – im Sinne einer Gesamtbetrachtung – Investitionsaufwand nicht in dem tatsächlich entstandenen Umfang über Benutzungsgebühren refinanziert worden, wie das hätte sein können. Hieran

⁵⁷ *Grünwald*, GemHH 2003, 244 (245).

⁵⁸ Diesen Zusammenhang betont das OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 26.1.2011 – 9 B 14.09 – juris Rn. 46, ausdrücklich.

ändert der – gesetzlich verordnete ebenso wie der freiwillige – Ausstieg aus der Anschlussbeitragsenerhebung nichts.

Abgesehen davon beträfe ein gesetzliches Verbot der Anschlussbeitragsfinanzierung, ggf. verbunden mit einer rückwirkenden Anordnung, alle Aufgabenträger, d.h. auch diejenigen, die in der Sache gar nicht von der Entscheidung des BVerfG berührt werden. Es würden mithin nicht nur alte „Baustellen“ geschlossen, sondern neue eröffnet. Denn auch in Fällen, in denen gar keine infolge hypothetischer Festsetzungsverjährung rechtswidrige Beitragsveranlagung erfolgt ist, müsste ggf. eine rückwirkende Umstellung des Finanzierungssystems ins Werk gesetzt werden.

cc. Kostenübernahme durch das Land

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass eine landesgesetzliche Anordnung an die kommunalen Aufgabenträger, auch bestandskräftige Bescheide aufzuheben und damit eine Rückerstattungslast zu übernehmen, die strikt ausgelegte Konnexitätsregelung des Art. 97 Abs. 3 Verf Bbg, § 2 Abs. 5 BbgKVerf aktivieren dürfte. Denn während die oben dargestellte Option I zwingend mit der vorhandenen Aufgabenwahrnehmung verbunden ist, verursacht jede darüber hinausgehende Lösung eine Mehrbelastung der Gemeinden oder Gemeindeverbände, für die das Land einen entsprechenden finanziellen Ausgleich schaffen muss, wenn es entsprechende Verpflichtungen bei der Wahrnehmung kommunaler Selbstverwaltungsangelegenheiten statuiert.

Exemplarisch kann dieser Ausgleichsmechanismus am Beispiel Thüringens für die Wasserversorgung nachvollzogen werden. So lautet § 7 Abs. 2 Satz 2 ThürKAG schlicht:

„Für Einrichtungen der Wasserversorgung sowie für die laufende Straßenunterhaltung und die Straßeninstandsetzung werden keine Beiträge erhoben.“

Die damit verbundene Pflicht zur Beitragsrückzahlung sowie die langfristige Stützung der Aufgabenträger lässt sich der umfangreichen Übergangsregelungen des § 21a ThürKAG entnehmen. In insgesamt *elf* Absätzen regelt der Landesgesetzgeber u.a. den Zeitraum der Anpassungs-

pflicht (Absatz 2 Satz 1: „*innerhalb von zwölf Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Thüringer Kommunalabgabengesetzes und des Thüringer Wassergesetzes*“), die Rückabwicklungsmodalitäten (Absatz 3) und vor allem die Erstattung des Aufwandes durch das Land (Absätze 5 u. 6). Anspruchsberechtigt sind die Aufgabenträger gemäß § 21a Abs. 5 Satz 1 ThürKAG für „*sämtliche zusätzlichen finanziellen Aufwendungen, die ihnen unmittelbar dadurch entstehen, dass sie nach den Absätzen 3 und 4 Beiträge nicht erheben dürfen oder zurückzahlen müssen*“.

c. Fiktion einer beitragsfähigen Maßnahme

aa. Kanon der beitragsfähigen Maßnahmen

Aus § 8 Abs. 2 KAG ergibt sich, dass die Beitragspflicht nicht schon allein durch eine Leistung der Gemeinde entsteht, die darin besteht, den Grundstückseigentümern eine Anlage zur Verfügung zu stellen und dadurch wirtschaftliche Vorteile zu bieten. Vielmehr lösen einschränkend nur bestimmte Maßnahmen eine Beitragspflicht aus. Der wirtschaftliche Vorteil muss also maßnahmebedingt sein.

Nach § 8 Abs. 2 Satz 1 KAG sind die in Betracht kommenden Maßnahmen die Herstellung, Anschaffung, Erweiterung, Erneuerung und Verbesserung öffentlicher Einrichtungen und Anlagen. Eine Erneuerung liegt vor, wenn eine infolge bestimmungsgemäßer Benutzung abgenutzte Anlage durch eine neue gleicher Ausdehnung und Ausbauqualität ersetzt wird. Der wirtschaftliche Vorteil ist darin zu sehen, dass anstelle einer abgenutzten, reparaturanfälligen Anlage eine neue und sicher funktionierende Anlage die Erschließung der Grundstücke gewährleistet.⁵⁹

Allerdings dürfte die Erneuerung deshalb wenig praktische Bedeutung haben, weil die normale Nutzungsdauer einer Abwasser- oder Wasserversorgungseinrichtung auf einen geraumen Zeitraum angelegt ist und ferner Voraussetzung ist, dass entweder die gesamte Anlage oder zu-

⁵⁹ So Dietzel, in: Driehaus (Fn. 24), § 8 Rn. 529.

mindest technische selbständig benutzbare Teilanlagen wegen Verschleißes stillgelegt und durch eine neue Anlage ersetzt werden; reine Unterhaltungsmaßnahmen fallen nicht darunter.⁶⁰

bb. Regelung durch den Gesetzgeber

Knüpfte der Landesgesetzgeber hier an und fingiert die Herstellung der Einrichtungen der Abwasserbeseitigung und Wasserversorgung landesweit als abgeschlossen, um den Aufgabenträgern fortan Erneuerungsbeiträge zu ermöglichen, dürften damit durchgreifende verfassungs- und einfach-rechtliche Bedenken ausgelöst werden.

Zunächst erfasste eine entsprechende Vorschrift zum einen wohl nur Investitionsaufwand für gegenwärtige und zukünftige Maßnahmen der Einrichtungsträger. Die Schließung der Finanzierungslücke infolge zurückerstatteter Beiträge, die für die (erstmalige) Herstellung rechtswidrig erhoben worden sind, kann damit nicht gelingen. Anderenfalls ermöglichte der Gesetzgeber, dass für ein und dieselbe Investition sowohl ein Herstellungs- als auch ein Erneuerungsbeitrag erhoben würden. Das stieße sich offensichtlich mit dem Grundsatz der Einmaligkeit der Beitragserhebung.

Zum anderen umfasst schon der Herstellungsbeitrag alle Investitionen, die zum Erscheinungsbild der Gesamteinrichtung nach dem konzeptionsgemäßen Ausbauzustand gehören. Die Gesamtplanung, die im Abwasserbeseitigungskonzept niedergelegt ist, beschreibt die endgültige technische Ausstattung der Einrichtung.⁶¹ Ob und wie weit der Gesetzgeber die Dogmatik der beitragsfähigen Maßnahmen ausblenden und eine Fiktion normieren darf, ist völlig offen.

⁶⁰ *Dietzel*, in: *Driehaus* (Fn. 24), § 8 Rn. 529.

⁶¹ Vgl. OVG Brandenburg, U. v. 3.12.2003 – 2 A 733/03 – juris Rn. 20 f.: Gehört die Errichtung der betreffenden technischen Anlagen schon in dem Zeitpunkt zum Herstellungskonzept der herstellungsbeitragspflichtigen Einrichtung, in dem erstmals die sachliche Beitragspflicht für die Herstellung der Einrichtung entstand, scheidet die Erhebung von Verbesserungsbeiträgen aus. Das gilt auch dann, wenn die satzungsgemäß zu erhebenden Herstellungsbeiträge verjährt sind.

Hinzu kommt, dass eine derartige Fiktion kaum zu rechtfertigende Ungleichbehandlungen hervorriefe, nämlich zwischen denjenigen Grundstückseigentümern, die Anschlussbeiträge gezahlt haben, und denjenigen, die – aus welchen Gründen auch immer – nicht gezahlt haben. Das grundlegende Prinzip der Anschlussbeiträge, dass nämlich alle Grundstückseigentümer vorteilsgerecht zur Finanzierung der Investitionen beitragen, würde verletzt. Um Doppelbelastungen zu vermeiden, müssten daher auch hier Herstellungsbeiträge zurückerstattet und gesplante Gebührensätze angewendet werden.

Schließlich stößt sich eine gesetzliche Fiktion dergestalt, dass die Anlagen nunmehr fertig hergestellt sind, daran, dass sich die Wirklichkeit der Umsetzung verbindlicher Abwasserbeseitigungskonzepte von Aufgabenträger zu Aufgabenträger ganz unterschiedlich darstellen dürfte. So vieltalig das Bild der Organisation der Siedlungswasserwirtschaft in Brandenburg ist, so sicher lässt sich sagen, dass die verpflichtende „Übersicht über den Stand der öffentlichen Abwasserbeseitigung sowie über die zeitliche Abfolge und die geschätzten Kosten der nach Satz 3 noch erforderlichen Maßnahmen (Abwasserbeseitigungskonzept)“ (§ 66 Abs. 1 Satz 4 Brandenburgisches Wassergesetz – BbgWG), die jeder Träger der Abwasserbeseitigungspflicht für sein Gebiet im Fünf-Jahres-Turnus aufstellen muss, anders aussehen und erfüllt sein wird.

Natürlich besteht auch hier das naheliegende Risiko, dass eine entsprechende Norm im KAG als Aushöhlung des bundesverfassungsgerichtlichen Verdikts der Rückwirkung angesehen und mit dieser Begründung Klage geführt wird. Das gesetzgeberische Ziel, mittels der Fiktion die Erhebung von Erneuerungsbeiträgen zu ermöglichen, liegt offen zutage.

cc. Änderung der Abwasserbeseitigungsplanung des Aufgabenträgers

Unterhalb gesetzlicher Festlegung könnte ein Aufgabenträger erwägen, durch schlichte Änderung der Abwasserbeseitigungsplanung die Fertigstellung seiner konkreten Einrichtung zu bestimmen. Das wirft zunächst die wasserrechtlichen Fragen nach der gewillkürten Änderbarkeit des

Abwasserbeseitigungskonzepts und der wasserbehördlichen Akzeptanz dieser Planungsvolte auf.

In abgabenrechtlicher Hinsicht ist zu bedenken, dass das KAG die beitragsfähigen Maßnahmen abschließend benennt; sie sind sodann durch Rechtsprechung und Literatur definiert und abgegrenzt worden. Die Beitragserhebung knüpft dann zwar an die örtliche Gesamtplanung der Einrichtung an, um den Investitionsaufwand für die Herstellung, Verbesserung oder Erneuerung bemessen zu können. Die Dispositionsbefugnis über die Einordnung einer Maßnahme ist dem Aufgabenträger indes nach Abschluss der Planung entzogen.⁶² Umfasste das betreffende Konzept beispielsweise schon die Errichtung einer nun gebauten Anlage, handelt es sich bei deren Errichtung nicht um eine Verbesserung der bisherigen beitragsfähigen öffentlichen Einrichtung oder Anlage im Rechtssinne, sondern nur um die Verwirklichung der technischen Planung, deren Vorteile mit dem Herstellungsbeitrag abgegolten werden oder, falls von der Erhebung eines solchen Beitrages abgesehen wird, abgegolten werden könnten.⁶³

Entscheidet sich der Einrichtungsträger noch vor der planmäßigen Fertigstellung der gesamten Einrichtung zu einer Planänderung, so liegt in weiteren Maßnahmen nur scheinbar eine Verbesserung bzw. Erneuerung. In Wahrheit modifiziert der Verband die ursprünglich geplante Einrichtung nach Umfang und/oder Funktion nur derart, dass ab der Entscheidung über die Veränderung für diejenigen Grundstücke, für die bisher mangels Anschlussmöglichkeit noch keine Vorteilslage gegeben war, nun die Einrichtung in geänderter Form hergestellt wird.⁶⁴ Für die „Altanschießer“ gibt es keine neue, zusätzliche Vorteilslage.

Im Übrigen greifen die gegen eine gesetzliche Fiktion vorgetragenen Einwände bei der Änderung der Abwasserbeseitigungsplanung des Aufgabenträgers gleichermaßen durch: Doppelbelastungsverbot, Verbot von Ungleichbehandlungen und Umgehungs- bzw. Rückwirkungsverbot

⁶² Zur Bedeutung des Abwasserbeseitigungskonzepts *Blomenkamp*, in: Driehaus (Fn. 24), § 8 Rn. 972.

⁶³ So OVG Brandenburg, U. v. 3.12.2003 – 2 A 733/03 – juris Rn. 21.

⁶⁴ Siehe *Blomenkamp*, in: Driehaus (Fn. 24), § 8 Rn. 979 zu § 6 NKAG.

sind verfassungsrechtliche Determinanten, denen auch Zweckverbände und Gemeinden unterliegen.

d. Erstbeitrag und weiterer Beitrag gemäß dem SächsKAG

§ 17 Abs. 2 SächsKAG führt sog. „weitere Beiträge“ ein. Die Vorschrift lautet:

(2) Zur angemessenen Aufstockung des Betriebskapitals bis zu der nach Absatz 3 zulässigen Höhe oder infolge weiteren Kapitalbedarfs zum Ausbau oder zur Erneuerung einer Einrichtung können weitere Beiträge erhoben werden. Das gilt auch für den Fall, dass sich die Investitionen gegenüber den in die ursprüngliche Globalberechnung eingestellten Summen erhöhen oder erwartete Zuweisungen und Zuschüsse nicht oder nicht in der erwarteten Höhe gewährt werden und die dadurch entstehenden Veränderungen mehr als 10 vom Hundert des bisher als zulässig betrachteten Höchstbetrags betragen.

Die Formulierung der Vorschrift deutet bereits daraufhin, dass nicht der Grundsatz der Einmaligkeit der Beitragserhebung aufgegeben, sondern Unsicherheiten einer Vorkalkulation an die Beitragsschuldner weitergegeben werden sollen, indem mehrere (Teil-)Beiträge bis zum endgültigen Ausbau der Einrichtung statthaft sind.⁶⁵ Damit ist im vorliegenden Zusammenhang mit dem sächsischen Instrument weiterer Beiträge nichts gewonnen.

Dogmatisch sprechen die Unterschiede in den Kalkulationsgrundlagen nach brandenburgischem und sächsischem Recht gegen schlichte Anleihen. Denn während nach § 8 Abs. 2 KAG die bisherigen und zukünftigen Investitionskosten der erstmaligen Herstellung der Einrichtung sowie weiterer Maßnahmen vorteilsgerecht auf die angeschlossenen bzw. anschließbaren Grundstücke zu verteilen sind, geht es im sächsischen Modell um die angemessene Ausstattung der öffentlichen Einrichtung mit Betriebskapital, das sich am Wiederbeschaffungszeitwert der insgesamt

⁶⁵ Birk/Dossmann, in: Driehaus (Fn. 24), § 8 Rn. 1087b.

maximal erforderlichen Anlagen orientiert und von den durch die Möglichkeit des Anschlusses an die Einrichtung Bevorteilten aufgebracht werden soll.

Jeder Grundstückseigentümer soll seinen Anteil an einer endgültig ausgebauten öffentlichen Einrichtung über einen Beitrag tragen. Das Risiko einer Änderung der gesamten Investitionskosten über die Zeit wird aufgefangen, indem für jedes Grundstück ein Erstbeitrag und bei Änderung der Kalkulationsgrundlagen sowohl beim Aufwand als auch bei den Bemessungseinheiten ein weiterer Beitrag erhoben werden kann.⁶⁶ Damit hat der sächsische Gesetzgeber ein Instrument geschaffen, „um kurzfristig zusätzliche Investitionen über die Erhöhung des Betriebskapitals refinanzieren zu können“.⁶⁷ Eine Abgrenzung verschiedener beitragsfähiger Maßnahmen ist nach §§ 17 ff. SächsKAG nicht vonnöten. Demgegenüber knüpft das brandenburgische Anschlussbeitragsrecht eine Beitragspflicht an näher definierte Maßnahmen.

Ungeachtet dieser Systemunterschiede stellte sich auch auf der Basis einer Regelung wie § 17 Abs. 2 SächsKAG die – wohl zu verneinende – Frage, ob Beitragsrückzahlungen oder Schadensersatz überhaupt Betriebskapitalbedarfe zu begründen vermögen. Es dürfte dabei nicht um die notwendige angemessene Ausstattung der öffentlichen Einrichtung gehen, so dass die Änderung des Beitragstatbestandes nach dem sächsischen Modell nicht weiterhülfe. Sie überbrückte lediglich das vordergründige Problem, dass bei Abwasser- oder Wasserversorgungsanlagen regelmäßig der Tatbestand der Erneuerung nicht eintritt, beantwortete aber nicht systemgerecht die Frage nach der Beitragsfähigkeit dieser Kosten.

⁶⁶ *Birk/Dossmann*, in: Driehaus (Fn. 24), § 8 Rn. 1087b.

⁶⁷ *Birk/Dossmann*, in: Driehaus (Fn. 24), § 8 Rn. 1171.

e. Wiederkehrende Beiträge

aa. Straßenausbaubeitragsrecht

§ 8a Abs. 1 S. 1 KAG SH lässt seit einigen Jahren zu, „dass anstelle der Erhebung einmaliger Beiträge die jährlichen Investitionsaufwendungen für die öffentlichen Straßen, Wege und Plätze (Verkehrsanlagen) ihres gesamten Gebiets oder einzelner Abrechnungseinheiten (Gebietsteile) als wiederkehrender Beitrag auf alle in dem Gebiet oder in der Abrechnungseinheit gelegenen Grundstücke verteilt werden, denen durch die Möglichkeit der Inanspruchnahme der im Abrechnungsgebiet gelegenen Verkehrsanlagen ein besonderer Vorteil geboten wird.“ Auch Bayern (Art. 5b BayKAG), Hessen (§ 11a HKAG), Rheinland-Pfalz (§ 7 Abs. 2 KAG RP), das Saarland (§ 8a SaarlKAG), Sachsen-Anhalt (§ 6a KAG LSA) und Thüringen (§ 7a ThürKAG) haben die Möglichkeit eröffnet, durch Satzung anstelle einmaliger wiederkehrende Beiträge zu erheben. Mit Ausnahme der rheinland-pfälzischen Rechtsgrundlage beschränken sich alle anderen Ermächtigungen auf das Straßenausbaubeitragsrecht.

Auch wenn die Vorschrift eine gleichwertige Ersetzung des Ausbaubeitrags suggeriert, handelt sich beim wiederkehrenden Beitrag um eine „Abgabe besonderer Art“,⁶⁸ weil sie statt der Abschöpfung eines einmaligen Vorteils in Gestalt der Inanspruchnahmemöglichkeit zur Deckung der „jährlichen Investitionsaufwendungen für die öffentlichen Straßen, Wege und Plätze“ des gesamten Gemeindegebiets dient. In Rede steht damit eine laufende Infrastrukturabgabe.

Die Ermittlung des beitragsfähigen Aufwandes kann gemäß § 8a Abs. 3 KAG SH nach zwei verschiedenen Kalkulationssystemen erfolgen, entweder durch die Ermittlung der jährlichen Investitionsaufwendungen für alle Verkehrsanlagen eines Abrechnungsgebietes (Satz 1) oder durch Ansatz des Durchschnitts der Investitionsaufwendungen für einen Zeitraum von bis zu fünf Jahren (Satz 2). Grundlage für die Ermittlung des Beitragssatzes nach der Durchschnittsmethode sind nicht die tatsächlich im Abrechnungsgebiet angefallenen, sondern die zu erwartenden – also

⁶⁸ OVG Koblenz, U. v. 9.10.1980 – 10 C 6/79 – AS 16 122 (127). Ausführlich *Beischer, Wiederkehrende Beiträge*, 2015.

geplanten – Investitionsaufwendungen. Der Beitragssatz einer Kalkulationsperiode ist nach Ablauf des Veranschlagungszeitraumes den tatsächlichen Investitionsaufwendungen gegenüberzustellen und ggf. auszugleichen (Satz 3). Wird jährlich umgelegt, beginnt die Beitragserhebung im 2. Jahr nach der Umstellung auf wiederkehrende Beiträge.

Diese gesetzliche Ausgestaltung der wiederkehrenden Beiträge im Ausbaubeitragsrecht belegt schon, dass eine aus rechtswidrigem Verhalten des Aufgabenträgers erwachsene Ungleichbehandlung von Grundstückseigentümern mittels wiederkehrender Beiträge nicht aufgehoben werden kann, weil sie ausschließlich Kosten für zukünftige Baumaßnahmen abdecken.⁶⁹ Insoweit haben sie eine ähnliche Funktion wie weitere Beiträge nach § 17 Abs. 2 SächsKAG, tragen aber nichts zur Lösung von vorhandenen Finanzierungsdefiziten bei.

bb. Anschlussbeitragsrecht

Möglich und in Rheinland-Pfalz seit 1977 Gesetz ist die Ausweitung dieser Kommunalabgabe eigener Art auf leitungsgebundene Einrichtungen.⁷⁰ Im Gegensatz zum Straßenausbaubeitragsrecht ergibt sich damit unmittelbar ein Abgrenzungs- und Konkurrenzverhältnis der wiederkehrenden Beiträge zu Benutzungsgebühren, über die jedenfalls die laufenden Kosten des Einrichtungsbetriebs refinanziert werden. Eine Klärung hat der rheinland-pfälzische Gesetzgeber durch eine schwer verständliche und handhabbare Regelung versucht herbeizuführen. § 7 Abs. 2 KAG RP lautet:

„(2) Die kommunalen Gebietskörperschaften können von Grundstückseigentümern, dinglich Nutzungsberechtigten oder Gewerbetreibenden, denen durch die Möglichkeit der Inanspruchnahme von öffentlichen Einrichtungen oder Anlagen ein Vorteil entsteht, Beiträge erheben. Zur Finanzierung der Investitionsaufwendungen für die Herstellung oder den Ausbau (§ 9 Abs. 1 Satz 2) einer öffentlichen Einrichtung oder

⁶⁹ Darauf weist schon *Driehaus*, NordÖR 2011, 261 (262), zutreffend hin.

⁷⁰ *Beuscher* (Fn. 45), §§ 8, 9.

Anlage können die kommunalen Gebietskörperschaften einmalige Beiträge, zur Abgeltung der Kosten der Einrichtung oder Anlage wiederkehrende Beiträge erheben. Einmalige und wiederkehrende Beiträge sowie Benutzungsgebühren können nebeneinander erhoben werden. Beiträge können auch für nutzbare Teile einer Einrichtung oder Anlage (Aufwands-/Kostenspaltung) erhoben werden. Beiträge sind nach den Vorteilen zu bemessen.“

Zulässig ist danach ein Nebeneinander von einmaligen und wiederkehrenden Beiträgen sowie von Benutzungsgebühren. Einmalige Beiträge beziehen sich auf die „Investitionsaufwendungen für die Herstellung oder den Ausbau“, wiederkehrende Beiträge und Benutzungsgebühren auf die „Kosten (...) nach den betriebswirtschaftlichen Grundsätzen für Kostenrechnungen“ (§ 8 Abs. 1 Satz 1 KAG RP).

Damit unterscheiden sich die wiederkehrenden Beiträge im Anschlussbeitragsrecht durchgreifend von denen im Straßenausbaubeitragsrecht. Indem sie für leitungsgebundene öffentliche Einrichtungen auf die Kosten der Einrichtung bezogen werden, unterliegen sie denselben Vorgaben für die Kalkulation wie die Benutzungsgebühren. Das erhellt schon, dass die „Kostenrechnung für Benutzungsgebühren und wiederkehrende Beiträge“ in derselben Vorschrift einheitlich geregelt ist (§ 8 KAG RP).

Erstreckt der Landesgesetzgeber die Kalkulationsgrundlage auch auf nach allgemeinen Regeln nicht gebührenfähigen Aufwand, ergeben sich die oben zum Ausgleich von Kostenunterdeckungen im Gebührenrecht dargestellten Rechtsprobleme.

3. „Flucht in das Zivilrecht“?

Anstelle von Benutzungsgebühren können privatrechtliche Entgelte gefordert werden. Die vom Gesetz in § 6 Abs. 1 Satz 1 KAG zu den Pflichtgebühren erwähnte Möglichkeit („sofern nicht ein privatrechtliches Entgelt gefordert wird“) gilt allgemein auch im Verhältnis zur Erhebung freiwilliger Gebühren. Diese organisatorische Zweispurigkeit der Verwaltung setzt sich damit auf der Ebene der Kontrolle fort: Öffentlich-

rechtliche Gebühren und Beiträge haben die Vorgaben des Abgaben-, insbesondere des Kommunalabgabenrechts einzuhalten. Staatsintern wird diese Rechtsbindung gemeindlicher Verwaltungsträger von der Kommunalaufsicht durchgesetzt.⁷¹ Außenwirksam wird sie dadurch, dass der Abgabenschuldner anhand des Prinzips der Erforderlichkeit auch die Wirtschaftlichkeit einer Organisationsmaßnahme verwaltungsgerichtlich überprüfen lassen kann.⁷² Demgegenüber unterliegen privatrechtlich verfasste und handelnde öffentliche Unternehmen grundsätzlich der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle der Kartellbehörden.⁷³ Der Kunde vertraglicher Leistungserbringung ist regelmäßig darauf verwiesen, die Entgeltforderung am Billigkeitsmaßstab des § 315 Abs. 3 BGB zivilgerichtlich überprüfen zu lassen.⁷⁴

Der Bürger besitzt keinen unmittelbaren Einfluss auf die Ausübung der kommunalen Organisationsfreiheit und damit auch nicht auf die Gestaltung des Ver- oder Entsorgungsverhältnisses, dessen – ggf. sogar zwangsweise – Beteiligter er gleichwohl wird. Unterschiedliche materielle Prüfungsmaßstäbe, insbesondere für die Abgaben- oder Entgeltkalkulation, sind daher nicht nur ihm schwer vermittelbar, sondern wären auch verfassungsrechtlich bedenklich.⁷⁵ Nicht zuletzt weil die Regelungen des Kommunalabgabenrechts einschlägige verfassungsrechtliche Determinanten umsetzen, besteht keine sachliche Rechtfertigung davon abzuweichen, wenn privatrechtliche Entgelte auf dem zivilgerichtlichen Prüfstand stehen.⁷⁶ Werden sie anstelle öffentlicher Abgaben für kommunale Verwaltungsleistungen erhoben, ist deshalb der Billigkeitsbegriff in § 315 BGB entsprechend den „grundlegenden Prinzipien öffentlicher Finanzgebarung“ auszulegen.⁷⁷

⁷¹ Zur Staatsaufsicht über die Kommunalwirtschaft *Brüning*, DÖV 2010, 553 ff.

⁷² Hierzu *Brüning*, KStZ 2010, 21 ff.

⁷³ Vgl. zur Preismisbrauchskontrolle eines Versorgungsunternehmens der öffentlichen Wasserversorgung BGHZ 184, 168 ff.

⁷⁴ Siehe BGH, NVwZ-RR 2006, 603 ff.

⁷⁵ I.d.S. auch *Reinhardt*, LKV 2010, 296.

⁷⁶ *Brüning*, in: Driehaus (Fn. 24), § 6 Rn. 9.

⁷⁷ Siehe BGH, NJW 1985, 197 (200); NJW 1992, 171 (173); auch BGH, NVwZ 2010, 398 f.

Im Ergebnis gelten die kommunalabgabenrechtlichen Vorgaben für die Gebührenkalkulation und -erhebung auch für alternative Entgeltmodelle, weil und soweit sie verfassungsrechtlich fundiert sind. Der Wechsel in privatrechtliche Entgelte befreit daher grundsätzlich nicht von den Restriktionen für einen Ausgleich aufgelaufener Unterdeckungen.

Nur angemerkt sei, dass nach § 8 Abs. 9 KAG „bei leitungsgebundenen Einrichtungen und Anlagen, die der Versorgung dienen, (...) Baukostenzuschüsse aufgrund privatrechtlicher Vereinbarungen anstelle von Beiträgen verlangt werden (können)“. Den brandenburgischen Aufgabenträgern ist damit im Bereich der Abwasserbeseitigung verwehrt, privatrechtliche Baukostenzuschüsse zu erheben.

3. Teil: Organisatorische und finanzwirtschaftliche Maßnahmen

I. Hochzoning der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung

1. Reformdimensionen

Unter „Verwaltungsreformen“ versteht man allgemein die geplanten Veränderungen von organisatorischen, rechtlichen, personellen und fiskalischen Strukturen der Verwaltung.⁷⁸ In Bezug auf eine Reform der Landes- und Kommunalverwaltung lassen sich abstrakt die Kategorien der Verwaltungsstruktur-, Funktional- und Gebietsreform unterscheiden.

Unter Funktionalreform oder auch „Aufgabenverteilungsreform“⁷⁹ werden Maßnahmen gefasst, um die als notwendig erkannten Verwaltungsaufgaben bestimmten Verwaltungsträgern und deren unterschiedlichen Organen und Behörden bzw. Einrichtungen optimal zuzuordnen (Trägerwahl).⁸⁰ Es geht also um die Veränderung der Zuständigkeiten im Sinne einer Aufgabenverlagerung bzw. -übertragung innerhalb der Verwaltungsebenen in den Ländern.⁸¹ Notwendigerweise setzt eine Funktionalreform eine vorangegangene Aufgabenkritik voraus.⁸²

Eine Verwaltungsstrukturreform zielt darauf ab, den überkommenen Verwaltungsaufbau im Land regelmäßig unter Einbeziehung der kommunalen Ebene zu ändern, zu optimieren und effizienter zu gestalten. Sie beinhaltet – je nach Schwerpunktsetzung des betreffenden Landes – die Konzentration und Straffung der unmittelbaren staatlichen Verwaltung, etwa mittels Abbau von Doppelstrukturen aus Sonderbehörden

⁷⁸ *Bogumil/Jann*, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, 2. Aufl. 2009, S. 219.

⁷⁹ *Püttner*, Verwaltungslehre, 4. Aufl. 2007, § 6 Rn. 19.

⁸⁰ Bericht der schleswig-holsteinischen Enquete-Kommission zur Verbesserung der Effizienz der öffentlichen Verwaltung, LT-Drucks. 13/2270, S. 38; *Schliesky*, VerwArch. 98 (2008), 313 (334).

⁸¹ *Püttner* (Fn. 79), § 6 Rn. 18.

⁸² *Schliesky*, VerwArch. 98 (2008), 313 (334 f.); vgl. *Hesse*, NdsVBl. 2007, 145 (148).

und Mittelinstanz, Kommunalisierungen, Privatisierungen oder Abschaffung einer Ebene.⁸³ Eine Verwaltungsstrukturreform schließt sich zu meist an eine vorangegangene Gebiets- und/oder Funktionalreform an und steht in engem Zusammenhang dazu.⁸⁴

2. Der verfassungsrechtliche Rahmen

Die Organisation der öffentlichen Verwaltung ist im Verfassungsrecht nur rudimentär geregelt: Die föderale Zuständigkeitsverteilung findet sich in Art. 30, 83 ff. GG. Für die Landesverwaltung gilt allgemein Art. 96 Verf Bbg und für die kommunale Selbstverwaltung insbesondere die Garantie aus Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 97 – 100 Verf Bbg. Das Verfassungsrecht entfaltet gegenüber dem Recht der innerstaatlichen Organisation daher eine stärkere Steuerungskraft, wenn Träger der kommunalen Selbstverwaltung betroffen werden.⁸⁵ Das lässt sich an drei grundlegenden verfassungsrechtlichen Determinanten für Organisationsentscheidungen dokumentieren.

Im Recht von der Organisation findet sich die Forderung nach rechtsstaatlicher Verantwortungsklarheit und Effektivität mit dem Gebot demokratischer Legitimation zusammen.⁸⁶ Dieses zuvörderst zu beachtende Gebot demokratischer Legitimation ergibt sich allgemein aus Art. 20 Abs. 2 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG und wird auf der kommunalen Ebene zusätzlich durch die politische Funktion der Selbstverwaltung als Modus bürgerschaftlicher Teilhabe an der Staatsgewalt hervorgehoben.⁸⁷ Neben und über die demokratische Legitimation der Volksvertreter auch auf Gemeinde- und Kreisebene hinaus tritt das Erfordernis, der

⁸³ *Bogumil/Jann* (Fn. 78), S. 252 f.

⁸⁴ Vgl. *Schliesky*, *VerwArch.* 98 (2008), 313 (335).

⁸⁵ *Dreier*, in: Ders. (Hrsg.), *GG, Kommentar*, Band II, 2. Aufl. 2006, Art. 28 Rn. 122 u. 178.

⁸⁶ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl. 2006, 5/1 u. VI/18.

⁸⁷ Vgl. *Hendler*, *Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip*, 1984, S. 678.

bürgerschaftlichen Mitwirkung an der kommunalen Verwaltung Raum geben zu müssen, das aus Art. 28 Abs. 2 GG erwächst.⁸⁸

Hinzu kommt der Grundsatz der funktionsgerechten Organisationsstruktur. Er wurzelt im Rechtsstaatsprinzip⁸⁹ und zielt innerhalb der Exekutive auf eine erfolgversprechende Zuordnung der verschiedenen Organisationsstypen und -formen der pluralen Verwaltungsorganisation zu den Verwaltungsaufgaben.⁹⁰ „Das Funktionengliederungsprinzip bringt damit Funktion und Organisations- bzw. Organstruktur, Verwaltungsaufgabe und Ausgestaltung der Verwaltungsorganisation in einen rechtlichen Zusammenhang.“⁹¹ Dabei hat der Gesetzgeber Aufgabenbestand, -entzug oder -zuweisung unter Beachtung der Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG zu regeln.

Ergänzt und vertieft wird das verfassungsrechtliche Gebot, eine rationale Zuordnung von Organisationen zu Aufgaben vorzunehmen, durch das in Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG verankerte Gebot der Wirtschaftlichkeit. Begrifflich ist Effektivität als Maß für die Erreichung des durch die Gesetze vorgegebenen, im Prozess der Rechtsanwendung näher konkretisierten Ziels zu verstehen. Demgegenüber bildet Effizienz eine Größe für die Wirtschaftlichkeit.⁹² Wirtschaftlichkeit ist immer in Bezug auf die Wahrnehmung bestimmter öffentlicher Aufgaben, in Bezug auf den Erfolg für die Erfüllung bestimmter öffentlicher Interessen zu sehen. Welche öffentlichen Interessen der Verwaltung aufgegeben sind, bestimmt der Gesetzgeber oder eben der Selbstverwaltungsträger. Wirtschaftlichkeit hat im Verhältnis zur Gesetzmäßigkeit eine dienende Funktion.⁹³

⁸⁸ *Dreier*, in: Ders. (Fn. 85), Art. 28 Rn. 86.

⁸⁹ *Krebs*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2007, § 108 Rn. 90; *Di Fabio*, VerwArch. 81 (1990), 193 (210 f.).

⁹⁰ *Burgi*, VVDStRL 62 (2003), 405 (430 f.); *Schmidt-Aßmann* (Fn. 86), 5/15: „Gleichwohl ist über die Wirksamkeitsbedingungen des Organisationsrechts ohne Aufgabenanalyse nicht sinnvoll zu diskutieren.“

⁹¹ *Krebs* (Fn. 89), § 108 Rn. 90.

⁹² *Hoffmann-Riem*, DÖV 1997, 433 (437); *Gaentzsch*, DÖV 1998, 952 (954); *Achterberg*, JA 1982, 237 (239); *Schwarze*, DÖV 1980, 581 (583).

⁹³ Vgl. *Püttner* (Fn. 79), § 14 Rn. 3.

Die Wirtschaftlichkeit und die bürgerschaftlich-demokratische kommunale Selbstverwaltung stehen in einem besonderen Verhältnis zueinander. Ökonomische Erwägungen, wonach eine zentralistisch organisierte Verwaltung rationeller und billiger arbeitet, treten grundsätzlich hinter den Gesichtspunkt der Teilnahme der örtlichen Bevölkerung an der Erledigung ihrer öffentlichen Aufgaben zurück.⁹⁴ Das schließt gesetzgeberische Reformanliegen zur Steigerung oder Erhaltung der Leistungsfähigkeit kommunaler Verwaltungen nicht aus, fordert aber die eingehende Berücksichtigung der Besonderheiten der *Selbstverwaltung*.⁹⁵

3. Die Selbstverwaltungsgarantie

Art. 96 Abs. 1 Satz 1 Verf Bbg belegt die Befugnis des Landesgesetzgebers, „die Organisation der staatlichen Landesverwaltung und die Regelung der Zuständigkeiten“ zu bestimmen. Als Konkretisierung des Grundsatzes der aufgabenadäquaten Organisation garantiert Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG für die Gemeinden das Recht, „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ eigenverantwortlich zu regeln. Kongruent ist die Gewährleistung aus Art. 97 Abs. 2 Verf Bbg („alle Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft“).

Daraus erwachsen insbesondere Konsequenzen für Funktional- bzw. Zuständigkeitsreformen.⁹⁶ Auszugehen ist von der bekannten Begriffsbestimmung der örtlichen Angelegenheiten⁹⁷, die dem Gesetzgeber indes einen erheblichen Einschätzungsspielraum belässt.⁹⁸ Für die Aufgabenabgrenzung zwischen Gemeinden und Landkreisen hat der zuständigkeitsverteilende Gesetzgeber das Aufgabenverteilungsprinzip zugunsten der Gemeinden zu beachten.⁹⁹

⁹⁴ BVerfGE 79, 127 (153).

⁹⁵ I.d.S. LVerfG MV, NordÖR 2007, 353 (355).

⁹⁶ Vgl. BVerfGE 79, 127 (148 ff.); 107, 1 (13 ff.).

⁹⁷ BVerfGE 79, 127 (151 f.); siehe auch BVerfGE 8, 122 (134); 50, 195 (201); 52, 95 (120) sowie 110, 370 (400).

⁹⁸ Siehe etwa BVerfGE 110, 370 (400 f.).

⁹⁹ BVerfGE 79, 127 (150); zur Funktionsordnung des Kommunalbereiches nach der Rastede-Entscheidung siehe *Schmidt-Jortzig*, DÖV 1993, 973 ff.

Für die Landkreise fehlt es an belastbaren Aufgabenumschreibungen.¹⁰⁰ Die den Landkreisen zugeordneten Ausgleichs- und Ergänzungsaufgaben sind originär gemeindliche Aufgaben, die von den kreisangehörigen Gemeinden nicht (oder nicht von allen) wahrgenommen werden können.¹⁰¹ Demgegenüber betrifft die sog. Hochzonung¹⁰² von Aufgaben zu den Landkreisen eine echte Aufgabenverschiebung. Damit wird der verfassungsrechtlichen Vorgabe aus Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG genügt, dass die Landkreise zwar keine Aufgabenallkompetenz, wohl aber die Garantie haben, dass ihnen überhaupt Angelegenheiten zur selbständigen Wahrnehmung zugewiesen werden. Immerhin ist teilweise von den Verfassungsgerichten der Länder zum Schutz der kommunalen Selbstverwaltung das Prinzip der dezentral-kommunalen Aufgabenverteilung für lokale Angelegenheiten entwickelt worden, welches Vorrang vor zentraler, staatlich determinierter Aufgabenerfüllung besitzt.¹⁰³

4. Kommunale Gemeinschaftsarbeit

Die Aufgaben der Abwasserbeseitigung aus § 66 Abs. 1 BbgWG bzw. der öffentlichen Wasserversorgung aus § 59 BbgWG obliegen den Gemeinden als Selbstverwaltungsaufgaben. Bei einer Übertragung der Aufgaben und der Einrichtungen auf den Zweckverband gehen im Regelfall¹⁰⁴ die Satzungsgewalt, die Abgabenhöhe, Anschluss- und Benutzungszwänge sowie die Zuständigkeit für Rechtsbehelfe und die Eigenschaft als Klagegegner anstelle der Mitgliedsgemeinde einher.¹⁰⁵ Das Benutzungsverhältnis der Grundstückseigentümer be- bzw. entsteht dann nicht mehr zur Gemeinde, sondern zum Zweckverband.

¹⁰⁰ Vgl. aber *Henneke*, *Der Landkreis* 2004, 244 (247 ff.).

¹⁰¹ Siehe zur Zulässigkeit interkommunaler Rechtsdienstleistungen *Hegerbekermeier*, *KommJur* 2011, 401 ff.

¹⁰² Vgl. BVerfGE 79, 127 (148).

¹⁰³ Vgl. SächsVerfGH, DVBl. 2001, S. 294, 295.

¹⁰⁴ Siehe zu den verschiedenen Möglichkeiten § 10 Abs. 1 i.V.m. § 3 GKGBbg.

¹⁰⁵ *Schmidt*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Band 3, 3. Aufl. 2013, § 65 Rn. 71.

An die Stelle der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung durch die verschiedenen Gemeinden tritt die Beteiligung an der Willensbildung des Zweckverbandes.¹⁰⁶ Gemeindevertretungen verbandsangehöriger Gemeinden sind darauf verwiesen, über ihre Vertreter in der Zweckverbandsversammlung auf die Aufgabenerfüllung Einfluss zu nehmen. Insofern steht der Vertretungskörperschaft eines kommunalen Zweckverbandsmitgliedes nach § 19 Abs. 7 Satz 1 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit im Land Brandenburg (GKGBbg) ein Weisungsrecht zur Verfügung, um Beschlussvorlagen einzubringen bzw. die Stimmrechtsausübung zu binden.

Spiegelbildlich zum Beitritt einer Gemeinde zum Zweckverband sieht § 32 Abs. 2 – 6 GKGBbg den Austritt von Verbandsmitgliedern vor und regelt das diesbezügliche Verfahren, insbesondere für den Fall einer Auseinandersetzung. Damit behält die Gemeinde letztlich die Entscheidungskompetenz über den zuständigen Aufgabenträger. Auch wenn sie den Weg in die kommunale Zusammenarbeit in Form eines Zweckverbandes wählt, verbleibt die Angelegenheit auf der kommunalen Ebene.

5. Die Umorganisation der Aufgabenwahrnehmung

a. Aufgabenbestand und Eigenverantwortlichkeit

Der Schutz der kommunalen Selbstverwaltung verwirklicht sich hinsichtlich des Aufgabenbestandes, d.h. im Falle von Aufgabenüberbürdung ebenso wie bei -entzug, durch das gemeindespezifische Aufgabenverteilungsprinzip.¹⁰⁷ Dieses Aufgabenverteilungsprinzip gilt zugunsten kreisangehöriger Gemeinden auch und gerade gegenüber den Landkreisen.¹⁰⁸ Dogmatisch liegt nahe, dieses Prinzip in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung einzupassen. Weil keine Grundrechtsprüfung in Rede steht,

¹⁰⁶ Schmidt, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fn. 105), § 65 Rn. 69.

¹⁰⁷ BVerfGE 107, 1 (13); instruktiv BayVerfGH, NVwZ 1997, 481 ff., zur Zulassung privater Unternehmen zum Betrieb von Feuerbestattungsanlagen.

¹⁰⁸ BVerfGE 79, 127 (153); jüngst BVerwGE 145, 378 (391); auch OVG Koblenz, DÖV 2008, 691 (692 f.), zum ortsgemeindlichen Anspruch auf Rückübertragung von auf Verbandsgemeinden gesetzlich übertragenen Selbstverwaltungsaufgaben.

kann der rechtsstaatliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zugrunde gelegt werden (öffentlicher Belang – Geeignetheit – Erforderlichkeit – Angemessenheit). In diesem Sinne wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz teilweise direkt angewandt,¹⁰⁹ teilweise wird nur eine Vertretbarkeitsprüfung durchgeführt.¹¹⁰ Das BVerfG hat im „Rastede“-Beschluss den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zwar nicht erwähnt, der Sache nach aber herangezogen. Es hält einen Aufgabenentzug dann für zulässig, wenn „die den Aufgabenentzug tragenden Gründe gegenüber dem verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilungsprinzip überwiegen“.¹¹¹

Die Gemeinden haben zwar einen Anspruch auf die Beachtung des Aufgabenverteilungsprinzips durch den Gesetzgeber; diesem kommt aber ein Einschätzungsspielraum zu.¹¹² Dies hat für die gerichtliche Kontrolle zur Konsequenz, dass im Streitfall nur zu prüfen ist, ob die gesetzgeberische Einschätzung von Maß und Gewicht der örtlichen Bezüge einer Aufgabe in Ansehung des unbestimmten Verfassungsbegriffs „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ vertretbar ist.¹¹³ Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ist dabei umso enger und die gerichtliche Kontrolle umso intensiver, je mehr als Folge der gesetzlichen Regelung die Selbstverwaltung der Gemeinden an Substanz verliert.¹¹⁴

Im Hinblick auf die Eigenverantwortlichkeit sind Beeinträchtigungen jenseits des Kernbereichs daraufhin zu überprüfen, ob den Gemeinden ein hinreichender Spielraum bei der Aufgabenwahrnehmung verbleibt.¹¹⁵ Der Gesetzgeber hat dabei den verfassungsgewollten prinzipiellen Vorrang einer dezentralen, also gemeindlichen, vor einer zentral und damit staatlich determinierten Aufgabenwahrnehmung zu berücksichtigen.¹¹⁶ Inhaltliche Vorgaben bedürfen damit eines gemeinwohlori-

¹⁰⁹ So z.B. der VerfGH NW, NWVBl. 1997, 333 (336).

¹¹⁰ BVerfGE 91, 228 (243); *Rennert*, JuS 2008, 29 (34); *Starke*, JuS 2008, 319 (323).

¹¹¹ BVerfGE 79, 127 (154).

¹¹² Vgl. BVerfGE 79, 127 (153 f.).

¹¹³ BVerfGE 79, 127 (154).

¹¹⁴ BVerfGE 79, 127 (154).

¹¹⁵ BVerfGE 83, 363 (385 ff.); 91, 228 (241).

¹¹⁶ BVerfG, NVwZ 2008, S. 183 (186).

entierten rechtfertigenden Grundes, insbesondere etwa durch das Ziel, eine ordnungsgemäße Aufgabenwahrnehmung sicherzustellen.¹¹⁷ Sie sind zu beschränken auf dasjenige, was der Gesetzgeber zur Wahrung des jeweiligen Gemeinwohlbelangs für erforderlich halten kann, wobei er angesichts der unterschiedlichen Ausdehnung, Einwohnerzahl und Struktur der Gemeinden typisieren darf und auch im Übrigen einen grundsätzlich weiten Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum hat.¹¹⁸ Aus diesem Grund findet auch im Bereich der Eigenverantwortlichkeit nur eine gerichtliche Vertretbarkeitskontrolle statt.¹¹⁹

b. Rechtfertigungsgründe

In der Sache ist im Zweifel der Dezentralisierung der Aufgabe der Vorzug zu geben, insbesondere sind die größere Orts- und Sachnähe sowie das bürgerschaftliche Engagement zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber darf örtliche Aufgaben nur aus Gründen des Gemeininteresses entziehen, vor allem wenn anders eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht gewährleistet wird.¹²⁰ Diese überwiegenden Gründe des Gemeinwohls müssen von der konkreten Aufgabe her bestimmt werden. Allgemeine Ziele wie Verwaltungsvereinfachung, Zuständigkeitskonzentration oder Kosteneinsparung reichen in der Regel nicht aus.¹²¹

Ungeachtet des Umstandes, dass Gründe der Verwaltungspraktikabilität regelmäßig eine Hochzonung nicht tragen, liegen sie im vorliegenden Zusammenhang auch gar nicht vor. Die durch die bundesverfassungsgerichtliche Entscheidung verursachten Finanzierungsprobleme der verbandlichen Aufgabenträger gehen nicht auf eine unzureichende Aufgabenerfüllung dieser Einrichtungsträger zurück, sondern auf Verwirbelungen durch die Rechtsprechung. Deshalb muss diese Frage anders als mit einer Umorganisation beantwortet werden.

¹¹⁷ BVerfG, NVwZ 2008, S. 183 (186).

¹¹⁸ BVerfG, NVwZ 1992, S. 365 (367); BVerfG, NVwZ 2008, S. 183 (186).

¹¹⁹ *Burgi*, Kommunalrecht, 5. Aufl. 2015, § 6 Rn. 45.

¹²⁰ BVerfGE 79, 127 (153); NVwZ 2003, 850 (852).

¹²¹ BVerfGE 79, 127 (153).

c. Konsequenzen für die Einrichtungsfinanzierung

Ein Wechsel des Aufgabenträgers stellt die Finanzierung der Aufgabenerfüllung nicht auf Null. Vielmehr bleiben etwaige Rückzahlungsansprüche von Beitragsschuldnern bestehen. „Altlasten“ werden in eine neue Organisationsform mitgenommen, wenn sie nicht von Dritter Seite, insbesondere dem Land Brandenburg, abgelöst werden.

Insbesondere eine „Hochzoning“ der Aufgaben der Abwasserbeseitigung und/oder der Wasserversorgung verursacht neue Herausforderungen, ohne die alten zu bewältigen. Durch die Zusammenfassung bisher rechtlich selbständiger kommunaler bzw. verbandlicher Einrichtungsträger entsteht zunächst nur eine größere Organisationseinheit z.B. je Landkreis, deren Bildung ggf. schon von Ausgleichsansprüchen je nach Art und Maß der eingebrachten Anlagen belastet wird.¹²² Hinzu treten die aus der unterschiedlichen Finanzierungspraxis der bisherigen Aufgabenträger erwachsenden Fragen: Je nachdem, ob überhaupt Anschlussbeiträge erhoben worden sind, wie jeweils die Deckungsquote des Investitionsaufwands zwischen Beiträgen und Gebühren festgelegt worden ist und in welchem Umfang die einzelnen Verbände von der Rückzahlungsproblematik betroffen sind bzw. wie sie darauf reagiert haben, bringen sie ganz unterschiedliche Startbedingungen mit.

Zum einen änderte sich am Gesamtvolumen der Beitragsrückerstattung unabhängig davon nichts, welche der oben dargestellten Optionen für die neue Großorganisation gewählt wird. Zum anderen dürfte bei allen anderen als der „größten Lösung – Option IV“ kein Weg an gesplitteten Gebühren vorbeiführen, weil das Beitragsaufkommen unterschiedlich hoch ist. Schließlich würde auch die Erhebung einer einheitlichen Benutzungsgebühr ihrerseits Akzeptanzprobleme bei etlichen Abgabepflichtigen zeitigen, weil die Gesamtkalkulation zwingend dazu führen wird, dass Nutzer bisher kostengünstig betriebener Abwasserbeseitigungseinrichtungen jetzt höhere Gebühren zu zahlen haben. Für die Entlastung

¹²² Siehe zur Zweckverbandsbildung insoweit Gutachten 1. Teil, dort 2. Teil I.3.

von Grundstückseigentümern in anderen Gebieten der Gesamteinrichtung dürfte insoweit das Verständnis fehlen.

II. Modifikation des kommunalen Finanzausgleichs

1. Regelungszusammenhang

§ 16 des Gesetzes über den allgemeinen Finanzausgleich mit den Gemeinden und Gemeindeverbänden im Land Brandenburg (Brandenburgisches Finanzausgleichsgesetz – BbgFAG) sieht Bedarfszuweisungen an Gemeinden und Landkreise (Satz 1) und Aufgabenträger der Trinkwasser- und Abwasserentsorgung (Satz 4) vor. Tatbestandlich vorausgesetzt wird ein „besonderer Bedarf“, der für die Gemeinden und Landkreise durch Regelbeispiele („insbesondere“) in § 16 Abs. 1 Satz 3 BbgFAG konkretisiert wird. Für die Aufgabenträger der Trinkwasser- und Abwasserentsorgung fehlt es an einer näheren rechtlichen Ausgestaltung.¹²³

Ein solcher besonderer Bedarf mag sich im Einzelfall daraus ergeben, dass ein kommunaler Aufgabenträger außerstande ist, die Beitragsrückzahlungen bzw. etwaigen Schadensersatz für rechtswidrige Beitragserhebungen mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln zu leisten. Da eine Refinanzierung der Unterdeckung über (weitere bzw. erneute) Anschlussbeiträge sowie über Benutzungsgebühren nach hiesiger Rechtsansicht auch unter Einbeziehung gesetzlicher Maßnahmen weitgehend ausscheidet, verbleibt die Finanzierungslast insoweit endgültig beim Zweckverband oder der Gemeinde.

Sowohl die „öffentliche Wasserversorgung“ nach § 59 BbgWG als auch die „Abwasserbeseitigung“ gemäß § 66 BbgWG sind Selbstverwaltungsangelegenheiten; erstere gehört zur Kategorie der freiwilligen, letztere zu der der pflichtigen Angelegenheiten. Insoweit bestimmt § 1 Abs. 3 BbgFAG ausdrücklich, dass „der Finanzbedarf für pflichtige Aufgaben

¹²³ Die einschlägige Richtlinie des Ministeriums für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz über die Unterstützung von Aufgabenträgern der Abwasserentsorgung bei der wirtschaftlichen Stabilisierung und der Zusammenarbeit von Aufgabenträgern (Schuldenmanagementfonds – SchMF) ist bereits vor einigen Jahren außer Kraft getreten.

und ein angemessener Anteil für freiwillige Aufgaben finanziell gedeckt ist.“ Darüber, dass in Brandenburg rein tatsächlich sichergestellt sein muss, dass Wasser geliefert und Abwasser beseitigt wird, kann ohnehin kein Zweifel aufkommen. Falls politisch gewollt, führt der naheliegende Weg zu einer Hilfestellung des Landes für die kommunalen Aufgabenträger daher über das BbgFAG.

2. Konsequenzen

Soll der Ausgleichsfonds des § 16 BbgFAG aktiviert werden, müsste zunächst die Beschränkung der Bedarfszuweisungen für Aufgabenträger der Trinkwasserver- und Abwasserentsorgung auf die Mittel in den Jahren 2013 bis 2015 aufgehoben werden. Anderenfalls erreichte der Ausgleich die Zweckverbände nicht mehr direkt. Der Weg verlief dann von den Zweckverbänden über Verbandsumlagen zu den Gemeinden, die ihrerseits beim Land besondere Bedarfe geltend machen. Allerdings müssen die Gemeinden Ausgleichsmittel nicht in Anspruch nehmen, sondern entscheiden darüber eigenverantwortlich im Rahmen ihrer Selbstverwaltung.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die derzeit in § 16 BbgFAG insgesamt bereitgestellten Mittel zur Deckung besonderer Bedarfe der Aufgabenträger mutmaßlich nicht ausreichen. Letztlich hängt der Hilfebedarf von der Wahl der oben dargestellten Optionen ab, die sich in finanzieller Hinsicht insbesondere vom Umfang der Beitragsrückzahlung und damit der Unterdeckung beim Einrichtungsträger unterscheiden. Sie übersteigen jedoch in allen Varianten die im Ausgleichsfonds bislang veranschlagten Mittel.

Nicht zuletzt deshalb griffe eine Erhöhung der für Bedarfszuweisungen vorgesehen Mittel zu kurz, weil der Ausgleichsfonds nach geltendem Recht die Finanzausgleichsmasse belastet, vgl. § 5 Abs. 3 BbgFAG. Eine Erhöhung führte also dazu, dass die allgemeinen Schlüsselzuweisungen sich flächendeckend verringerten. Dadurch würden auch Gemeinden, Städte und Landkreise weniger Mittel erhalten, die von der verfassungswidrigen Beitragserhebung gar nicht betroffen sind.

Eine Lösung könnte daher sein, dass das Land für den Ausgleichsfonds eine zusätzliche Finanzierung auflegt. Unbenommen bleiben Möglichkeiten, den Aufgabenträgern auf andere Weise finanzielle Unterstützung zu gewähren.

gez. Univ.-Prof. Dr. Christoph Brüning