

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

Rechtsgutachten

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
unter Mitarbeit von
Ass. iur. Christof Rambow

23. Mai 2016

Inhaltsverzeichnis

A. Ausgangslage und Auftrag	6
B. Gutachten.....	10
1. Teil: Problemaufriss und unmittelbare Konsequenzen.....	10
<i>I. Die Rechtsentwicklung bei der Beitragserhebung.....</i>	<i>10</i>
1. Die Entstehung der sachlichen Beitragspflicht.....	10
2. Die sog. Altanschießer-Problematik	12
3. Die Tatbestandsverwirklichung in satzungsloser Zeit	13
4. Die Entscheidung des BVerfG vom 12. November 2015	14
<i>II. Tatbestandliche und prozessuale Folgen</i>	<i>15</i>
1. Der Umfang der unzulässigen Rückwirkung.....	15
2. Der Umfang der zulässigen Rückwirkung	16
3. Die Einzelfallentscheidungen des OVG Berlin-Brandenburg.....	18
4. Verallgemeinerungsfähige Aussagen des OVG Berlin- Brandenburg	19
2. Teil: Abgabenrechtliche Auswirkungen	21
<i>I. Grundsätze der Beitragserhebung</i>	<i>21</i>
1. Der Zusammenhang von Aufgabe und Finanzierung	21
2. Die Übertragung von Aufgaben und Anlagen auf einen Zweckverband.....	22
3. Der Zweckverband als Einrichtungsträger.....	23
4. Die Rolle der Mitgliedsgemeinden	25
5. Ungleichbehandlung von Beitragspflichtigen.....	26
<i>II. Grundsätze der Gebührenerhebung</i>	<i>26</i>
1. Beiträge als Abzugskapital	26
2. Das Doppelbelastungsverbot	28

3.	Regelungen der Kostenverteilung	28
a.	Funktion und Wahl des Gebührenmaßstabs	28
b.	Grenzen für eine ausschließliche Gebührenfinanzierung	30
c.	Die gespaltene/gesplittete Gebühr	31
d.	Ungleichbehandlungen infolge partieller Beitragsrückerstattung	32
e.	Ungleichbehandlungen infolge von Beitragsstundungen	35
4.	Besondere gebührenkalkulatorische Folgen	37
a.	Betriebsbedingtheit der Kosten.....	37
b.	Doppelte Kalkulation	38
c.	Kostenunterdeckung infolge von Beitragserstattungen.....	39
d.	Der Ausgleich von Kostenunterdeckungen	41
aa.	Periodengerechte Zuordnung.....	41
bb.	Ausgleich von Prognose-, nicht von Rechtsfehlern	42
3. Teil: Verfahrensrechtliche Fragen.....		45
I.	<i>Die Rücknahme von Beitragsbescheiden.....</i>	<i>45</i>
1.	Bestandskräftige Bescheide.....	45
a.	Abgabenschuld vollständig beglichen	45
aa.	Grundlagen eines Aufhebungsanspruchs	45
bb.	Unanwendbarkeit des Wiederaufgreifens des Verfahrens.....	45
cc.	Ermessensentscheidung gemäß § 130 Abs. 1 Satz 1 AO.....	47
dd.	Ausnahmsweises Wiederaufgreifen des Verfahrens?	49
b.	Abgabenschuld nicht oder nur teilweise erfüllt	50
aa.	Der Anwendungsbereich des § 79 Abs. 2 BVerfGG	50
bb.	Konsequenzen für Festsetzung und Vollzug.....	52
c.	Die Befugnis zur Rücknahme	53
aa.	Rücknahmegründe.....	53
bb.	Rücknahmesperre?	55

2.	Nicht bestandskräftige Bescheide	57
a.	Kosten im Zusammenhang mit dem Widerspruchsverfahren	57
aa.	Zinsen	57
bb.	Kosten des Widerspruchsführers	58
b.	Kosten im Zusammenhang von Gerichtsverfahren	59
aa.	Zinsen	59
bb.	Verfahrenskosten	62
3.	„Eilbedürftigkeit“?	63
a.	Aus der Perspektive des Grundstückseigentümers	63
b.	Aus der Perspektive des Einrichtungsträgers	64
II.	<i>Der Umgang mit abgabenrechtlichen Nebenforderungen</i>	<i>65</i>
1.	Überblick	65
2.	Säumniszuschläge	65
a.	Sinn und Zweck	65
b.	Voraussetzungen	66
aa.	Fälligkeit	66
bb.	Änderung der Fälligkeit	67
cc.	Sonstige Voraussetzungen	69
c.	Auswirkungen von späteren gerichtlichen Entscheidungen	70
d.	Erlass	71
aa.	Überblick	71
bb.	Sachliche Unbilligkeit	72
cc.	Persönliche Unbilligkeit	74
3.	Stundungszinsen	74
a.	Voraussetzungen	74
b.	Eingeschränkte Akzessorietät	75
c.	Verzicht	76
4.	Zinsen bei Aussetzung der Vollziehung	77
5.	Mahngebühren und sonstige Vollstreckungskosten	80
III.	<i>Der Kreis potenziell Anspruchsberechtigter</i>	<i>83</i>
1.	Die Funktion des Rückwirkungsgrundsatzes	83
2.	Drittschutz für alle Abgabenschuldner	84
3.	Wechsel der Grundstückseigentümer	85

4. Teil: Haftungsrechtliche Ansprüche.....	87
<i>I. Amtshaftung der Aufgabenträger.....</i>	<i>87</i>
1. Der Regelungszusammenhang	87
2. Anspruchsvoraussetzungen und -grenzen	88
a. Rechtswidriges Verwaltungshandeln	88
b. Verschulden	89
<i>II. Amtshaftung des Landes</i>	<i>90</i>
<i>III. Staatshaftung der Aufgabenträger nach dem StHG</i>	<i>91</i>
1. Anspruchsvoraussetzungen.....	91
2. Anspruchsgrenzen	93
a. Weder Drittbezogenheits- noch Verschuldenserfordernis	93
b. Beschränkung durch den Schutzzweck.....	94
c. Mitverschulden der Abgabenschuldner	96
3. Verjährung	98
<i>IV. Staatshaftung des Landes nach dem StHG</i>	<i>100</i>

A. Ausgangslage und Auftrag

Das BVerfG hat mit Beschluss vom 12. November 2015 (BvR 2961/14 u.a.) entschieden, dass die Anwendung des § 8 Abs. 7 Satz 2 des Kommunalabgabengesetzes für das Land Brandenburg (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 wegen 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, führte insbesondere eine Rückzahlung der Anschlussbeiträge zu erheblichen Unterdeckungen in den öffentlichen Einrichtungen der Wasserwirtschaft.

In einer Entschlieung¹ 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 Möglichkei-

¹ LT-Drucks. 6/3695.

ten 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?
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 stattgefundener 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 gebührenseitige 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) gebührenseitig 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. Altanschie-

ßer-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

1. Teil: Problemaufriss und unmittelbare Konsequenzen

I. Die Rechtsentwicklung bei der Beitragserhebung

1. Die Entstehung der sachlichen Beitragspflicht

Die Veranlagung zu einem Anschlussbeitrag setzt einen Beitragstatbestand und eine Beitragssatzung voraus. Liegt beides vor, entsteht die sachliche Beitragspflicht.²

§ 8 Abs. 7 Satz 2 KAG lautete in der bis zum 31. Januar 2004 geltenden Fassung:

„Wird ein Anschlußbeitrag nach Absatz 4 erhoben, so entsteht die Beitragspflicht, sobald das Grundstück an die Einrichtung oder Anlage angeschlossen werden kann, frühestens jedoch mit dem Inkrafttreten der Satzung; die Satzung kann einen späteren Zeitpunkt bestimmen.“

Nach der Rechtsprechung des OVG Brandenburg war für den Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht im Sinne von § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG 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.

² Nach richtiger Ansicht kommt es auf eine bestimmte Reihenfolge der beiden Voraussetzungen ebenso wenig an wie auf deren Koinzidenz.

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

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

Mit Wirkung zum 1. Februar 2004 wurde (daraufhin) § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG um ein Wort ergänzt und hat seither folgenden Wortlaut:

*„Wird ein Anschlussbeitrag nach Absatz 4 erhoben, so entsteht die Beitragspflicht, sobald das Grundstück an die Einrichtung oder Anlage angeschlossen werden kann, frühestens jedoch mit dem Inkrafttreten der **rechtswirksamen** Satzung; die Satzung kann einen späteren Zeitpunkt bestimmen.“* (Hervorhebung durch Verf.).

Der Gesetzgeber sah in der Änderung eine „Klarstellung“, was in Bezug auf sein ursprüngliches Verständnis von § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG stimmen mochte, eingedenk der Auslegung durch das OVG Brandenburg aber zweifelhaft blieb. Jedenfalls ordnete er keine rückwirkende Anwendung dieser Norm an.

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 formell erlassen, aber unwirksam, wurde die Festsetzungsfrist gar nicht in Gang gesetzt. Sie lief erstmalig ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens einer gültigen Satzung.

Das OVG Berlin-Brandenburg entschied, dass diese neu gefasste Norm 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 zwischen-

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

zeitlich 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

2. Die sog. Altanschießer-Problematik

Durch diese obergerichtliche Rechtsprechung gerieten auch sog. altangeschlossene Grundstücke, also Grundstücke, die bereits am 3. Oktober 1990 an die zentrale öffentliche Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung anschließbar bzw. angeschlossen waren, in den Fokus einer Beitragskalkulation und -erhebung. Dies löste eine breite öffentliche und politische Diskussion im Land Brandenburg aus.

Um zur Vorbereitung einer gesetzlichen Regelung und vor allem zu einer umfassenden Datenerhebung bei den kommunalen Aufgabenträgern hinreichend Zeit zu haben, verlängerte der Gesetzgeber zunächst im Jahr 2008 durch Einfügung eines neuen Absatz 3a in § 12 KAG die Festsetzungsfrist, soweit Festsetzungsverjährung nicht schon bei Inkrafttreten dieser Neuregelung eingetreten war:

„(3a) Bei der Erhebung eines Beitrages für den Anschluss an eine leitungsgebundene Einrichtung oder Anlage im Bereich der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung nach § 8 Abs. 7 oder die Möglichkeit eines solchen Anschlusses endet die Festsetzungsfrist frühestens mit Ablauf des 31. Dezember 2011. Satz 1 gilt nur, soweit die Festsetzungsverjährung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Dritten Gesetzes zur Ände-

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

rung des Kommunalabgabengesetzes für das Land Brandenburg vom 2. Oktober 2008 (GVBl. I S. 218) noch nicht eingetreten ist.“

Damit wurden nun auch diejenigen Veranlagungsfälle weiter offen gehalten, bei denen trotz des gesetzgeberischen Eingriffs in die Voraussetzungen für den Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht der Eintritt der Festsetzungsverjährung drohte. Mit Blick auf die sog. Altanschließer-Problematik fügte der Gesetzgeber schließlich 2009 einen neuen Absatz 4a in § 8 KAG ein, der den Beitragsmaßstab betraf (sog. Optionsmodell):

„(4a) Bei leitungsgebundenen Einrichtungen und Anlagen können die Gemeinden oder Gemeindeverbände nach Maßgabe des Satzes 2 berücksichtigen, dass Grundstücke, die am 3. Oktober 1990 bereits bebaut und an eine leitungsgebundene Einrichtung oder Anlage tatsächlich angeschlossen oder anschließbar waren, über einen höheren Gebrauchswert verfügten als Grundstücke, die zu diesem Zeitpunkt unbebaut oder nicht tatsächlich angeschlossen oder anschließbar waren. Die Satzung kann vorsehen, dass für diese Grundstücke der Anteil des Aufwandes für die erstmalige Herstellung oder Anschaffung unberücksichtigt bleibt, der ausschließlich auf die Schaffung eines Anschlusses oder einer Anschlussmöglichkeit für Grundstücke entfällt, die am 3. Oktober 1990 nicht tatsächlich angeschlossen oder anschließbar waren.“

3. Die Tatbestandsverwirklichung in satzungsloser Zeit

Ein anderes Problem ergab sich – nicht nur in Brandenburg – daraus, dass der Zeitraum zwischen der Verwirklichung des gesetzlich festgeschriebenen Anschlussbeitragstatbestands und der Entstehung der sachlichen Beitragspflicht mit Inkrafttreten einer Satzung sehr groß werden konnte. Deshalb verlangte das BVerfG in einer Entscheidung zum BayKAG eine Ausschlussfrist.⁶ Hier wurde der Landesgesetzgeber 2013

⁶ BVerfG, B. v. 5.3.2013 – 1 BvR 2457/08 – BVerfGE 133, 143 (Rn. 40 ff.).

tätig und schuf einen neuen § 19 KAG, dessen Absatz 1 folgenden Inhalt erhielt:

„(1) Abgaben zum Vorteilsausgleich dürfen mit Ablauf des 15. Kalenderjahres, das auf den Eintritt der Vorteilslage folgt, nicht mehr festgesetzt werden. Die §§ 169 Absatz 1 Satz 3 und 171 der Abgabenordnung gelten in der in § 12 Absatz 1 Nummer 4 Buchstabe b angeordneten Weise entsprechend. Aufgrund der Sondersituation nach der Deutschen Einheit ist der Lauf der Frist bis zum 3. Oktober 2000 gehemmt.“

Damit trat auch im Fall unwirksamer Satzungen spätestens Ende 2015 Festsetzungsverjährung ein, wenn die Vorteilslage infolge der Anschlussmöglichkeit bereits im Jahr 2000 oder früher eingetreten war.

Eine neue Übergangsregelung in § 20 Abs. 2 KAG ordnete ferner an:

„(2) § 19 gilt auch für Abgabenbescheide, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Sechsten Gesetzes zur Änderung des Kommunalabgabengesetzes für das Land Brandenburg vom 5. Dezember 2013 (GVBl. I Nr. 40) noch nicht bestandskräftig waren.“

Mit diesen beiden Neuregelungen bestätigte der Landesgesetzgeber implizit das Normverständnis des OVG Berlin-Brandenburg zur rückwirkenden Anwendung des im Jahre 2004 ergänzten § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG, weil jene nur vor diesem Hintergrund Sinn ergeben.

4. Die Entscheidung des BVerfG vom 12. November 2015

Anderer Ansicht als der brandenburgische Gesetzgeber und das OVG Berlin-Brandenburg zeigte sich das BVerfG im Rahmen von Verfassungsbeschwerden, die es Ende 2015 im Wege des Kammerbeschlusses als „offensichtlich begründet“ ansah.⁷ Es konstatiert zwar, dass mangels wirksamer Satzung eine Beitragspflicht weder entstehen noch verjähren könne. Durch die Rechtsprechung des OVG werde aber der Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht mit dem ersten, ggf. fehl-

⁷ BVerfG, B. v. 12.11.2015 – 1 BvR 2961/14 u. 3051/14 –.

geschlagenen Satzungserlass fixiert. Bezogen hierauf scheide 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.

Daraufhin hat das OVG Berlin-Brandenburg in den beiden nach Aufhebung seiner Entscheidungen zurückverwiesenen Verfahren die angefochtenen Beitragsbescheide aufgehoben.⁸ Das Gericht sieht sich an die Entscheidung des BVerfG gebunden und hat deshalb seine bisherige Rechtsprechung zur rückwirkenden Anwendung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG in der seit dem 1. Februar 2004 geltenden Fassung aufgegeben.

II. Tatbestandliche und prozessuale Folgen

1. Der Umfang der unzulässigen Rückwirkung

Die Entscheidung des BVerfG hat zur Folge, dass alle nach der ursprünglichen Fassung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG in der obergerichtlichen Interpretation infolge von hypothetischer Festsetzungsverjährung „erledigten“ Fälle keiner gesetzlichen Neuregelung mehr zugeführt werden dürfen.⁹ Insoweit ist die in der öffentlichen Diskussion häufig anzutreffende Unterscheidung zwischen Alt- und Neuanschießern, also die Differenzierung danach, ob die Vorteilslage vor oder nach dem 3. Oktober 1990 eingetreten ist, unerheblich.

Erfasst sind *grundsätzlich* alle Grundstücke mit Anschlussmöglichkeit und Satzungsversuch des Aufgabenträgers mit geplantem Inkrafttreten oder festgelegtem Zeitpunkt der Beitragspflichtentstehung vor Ablauf des 31. Dezember 1999, denn insoweit war/wäre zum 1. Januar 2004 Festsetzungsverjährung eingetreten. Soweit ein Beitragstatbestand erst

⁸ OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 11.2.2016 – 9 B 1.16 u. 9 B 43.15 –.

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

im Januar 2000 verwirklicht und hierauf bezogen erstmalig ein Satzungserlass unternommen worden ist, stand der Beitragserhebung nach einer rückwirkend in Kraft gesetzten Satzung zum Zeitpunkt der gesetzlichen Änderung noch keine Festsetzungsverjährung entgegen, so dass die Betroffenen nach wie vor mit einer Veranlagung rechnen mussten, oder in den Worten des OVG Berlin-Brandenburg:¹⁰

„Hieraus folgt zunächst, dass Grundstücke, für die erst im Kalenderjahr 2000 die Anschlussmöglichkeit geschaffen worden ist, nicht dem hier in Rede stehenden Vertrauensschutz unterfallen; bei ihnen kann zum Zeitpunkt der Gesetzesänderung (1. Februar 2004) noch keine hypothetische Festsetzungsfrist abgelaufen sein, weil eine hypothetische Festsetzungsfrist regulär bis Ende 2004 gelaufen wäre.“

2. Der Umfang der zulässigen Rückwirkung

Außen vor bleiben Beitragsbescheide für Fälle, in denen die Beitragspflicht nach dem 31. Dezember 1999 entstanden ist und somit bei Inkrafttreten der Änderung von § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG zum 1. Februar 2004 noch keine Festsetzungsverjährung eingetreten war. Einschlägige Bescheide werden vom bundesverfassungsgerichtlichen Verdikt nicht berührt. Die Änderung von § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG stellt sich für diese Fälle als sog. unechte Rückwirkung dar.

Von einer unechten Rückwirkung (oder auch tatbestandlicher Rückanknüpfung) spricht man, wenn „eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet“¹¹ bzw. die „belastenden Rechtsfolgen einer Norm

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

¹¹ BVerfGE 123, 186 (257); 101, 239 (263); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 69.

erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich (aber) von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden“.¹²

In Fällen, in denen die Beitragspflicht nach dem 31. Dezember 1999 entstanden ist, führt die Änderung von § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG dazu, dass die eigentlich bereits laufende Festsetzungsfrist gestoppt wird und erst von neuem beginnt, wenn eine rechtsgültige Beitragssatzung in Kraft tritt. Somit wird nachträglich in einen bereits laufenden, aber noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt eingegriffen. Es handelt sich um eine unechte Rückwirkung.

Fraglich ist, wie eine unechte Rückwirkung aus verfassungsrechtlicher Sicht zu behandeln ist. Gemessen am Rechtsstaatsprinzip ist sie in der Regel zulässig,¹³ da es keinen generellen Schutz des Vertrauens auf den Fortbestand von Gesetzen geben kann.¹⁴ Sie ist ausnahmsweise dann unzulässig, wenn der Betroffene mit der Änderung nicht rechnen musste und dementsprechend bei getroffenen Dispositionen nicht berücksichtigen konnte.¹⁵ Zudem muss sein Vertrauen schutzwürdiger sein als die mit der Gesetzesänderung verfolgten Ziele,¹⁶ was im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu klären ist.¹⁷

Vorliegend dürfte es bereits an der ersten Voraussetzung, dem Vertrauensstatbestand, fehlen. Denn grundsätzlich gibt es kein Vertrauen in den Fortbestand einer Rechtslage.¹⁸ Dies gilt umso mehr, wenn – wie hier bezüglich der sog. Altanschließer-Problematik – seit längerem die Reformbedürftigkeit bestimmter Regelungen öffentlich diskutiert wird.¹⁹

¹² BVerfGE 127, 1 (17).

¹³ BVerfGE 97, 271 (289); 109, 96 (122).

¹⁴ BVerfGE 103, 271 (287); vgl. zum Ganzen auch *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 11), Art. 20 Rn. 73.

¹⁵ BVerfGE 68, 287 (307).

¹⁶ BVerfGE 89, 48 (66); 103, 392 (403).

¹⁷ Vgl. BVerfGE 95, 64 (86); 132, 302 (Rn. 43); und zum Ganzen *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 11), Art. 20 Rn. 74 f.

¹⁸ So wurde etwa auch die Verlängerung der Verjährung einer Ordnungswidrigkeit für zulässig erachtet, sofern die Frist noch nicht abgelaufen war, vgl. BGHSt 50, 30 (39 f.).

¹⁹ Vgl. dazu BGHZ 158, 354 (359 f.).

3. Die Einzelfallentscheidungen des OVG Berlin-Brandenburg

Unstreitig erfasst von der Entscheidung des BVerfG wird der Sachverhalt des OVG-Verfahrens 9 B 1.16, weil hier von der Stadt schon 1993 der erste Satzungserlass unternommen worden war, eine Beitragsveranlagung für ein Grundstück, das schon zu DDR-Zeiten an die Schmutzwasserkanalisation angeschlossen war, aber erst 2011 erfolgte. Ungeachtet des Umstands, dass der Gesetzgeber die vom OVG Berlin-Brandenburg im Jahr 2007 vorgenommene Auslegung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG später in seinen Willen aufgenommen hat, wie die nachfolgenden Gesetzesänderungen belegten, sind die Fachgerichte an das bundesverfassungsgerichtliche Verdikt dieser Rechtsanwendung gebunden.²⁰

Vor diesem Hintergrund hätte das OVG Berlin-Brandenburg im Verfahren 9 B 43.15 zur Abweisung der Klage gegen den Beitragsbescheid kommen können, weil der Beitragstatbestand entsprechend dem Ortsrecht erst im Jahre 2003 verwirklicht worden war und eine Veranlagung erstmals 2009 auf der Grundlage einer wirksamen Beitragssatzung erfolgte. Obwohl damit 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 gleichwohl 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 sah sich an diese Entscheidung des BVerfG gebunden,

„Insoweit besteht – neben den Wirkungen der Rechtskraft und der Bindungswirkung nach § 31 BVerfGG – bereits eine innerprozessuale Bindungswirkung eigener Art“,

²⁰

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

und deshalb als nicht befugt an, von der ausdrücklich im Entscheidungstenor getroffenen Feststellung des BVerfG zur Rechtswidrigkeit des Beitragsbescheids und der Rechtsverletzung der Klägerin abzuweichen.²¹

Immerhin fügte das OVG Berlin-Brandenburg „im Hinblick auf vergleichbare Fälle“ den Hinweis bei, dass eine Anschlussmöglichkeit, die nicht vor dem Jahr 2003 geschaffen worden sei, „außerhalb jeglicher hypothetischer Festsetzungsfrist“ liege, „hinsichtlich derer sich ein schutzwürdiges Vertrauen gegenüber der Änderung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG Bbg bilden konnte“.²²

4. Verallgemeinerungsfähige Aussagen des OVG Berlin-Brandenburg

Um in den Anwendungsbereich der bundesverfassungsgerichtlichen Feststellung einer unzulässigen Rückwirkung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG zu gelangen, müssen nach den diesbezüglichen Entscheidungen des OVG Berlin-Brandenburg folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

- Für ein konkretes Grundstück muss die Anschlussmöglichkeit im Jahr 1999 oder früher gegeben gewesen.
- Die Anschlussmöglichkeit muss sich auf die Anlage des jeweiligen Aufgabenträgers beziehen.
- Ein Satzungsversuch muss im Jahr 1999 oder früher unternommen worden sein.
- Der Lauf der vierjährigen hypothetischen Festsetzungsfrist darf 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 sein.²³

²¹ OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 11.2.2016 – 9 B 43.15 – Urteilsabdruck S. 8.

²² OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 11.2.2016 – 9 B 43.15 – Urteilsabdruck S. 9.

²³ So OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 11.2.2016 – 9 B 1.16 – Urteilsabdruck S. 10 f.

Soweit Beitragserhebungsverfahren bestandskräftig abgeschlossen sind, die Fallgestaltungen regeln, die nunmehr dem Rückwirkungsverbot unterfallen, hat das OVG Berlin-Brandenburg unmissverständlich unter Bezug auf § 79 Abs. 2 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (BVerfGG) festgestellt:²⁴

„Im Fall eingetretener Bestandskraft folgt aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 12. November 2015 für diese Bescheide nur ein Vollstreckungsverbot. Ist auf sie gezahlt worden, kann überdies eine Rückgewähr nicht verlangt werden. (...) § 79 Abs. 2 BVerfGG gilt im Übrigen für alle bestandskräftigen und `bezahlten` Anschlussbeitragsbescheide, insbesondere für sogenannte `Altanschließerbescheide`.“

In allen anderen Fällen gilt § 8 KAG im Verbund mit einer wirksamen Satzung nach wie vor als Rechtsgrundlage für die Beitragserhebung. Der Anwendungsbereich des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG ist nunmehr lediglich verfassungskonform enger zu ziehen. In diesem Sinne sagt das OVG Berlin-Brandenburg:²⁵

„so ist grundsätzlich anzunehmen, dass die Satzung nach dem objektiven Willen des Satzungsgebers wenigsten für die fehlerfrei geregelten Fälle Geltung behalten soll“.

²⁴ OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 11.2.2016 – 9 B 1.16 – Urteilsabdruck S. 13.

²⁵ OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 11.2.2016 – 9 B 1.16 – Urteilsabdruck S. 12.

2. Teil: Abgabenrechtliche Auswirkungen

I. Grundsätze der Beitragserhebung

1. Der Zusammenhang von Aufgabe und Finanzierung

Die Beitragserhebung knüpft gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 KAG tatbestandlich an „die Herstellung, Anschaffung, Erweiterung, Erneuerung und Verbesserung öffentlicher Einrichtungen und Anlagen im Sinne des § 4 Abs. 2 oder Teilen davon“ an. Anschlussbeiträge werden „von den Grundstückseigentümern als Gegenleistung dafür erhoben, dass ihnen durch die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Einrichtungen und Anlagen wirtschaftliche Vorteile geboten werden“, § 8 Abs. 2 Satz 2 KAG.

Für Beiträge – und Gebühren – sind die Ertrags- und Verwaltungskompetenz verfassungsfest grundsätzlich demjenigen zugewiesen, der dem Grundstückseigentümer den Vorteil verschafft; er darf dann auch die Gegenleistung vereinnahmen und einen entsprechenden Abgabebescheid erlassen.²⁶ Zur Erhebung von Beiträgen berechtigt ist der Träger der öffentlichen Einrichtung, der damit seine Aufgabe der Abwasserbeseitigung aus § 66 des Brandenburgischen Wassergesetzes (BbgWG) bzw. der Wasserversorgung aus § 59 BbgWG erfüllt. Wenn es an der Trägerschaft der Einrichtung fehlt, weil die Körperschaft die Aufgabe übertragen hat oder nicht wahrnimmt, scheidet eine Abgabenerhebung folglich aus.²⁷

Mit der Übertragung der Aufgabenpflicht geht regelmäßig ein Übergang der Trägerschaft für die Wasserversorgungs- bzw. Abwasserbeseitigungseinrichtung von der Gemeinde auf den Übernehmer einher.²⁸ Da eine öffentliche Einrichtung Mittel zum Zweck kommunaler Aufgabenerfüllung ist, entfällt mit der Zuständigkeit grundsätzlich die „Erforderlichkeit“ einer gemeindlichen Einrichtung, von der etwa § 8 Abs. 1 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen explizit spricht, die

²⁶ BVerfGE 105, 185 (1993).

²⁷ *Lichtenfeld*, in: Driehaus (Fn. 27), § 4 Rn. 49.

²⁸ So OVG Bautzen, B. v. 24.9.2004 – 5 BS 119/04 – für den Fall einer materiellen Privatisierung der Wasserversorgung.

aber auch im Übrigen ungeschriebene Voraussetzung eines kommunalen Einrichtungsbetriebs ist.²⁹

Der Investitionsaufwand eines Zweckverbandes ist nach der Übertragung der Aufgabe nach § 10 Abs. 1 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit im Land Brandenburg (GKGBbg) unter keinem Gesichtspunkt mehr der Gemeinde zuzurechnen; vielmehr verursacht der Zweckverband diese Kosten in Erfüllung seiner eigenen Zuständigkeit.³⁰ Zurechnungs- und Refinanzierungsfragen können hier deshalb gar nicht entstehen. Für die in ihrem Eigentum befindlichen Grundstücke ist nunmehr die Gemeinde gegenüber dem Zweckverband beitrags- bzw. umlagepflichtig (vgl. § 29 GKGBbg).

2. Die Übertragung von Aufgaben und Anlagen auf einen Zweckverband

Soweit ein Zweckverbandsmitglied bereits vor der Zweckverbandsbildung öffentliche Einrichtungen und Anlagen zur Erfüllung der später auf den Zweckverband übergegangenen Aufgabe betrieben hat, sind diese im Zuge der Aufgabendelegation regelmäßig auf den Zweckverband übertragen worden. Im Gegenzug kann der Mitgliedsgemeinde hieraus ein Ausgleichsanspruch gegen den Zweckverband erwachsen sein.³¹

Umgekehrt kann sich eine Mitgliedsgemeinde einem Ausgleichsanspruch des Zweckverbandes gegenüber gesehen haben, wenn nur andere Zweckverbandsmitglieder Einrichtungen bzw. Anlagen an den Zweckverband übertragen haben, während sie selbst keine gegenständliche Vorleistungen erbracht hat.³² § 16 Abs. 1 GKGBbg sieht schriftliche Vereinbarungen der Beteiligten zur Vermögensübertragung und zum diesbezüglichen Ausgleich ausdrücklich vor.

²⁹ Ausführlich *Schmidt*, Kommunale Kooperation, 2005, S. 497 f.

³⁰ *Berwig*, in: Muth (Hrsg.), Potsdamer Kommentar, Kommunalrecht und Kommunales Finanzrecht, Loseblatt Stand 58. AL, § 10 GKG Rn.13

³¹ *Schmidt* (Fn. 29), S. 499.

³² *Schmidt*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 3, 3. Aufl. 2013, § 65 Rn. 70.

Wenn eine Mitgliedsgemeinde für den Investitionsaufwand in die ursprünglich gemeindliche öffentliche Einrichtung Anschlussbeiträge erhoben hat, sind diese in der Gebührenkalkulation „bei der Ermittlung der Verzinsung und der Abschreibungen“ als sog. Abzugskapital außer Betracht geblieben, § 6 Abs. 2 Satz 5 KAG. Um einer Doppelbelastung der Grundstückseigentümer infolge einer Einrichtungsübertragung vorzubeugen, muss diese gesetzliche Vorgabe auch bei der Gebührenerhebung durch den Zweckverband beachtet werden. Das durch Beiträge der Grundstückseigentümer finanzierte Anlagevermögen stellt für den Zweckverband ebenfalls aufwandlos erhaltenes Kapital dar und ist deshalb bei der Basis der kalkulatorischen Kosten als Abzugsposten zu berücksichtigen.

In den Ausgleichsanspruch einer Mitgliedsgemeinde für im Rahmen der Zweckverbandsbildung übertragenes Vermögen können Beitragszahlungen dergestalt einbezogen worden sein, dass sie den gemeindlichen Anspruch verringert haben, weil das in der Einrichtung gebundene Kapital der Gemeinde bereits durch die Grundstückseigentümer abgelöst worden ist. Falls der Zweckverband das Anlagevermögen zum Sachzeitwert ungeachtet der Refinanzierung übernommen und der Gemeinde vergütet hat, muss er die Deckungslücke in Höhe des Abzugskapitals aus allgemeinen Mitteln tragen.

3. Der Zweckverband als Einrichtungsträger

Mit der Übertragung der Aufgabe und der Einrichtungen auf den Zweckverband be- bzw. entsteht das Benutzungsverhältnis der Grundstückseigentümer nunmehr nicht mehr zur Gemeinde, sondern zum Zweckverband. Ebenso verschafft dieser jenen jetzt eine beitragsrelevante Vorteilslage. Damit einhergehen die Satzungsgewalt, die Abgabenhöhe, Anschluss- und Benutzungszwänge sowie die Zuständigkeit für Rechtsbehelfe und die Eigenschaft als Klagegegner anstelle der Mitgliedsgemeinde.³³

³³

Schmidt, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fn. 32), § 65 Rn. 71.

Spiegelbildlich zum Recht der Beitrags- und Gebührenerhebung ist der Zweckverband auch für den *actus contrarius* der Abgabenerstattung zuständig. Soweit davon Beiträge erfasst sind, die vor der Übertragung der Aufgabe auf den Zweckverband von der Gemeinde vereinnahmt worden sind, ist gleichwohl nun der Zweckverband der Adressat von Ansprüchen der Grundstückseigentümer. Da Anschlussbeiträge spezielle Entgelte der Grundstückseigentümer für vorteilbegründendes Handeln eines öffentlichen Einrichtungsträgers sind, scheiden die Mitgliedsgemeinden mangels eigener Einrichtungen als Anspruchsgegner aus.

Falls der Zweckverband Rückforderungsansprüche für ursprünglich gemeindliche Beitragsfälle erfüllen muss, steht ihm unter Umständen ein Ausgleichsanspruch gegen die jeweilige Mitgliedsgemeinde zu.³⁴ Voraussetzung dafür ist, dass bei der Übertragung der Einrichtungen von der Gemeinde auf den Zweckverband beitragsfinanziertes Anlagevermögen nicht einkalkuliert worden ist. Denn dann ist das Abzugskapital bei der Gemeinde verblieben, so dass sie für die Rückzahlung des Beitrags einzustehen hat. Anderenfalls hat es der Zweckverband abgelöst, so dass er auch für Rückzahlungen „haften“ muss.

Sowohl die Verpflichtung einzelner Mitglieder zum Transfer von Anlagen, Einrichtungen und Beteiligungen als auch die Verpflichtung von Verbandsmitgliedern zum Ausgleich sind taugliche Gegenstände eines verwaltungsrechtlichen Vertrages.³⁵ Vorbehaltlich gesetzlicher bzw. satzungsrechtlicher Vorschriften über die Umsetzung von Ausgleichsberechtigungen und -verpflichtungen sind sie mit den Rechtsbehelfen des Verwaltungsprozessrechts durchzusetzen.

Unabhängig davon gilt die Grundregel des § 29 Abs. 1 Satz 1 GKGBbg, dass „der Zweckverband (...) von den Verbandsmitgliedern eine Umlage

³⁴ I.d.S. *Schmidt* (Fn. 29), S. 502: „Ein solcher Ausgleich während der Verbandsmitgliedschaft ist ferner denkbar, wenn die den einzelnen Beteiligten aus der Verbandsmitgliedschaft erwachsenden Vorteile sich in unterschiedlicher Weise weiterentwickeln und nicht durch die Umlage angemessen abgeschöpft werden.“

³⁵ *Schmidt* (Fn. 29), S. 500; vgl. auch *Kluge/Liedtke/Düwel*, in: *Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt* (Fn. 41), § 6 Rn. 51.

zu erheben (hat), soweit seine sonstigen Erträge, Einzahlungen und nicht benötigten Finanzmittel nicht ausreichen, um seinen Finanzbedarf zu decken“. Soweit Zweckverbände Rückforderungsansprüche zu erfüllen haben, die nicht oder nicht vollständig gegenfinanziert sind, greift die Pflicht zur Erhebung einer Verbandsumlage durch.

4. Die Rolle der Mitgliedsgemeinden

Nach der Übertragung der Wasserversorgungs- bzw. Abwasserbeseitigungspflicht von den Gemeinden auf einen Zweckverband sind die Mitgliedsgemeinden weder zur Abgabenerhebung noch zur Erstattung berechtigt oder verpflichtet. An die Stelle der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung durch die verschiedenen Gemeinden tritt die Beteiligung an der Willensbildung des Zweckverbandes.³⁶

Für einen unmittelbaren gemeindlichen Zugriff auf das Abgabenschuldverhältnis der Grundstückseigentümer zum Aufgabenträger fehlt jegliche Befugnis; zuständig ist ausschließlich der Zweckverband. Zahlt eine Mitgliedsgemeinde einen ehemals von ihr erhobenen Beitrag an Grundstückseigentümer zurück, handelt sie *ultra vires*. Berechtigte Ausgleichsansprüche von Mitgliedsgemeinden gegen den Zweckverband können daher nicht entstehen.

Gemeindevertretungen verbandsangehöriger Gemeinden sind darauf verwiesen, über ihre Vertreter in der Zweckverbandsversammlung auf die Aufgabenerfüllung Einfluss zu nehmen. Insoweit steht der Vertretungskörperschaft eines kommunalen Zweckverbandsmitgliedes nach § 19 Abs. 7 Satz 1 GKGBbg ein Weisungsrecht zur Verfügung, um Beschlussvorlagen einzubringen bzw. die Stimmrechtsausübung zu binden.

Nur hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auf die drohende Rechtswidrigkeit von Beschlüssen von Vertretungskörperschaften eines Aufgabenträgers zur Rücknahme von bestandskräftigen Beitragsbescheiden und zur Rückzahlung von Beiträgen, wenn nicht *vorher* entsprechende Finanzierungskonzepte erarbeitet worden sind. Derselbe Vorbehalt gilt für Beschlüsse von Gemeindevertretungen verbandsan-

³⁶ Schmidt, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fn. 32), § 65 Rn. 69.

gehöriger Gemeinden, mit denen ihre Vertreter in der Verbandsversammlung eines Aufgabenträgers angewiesen werden, dort einen entsprechenden Beschluss einzubringen bzw. dafür zu stimmen.³⁷

5. Ungleichbehandlung von Beitragspflichtigen

Ins Verhältnis zu setzen sind hier diejenigen Grundstückseigentümer, die Anschlussbeiträge entrichtet haben und von einer Rückerstattung ausgeschlossen sind – sei es weil die Beitragserhebung rechtmäßig erfolgt ist, sei es weil die Beitragsbescheide bestandskräftig geworden sind –, und diejenigen, die wegen der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung einen Rückzahlungsanspruch haben und damit im Ergebnis keinen Beitrag leisten müssen. Damit entsteht eine Ungleichbehandlung „hinsichtlich des Instruments der Beitragsfinanzierung“,³⁸ weil eine Beitragserhebung nur noch im Rahmen der vom BVerfG vorgenommenen verfassungskonformen Auslegung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG zulässig ist.

Für die infolge der hypothetischen Festsetzungsverjährung nicht mehr veranlagungsfähigen Grundstücke erkennt das OVG Berlin-Brandenburg im schutzwürdigen Vertrauen der Grundstückseigentümer einen Rechtfertigungsgrund. Dieses Vertrauen bezieht sich jedenfalls darauf, von einer Beteiligung am Investitionsaufwand über Anschlussbeiträge verschont zu bleiben. Ob und inwieweit es auch auf die Gebührenerhebung durchschlägt, ist nachfolgend zu untersuchen.

II. Grundsätze der Gebührenerhebung

1. Beiträge als Abzugskapital

§ 6 Abs. 2 Satz 5 KAG besagt:

„Bei der Ermittlung der Verzinsung und der Abschreibungen bleibt der aus Beiträgen aufgebrauchte Eigenkapitalanteil außer Betracht (Abzugskapital)“.

³⁷ So zu Recht die Hinweise des MIK in seinem Rundschreiben vom 24.3.2016 – Gesch.Z.: 33-376-01 –.

³⁸ OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 11.2.2016 – 9 B 1.16 – Urteilsabdruck S. 13.

§ 6 Abs. 2 Satz 5 KAG 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. Der Umstand, dass der beitragszahlende Grundstückseigentümer bereits an den Investitionskosten der Einrichtung beteiligt worden ist, wird damit in der Gebührenrechnung nachvollzogen.³⁹

Es ergibt sich so ein um das Abzugskapital verminderter Kapitalwert des abschreibungsfähigen und zu verzinsenden Einrichtungsvermögens.⁴⁰ Bei der Berechnung der Verzinsungsbasis ist zudem in den Folgejahren ein um die erfolgten Abschreibungen verminderter Kapitalwert der Anlagegüter als Zinsbasis zugrunde zu legen, was je nach Kapitalstand auch zu einem sogenannten Negativkapital und damit dem Wegfall von Eigenkapitalzinsen führen kann.⁴¹

Das für die Gebührenkalkulation maßgebliche Abzugskapital bestimmt sich nach den tatsächlich gezahlten Beiträgen.⁴² Folgerichtig reduzieren Beitragsrückerstattungen diesen Wert des dem Einrichtungsträger zinslos von Dritter Seite zur Verfügung gestellten und deshalb bei den kalkulatorischen Kosten abzusetzenden Kapitals. Umgekehrt wächst der Wert der Abschreibungs- und Verzinsungsbasis auf, so dass der Gebührensatz steigt. Die Rückzahlung sämtlicher vereinnahmter Anschlussbeiträge führte – ungeachtet der Rechtmäßigkeit dieses Vorgehens – gebührenkalkulatorisch dazu, dass dieser Abzugsposten in der Gebührenrechnung vollständig entfällt.

³⁹ Ziffer 6.6.2 der Verwaltungsvorschrift des Ministeriums des Innern (VV-KAG) vom 28.12.2010, Abl. 3/2011, S. 98, außer Kraft getreten am 31.12.2012, bestimmte insoweit: „Es ist vorab eine Kapitalsaldierung vorzunehmen, wonach grundsätzlich bei der Berechnung der Abschreibungsbasis das gesamte inzwischen angesammelte Abzugskapital herausgerechnet wird.“

⁴⁰ OVG Brandenburg, U. v. 22.8.2002 – 2 D 10/02.NE – juris Rn. 62.

⁴¹ OVG Brandenburg, U. v. 22.8.2002 – 2 D 10/02.NE – juris Rn. 62; vgl. auch Ziffer 6.7.2lit. b) VV-KAG vom 28.12.2010, Abl. 3/2011, S. 98; kritisch dazu Kluge/Liedtke/Düwel, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt, PdK Brandenburg, KAG, § 6 Rn. 497.

⁴² OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 6.6.2007 – 9 A 77/05 – juris Rn. 37.

2. Das Doppelbelastungsverbot

Das sog. Doppelbelastungsverbot besagt, dass ein Grundstückseigentümer zur Deckung desselben Investitionsaufwands für die öffentliche Einrichtung nur eine Leistung – entweder einen einmaligen Anschlussbeitrag oder laufende Benutzungsgebühren – zu erbringen hat. Die Zahlung eines Kanalanschlussbeitrags befreit den Grundstückseigentümer daher hinsichtlich der für sein Grundstück durch beitragsfähige Maßnahmen des Einrichtungsträgers entstandenen Vorteilslage endgültig. Da der beitragsveranlagte Grundstückseigentümer einmal zur Deckung des Investitionsaufwands beigetragen hat, darf er über Benutzungsgebühren hierfür später nicht nochmals belastet werden.⁴³

Insoweit wird einer möglichen Doppelbelastung allerdings nur typisierend und pauschalierend abgeholfen; es findet keine Anrechnung von realen Beträgen bzw. Werten statt.⁴⁴ Im Zuge der Umstellung des Finanzierungssystems muss die Gemeinde bzw. der Zweckverband nicht die gesamten Verhältnisse rückabwickeln, sondern „eine Doppelbelastung der Grundstückseigentümer im Hinblick auf zukünftige Herstellungsinvestitionen und Erweiterungsinvestitionen“ vermeiden.⁴⁵ Beitrags- und Gebührenerhebung treffen sich in der Norm des § 6 Abs. 2 Satz 5 KAG, so dass das Abzugskapital das Instrument darstellt, über das die Lösung zu suchen ist.⁴⁶

3. Regelungen der Kostenverteilung

a. Funktion und Wahl des Gebührenmaßstabs

Von maßgeblicher Bedeutung für die Gebührenkalkulation ist die Summe der ansatzfähigen Kosten. Der Maßstab ist die Regelung, nach der die Kosten auf die gebührenpflichtigen Benutzer der Einrichtung zu verteilen sind. Der gesetzlich vorgegebene Orientierungspunkt für die Maß-

⁴³ Grünewald, GemH 2003, 244.

⁴⁴ Grünewald, Anschlussbeiträge, 2014, § 2 Rn. 16.

⁴⁵ OVG Münster, DVBl. 1981, 831 (834).

⁴⁶ Grünewald (Fn. 44), § 2 Rn. 16; auch OVG Brandenburg, U. v. 3.12.2003 – 2 A 417/01 – juris Rn. 32: „Verzahnung beider Finanzierungswege“.

stabsregelung ist die Inanspruchnahme (vgl. § 6 Abs. 4 Satz 1 und 2 KAG). In Anspruch genommen werden die Leistungen der Einrichtung. Das Gesetz verlangt damit eine leistungsgerechte Differenzierung.⁴⁷ Die Brücke von der satzungsmäßigen Festlegung eines (geeigneten) Gebührenmaßstabes zur konkreten Berechnung der Höhe der einzelnen Gebühr bildet der ebenfalls von der Satzung zu regelnde Satz. Er beinhaltet den für die einzelne Maßstabseinheit zu zahlenden Geldbetrag. Im Gebührensatz werden die Kostenrechnung und der Benutzungstatbestand zusammengeführt.

Die Wahl des Maßstabes ist grundsätzlich in das Ermessen des kommunalen Gesetzgebers gestellt. Die Grenze der Willkürfreiheit fußt im allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und ist verletzt, wenn eine Gebührenregelung nicht mehr durch sachliche Gründe zu rechtfertigen ist.⁴⁸ Der Satzungsgeber hat zwar bei der Auswahl des Gebührenmaßstabes und der Differenzierung der Gebühr nach unterschiedlichen Nutzungstatbeständen einen weitgehenden Gestaltungsspielraum. Die Grenzen dieses Gestaltungsspielraumes werden aber überschritten, wenn sich kein vernünftiger, aus der Natur der Sache einleuchtender Grund für eine vorgenommene oder unterlassene Differenzierung (Ungleichbehandlung) finden lässt, so dass die getroffene Regelung als willkürlich erscheinen muss.⁴⁹

Eine Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte aufgrund eines gewählten Gebührenmaßstabes ist jedoch unerheblich, wenn bei ihrer Bewertung eine der beiden davon betroffenen Fallgruppen deshalb vernachlässigt werden darf, weil sie bei der unvermeidbar typisierenden Betrachtung nicht ins Gewicht fällt. Dieser sog. Grundsatz der Typenge-

⁴⁷ Statt vieler VGH Kassel, NVwZ-RR 1992, 377.

⁴⁸ Kluge/Liedtke/Düwel, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt (Fn. 41), § 6 Rn. 286 m.w.N.; zur Abgrenzung vom Äquivalenzprinzip, welches die einzelne Gebühr betrifft, Brünig, in: Drießhaus (Fn. 27), § 6 Rn. 49a.

⁴⁹ Kluge/Liedtke/Düwel, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt (Fn. 41), § 6 Rn. 288 m.w.N.; zur Berücksichtigung der realen Kosten bei der Betätigung des Auswahlermessens BVerfG, NJW 1979, 1345, 1345 f.

rechtheit gestattet dem Gesetzgeber (bzw. dem Satzungsgeber), bei der Gestaltung abgabenrechtlicher Regelungen in der Weise zu verallgemeinern und zu pauschalisieren, dass an Regelfälle eines Sachbereichs angeknüpft wird und dabei die Besonderheiten von Einzelfällen außer Betracht bleiben.⁵⁰ Dieser Grundsatz vermag die Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte indessen nur so lange zu rechtfertigen, als nicht mehr als 10 % der von der Regelung betroffenen Fälle dem „Typ“ widersprechen, auf den die Maßstabsregelung zugeschnitten ist, die Auswirkungen auf die Betroffenen nicht erheblich sind und Schwierigkeiten – insbesondere verwaltungspraktischer Art – bestehen, die Härten zu vermeiden.⁵¹ Ob die Grenze der Erheblichkeit überschritten wird, ist daran zu messen, wie sich die Gleichbehandlung ungleicher Leistungen in der Belastung dessen auswirkt, der nur die eingeschränkte Leistung in Anspruch nimmt.⁵² Das BVerwG rekurriert auf eine nur untergeordnete Bedeutung der Ungleichbehandlung.⁵³

b. Grenzen für eine ausschließliche Gebührenfinanzierung

Ungeachtet der Frage der Nichterhebung von Beiträgen bedingt die ausschließliche Finanzierung einer öffentlichen Einrichtung über – mangels Abzugskapitals dann höhere – Benutzungsgebühren eine Ungleichbehandlung, weil eine Kostenbeteiligung dann nur für die angeschlossenen, d.h. bebauten Grundstücke, nicht aber für die nicht angeschlossenen, d.h. unbebauten, aber bebaubaren Grundstücke erfolgt. Zwar kommt auch letzteren durch die Herstellung der öffentlichen Einrichtung und die Anschlussmöglichkeit ein wirtschaftlicher Vorteil zu. Jedoch muss für sie nicht zum Investitionsaufwand für die Einrichtung beigetragen werden.

⁵⁰ BVerfGE 63, 119 (128); 84, 348 (359 f.); 99, 280 (290).

⁵¹ BVerwG, NVwZ 1987, 231 (232); OVG Münster, NVwZ-RR 2008, 419, 419 f.

⁵² VGH Kassel, NVwZ-RR 2000, 387 (388), bejaht die Willkür bei einem nicht leistungsproportionalen Kostenanteil von ca. 40 %.

⁵³ BVerwG, KStZ 1985, 107.

Diese Ungleichbehandlung der gleichermaßen bevorteilten Grundstückseigentümer verletzt erst dann den Gleichheitssatz, wenn sie eine Erheblichkeitsschwelle überschreitet. Das ist nach Ansicht des BVerwG gegeben, wenn der Anteil der nicht angeschlossenen bebaubaren Grundstücke im Gemeindegebiet mehr als 20 % beträgt, es sei denn, die unterlassene Beitragserhebung beeinflusst den Gebührensatz um nicht mehr als 10 % oder der Anteil der unbebauten, aber bebaubaren Grundstücke ist nur vorübergehend und damit atypisch besonders hoch.⁵⁴

c. Die gespaltene/gesplittete Gebühr

Die Frage der Rückerstattung von Beiträgen ist für das Zweckverbandsgebiet einheitlich zu beantworten, wenn und soweit eine einheitliche öffentliche Einrichtung vorliegt. Falls vor der Zweckverbandsbildung nicht in allen Mitgliedsgemeinden Anschlussbeiträge erhoben worden sind, mussten allerdings schon bislang unterschiedliche Gebührenkalkulationen erstellt werden: Für Grundstückseigentümer, die einen Anschlussbeitrag gezahlt haben, muss ein Gebührensatz unter Abzug des beitragsfinanzierten Kapitals ermittelt werden; die anderen Grundstückseigentümer zahlen Gebühren nach einem höheren Satz, der ohne Abzug der Anschlussbeiträge zu errechnen ist.⁵⁵

An dieser Systematik ändert sich durch die Rückzahlung von Beiträgen durch den Zweckverband grundsätzlich nichts. Denn diese erfolgt nur punktuell für noch offene Veranlagungsfälle, betrifft aber nicht die bestandskräftigen Beitragserhebungen. Da die Zweckverbandsmitglieder keine einrichtungsbezogene Abgabebefugnis mehr haben, kann ihr Verhalten die Gebührenkalkulation und -erhebung nicht beeinflussen. Deshalb kann es dadurch auch nicht zu nach Gemeindegebieten gesplitteten Gebühren innerhalb des Zweckverbandes kommen.

Die vollständige Beitragsrückerstattung an alle bevorteilten Grundstückseigentümer stellt eine Variante der Umstellung von einer Beitrags- auf eine ausschließliche Gebührenfinanzierung der Wasserversorgungs-

⁵⁴ BVerwG, NVwZ 1982, 622 (623).

⁵⁵ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 6.6.2007 – 9 A 77/05 – juris Rn. 36.

bzw. Abwasserbeseitigungseinrichtung dar.⁵⁶ Wenn ein Aufgaben- und Einrichtungsträger sich entschließt, vollständig aus der Beitragserhebung auszustiegen und die bereits veranlagten Beiträge zurückzuerstatten, bedeutet das für die Gebührenkalkulation, dass das diesbezügliche Abzugskapital ab jetzt und für alle auf Null sinkt. Weil damit keinem Grundstückseigentümer eine Doppelbelastung droht, muss keine doppelte Gebührenkalkulation vorgenommen werden, die unterschiedliche Gebührensätze festlegt, je nachdem, ob Anschlussbeiträge gezahlt worden sind oder nicht.

Das ist anders, wenn die Beitragsrückerstattung auf Fälle beschränkt bleibt, in denen entweder die verfassungswidrige Erhebung der Anschlussbeiträge noch nicht bestandskräftig abgeschlossen ist oder die Beitragsbescheide zwar bestandskräftig geworden sind, aber eine Aufhebung des Abgabenbescheids gleichwohl bei Rechtswidrigkeit der Veranlagung erfolgt. In beiden Konstellationen ergeben sich zwei Gruppen von Grundstückseigentümern, nämlich diejenigen, die einmalig Anschlussbeiträge gezahlt haben und laufend zu Benutzungsgebühren herangezogen werden, und diejenigen, die infolge der Rückzahlung des Anschlussbeitrags unentgeltlich in den Genuss der Vorteilslage kommen und nur Benutzungsgebühren bezahlen. Letztere Gruppe muss grundsätzlich zum ursprünglich beitragsfinanzierten Investitionsaufwand nun über höhere Benutzungsgebühren beitragen, um eine Ungleichbehandlung zu verhindern.

d. Ungleichbehandlungen infolge partieller Beitragsrückerstattung

Wenn der Einrichtungsträger im Sinne eines gesplitteten Gebührensatzes nach Beitragszahlern und Nichtbeitragszahlern differenziert, indem er Abzugskapital in der Kalkulation berücksichtigt oder nicht, beteiligt er im Sinne der Abgabengerechtigkeit alle Gebührenschuldner am Investitionsaufwand.⁵⁷ Da die Norm des § 6 Abs. 2 Satz 5 KAG auf „aufgebracht-

⁵⁶ Grünewald, GemH 2003, 244 (245).

⁵⁷ Diesen Zusammenhang betont das OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 26.1.2011 – 9 B 14.09 – juris Rn. 46, ausdrücklich.

te“, also tatsächlich gezahlte Beiträge abstellt, ist der Grund der unterbliebenen Beitragsleistung irrelevant.⁵⁸ Vor diesem Hintergrund scheint eine weitere Differenzierung danach, warum ein Grundstückseigentümer keinen Anschlussbeitrag entrichtet hat, nicht angezeigt.

Die Fallgestaltung entspricht derjenigen, in der ein Beitrag auf die gesamten tatsächlichen Aufwendungen für die Herstellung der öffentlichen (zentralen) Abwasserentsorgungseinrichtung des Zweckverbandes kalkuliert worden ist, dann aber nach dem einschlägigen Satzungsrecht bestimmte altangeschlossene Grundstücke nicht herangezogen wurden, weil die Satzung nicht hinreichend weit zurückwirkte. Hier sah das OVG Brandenburg⁵⁹ eine Doppelbelastung der „Schuldner des Herstellungsbeitrages (...), weil nur deren satzungsmäßiges Beitragsaufkommen vom zu verzinsenden Eigenkapital abgezogen werden kann, nicht aber ein Beitragsaufkommen der von der Beitragspflicht ausgenommenen, insbesondere der altangeschlossenen Grundstücke, das das Äquivalent für die diesen Grundstücken vermittelten Vorteile hätte sein und als Ausgleich für den auf diese Grundstücke entfallenden Aufwand hätte dienen können.“ Dieses nicht veranlagte Beitragsaufkommen müssten die Beitragszahler über die Benutzungsgebühren tragen, obwohl für die „erfassten Grundstücke der vorteilsbezogene Teil des Herstellungsaufwands mit dem Beitrag entgolten ist“ und die ungedeckte Kostenposition ausschließlich der Inanspruchnahme der Einrichtung bzw. ihrer Vorteilsnahme durch die nicht herangezogenen anschließbaren bzw. angeschlossenen Grundstücke zuzuordnen sei.

Das OVG Brandenburg⁶⁰ recurriert hier auf Art. 3 Abs. 1 GG, sieht die Fallgestaltung als vergleichbar derjenigen eines Wechsels des Finanzierungssystems an und verlangt zur „Vermeidung einer Doppelbelastung bei der Finanzierung der Herstellungsaufwendungen gleichermaßen durch Beiträge und Benutzungsgebühren“ „eine differenzierte Gebührengestaltung, etwa durch einen gespaltenen Gebührensatz für die bei-

⁵⁸ I.d.S. OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 6.6.2007 – 9 A 77/05 – juris Rn. 37.

⁵⁹ OVG Brandenburg, U. v. 3.12.2003 – 2 A 417/01 – juris Rn. 36.

⁶⁰ OVG Brandenburg, U. v. 3.12.2003 – 2 A 417/01 – juris Rn. 38.

tragspflichtigen Nutzer einerseits und andererseits diejenigen, die keinen Herstellungsbeitrag zu leisten brauchen, Rechnung zu tragen“.

Zieht man den Gedanken der Systemumstellung auf eine reine Gebührenfinanzierung heran, begegnet es keinen Bedenken, den Kreis der beitragsbelasteten Nutzer derart festzulegen, dass der ermäßigte Gebührensatz auf diejenigen Grundstücke beschränkt wird, für die ein Anschlussbeitrag bestandskräftig festgesetzt oder für die bezüglich des Anschlussbeitrages eine Ablösungsvereinbarung geschlossen worden ist⁶¹ – und entsprechende Leistungen erbracht worden sind. „Keinesfalls muss der ermäßigte Gebühren-/Entgeltsatz auch denjenigen Nutzern zugutekommen, die aus rechtlichen Gründen, insbesondere wegen Verjährung, nicht mehr zu einem Beitrag herangezogen werden könnten. Denn diese haben keine Leistungen auf den Investitionsaufwand erbracht, woraus sich gerade die Rechtfertigung für die Differenzierung im Verhältnis zu den beitragsbelasteten Nutzern ergibt.“⁶²

Bezogen auf den vorliegenden Fall der Beitragsrückerstattung in Fällen hypothetischer Festsetzungsverjährung liegt in dem höheren Gebührensatz für die betroffenen Grundstückseigentümer keine Umgehung des bundesverfassungsgerichtlichen Verdikts über die Anschlussbeitragshebung wegen unzulässiger Rückwirkung. Denn an den um das Abzugskapital reduzierten Abschreibungs- und Verzinsungsbasen für die Gebührenberechnung in der Vergangenheit ändert sich nachträglich nichts mehr. Bei den von der Beitragsrückerstattung begünstigten Grundstückseigentümern verbleibt also der Vorteil – rückblickend betrachtet – zu niedrig kalkulierter Benutzungsgebühren. Lediglich für die Zukunft wird das noch nicht abgeschriebene Anlagevermögen nicht mehr um beitragsfinanziertes Abzugskapital vermindert.

Ungeachtet der Frage, ob und inwieweit das Vertrauen eines nicht beitragsbelasteten Nutzers darauf, zu einem Beitrag nicht mehr herangezogen werden zu können, schutzwürdig ist, zwingt es nicht dazu die „bei-

⁶¹ Kluge/Liedtke/Düwel, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt (Fn. 41), § 6 Rn. 49d.

⁶² Kluge/Liedtke/Düwel, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt (Fn. 41), § 6 Rn. 49d.

tragsfreien“ Grundstückseigentümer im Fall einer Umstellung des Finanzierungssystems wie beitragsbelastete Einrichtungsnutzer zu behandeln.⁶³ Denn die Organisationsfreiheit des Einrichtungsträgers, ein auf Beiträgen und Gebühren beruhendes Finanzierungssystem auf ein rein gebührenfinanziertes Modell umzustellen, besteht fort; umgekehrt kann sich angesichts dessen schutzwürdiges Vertrauen in die Beibehaltung eines einmal von dem Einrichtungsträger gewählten Finanzierungssystems grundsätzlich gar nicht bilden.⁶⁴

e. Ungleichbehandlungen infolge von Beitragsstundungen

Eine weitere Differenzierung könnte daraus folgen, dass von den tatbestandlich betroffenen und bestandskräftigen Bescheiden ein großer Anteil noch nicht vollständig bezahlt bzw. vollstreckt ist, weil in unterschiedlichem Maß Stundungen ausgesprochen worden sind. Da die „Restschuld“ dem Vollstreckungsverbot anheimfällt, bleibt es für diese Grundstückseigentümer bei einer unvollständigen – stark vom Einzelfall abhängigen – Beteiligung am Investitionsaufwand der Einrichtung.

Mit Blick auf den Gebührenmaßstab ist zu prüfen, ob der Satzungsgeber eine in ihren bemessungsrelevanten Eigenschaften im Wesentlichen identische Gruppe von Gebührenschuldern in sich ungleich belastet bzw. ob eine in ihren bemessungsrelevanten Eigenschaften im Wesentlichen nicht homogene Gruppe von Benutzungstatbeständen gleich behandelt wird und ob dies gerechtfertigt ist. Eingedenk des Grundsatzes der Typengerechtigkeit ist insoweit zunächst zu ermitteln, ob die Anzahl der Abgabepflichtigen mit gestundeten Beitragsforderungen mehr als 10 v.H. der Gruppe der Beitragszahler bzw. Nichtbeitragszahler beträgt, mithin ob die Erheblichkeitsschwelle der Ungleichbehandlung erreicht wird.

⁶³ Kluge/Liedtke/Düwel, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt (Fn. 41), § 6 Rn. 49d.

⁶⁴ OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 6.6.2007 – 9 A 77/05 – juris Rn. 37; auch Grünwald, GemH 2003, 244; ebenso Kluge/Liedtke/Düwel, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt (Fn. 41), § 6 Rn. 47.

Allerdings ist festzuhalten, dass eine Gestaltung abgabenrechtlicher Regelungen in der Weise, dass der Gebührensatz nah an der Wirklichkeit ist, praktisch ausscheidet, weil sich die Fälle noch nicht vollständiger Beitragszahlung auf einer Skala von knapp über null bis annähernd 100 % einordnen lassen werden. Insoweit käme allenfalls die Bildung von Fallgruppen in Betracht.

Noch schwerer wiegt das Problem, wie das Abzugskapital jeweils bestimmt werden soll. Die maßgebliche Vorschrift des § 6 Abs. 2 Satz 5 KAG spricht schlicht vom „aus Beiträgen aufgebrauchten Eigenkapitalanteil“. Das Gesetz kennt also nur ein Alles oder Nichts, nicht aber einen prozentualen Ansatz des Beitragsvermögens. Korrespondierend zu den zuvor nach Umfang der Beitragszahlung bestimmten Fallgruppen könnte hier der Prozentsatz festgelegt werden.

Um diesen rechtstatsächlichen Schwierigkeiten in der Gebührenkalkulation und daraus resultierenden prozessualen Risiken zu entgehen, könnte alternativ in Betracht zu ziehen sein, es bei den Gruppen von beitragsfrei gestellten und beitragszahlenden Grundstückseigentümern zu belassen. Dazu müsste bei all denjenigen Abgabenschuldern, 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.

Eine diesbezügliche Ermessensbetätigung ließe sich mit Blick auf die anderenfalls eintretende Unmöglichkeit der abgabenrechtlichen Handhabung der Situation rechtfertigen. Sie führte zwar dazu, dass die betroffenen Grundstückseigentümer ex nunc die wegen des weggefallenen Abzugskapitals erhöhte Gebühr zu bezahlen hätten, obwohl sie auch bestandskräftig zu Beiträgen veranlagt worden waren. Dass ihnen allerdings in der Vergangenheit die unter Berücksichtigung eines Beitragsaufkommens kalkulierte und damit zu niedrige Benutzungsgebühr zugutegekommen ist, verbleibt ihnen weiterhin als Vorteil.

4. Besondere gebührenkalkulatorische Folgen

a. Betriebsbedingtheit der Kosten

Über die Beschränkungen nach dem wertmäßigen Kostenbegriff hinaus, ist in der Gebührenkalkulation darauf zu achten, dass alle Kosten ausgesondert werden, die dem Grunde, der Höhe und den Umständen nach nicht durch die gebührenpflichtige Leistungserstellung bedingt sind. Das ergibt sich aus dem Prinzip der Leistungsproportionalität oder speziellen Entgeltlichkeit, wie es in § 4 Abs. 2 KAG grundgelegt ist.

Aus dem Merkmal der Sachzielbezogenheit des wertmäßigen Kostenbegriffes folgt, dass Kosten in der Gebührenkalkulation nur angesetzt werden können, wenn sie betriebsbedingt sind, d.h. durch die Leistungserstellung verursacht werden.⁶⁵ Kosten, die nur gelegentlich des Betriebs anfallen und die keinen Bezug zur Leistungserstellung haben (neutraler Aufwand), sind nicht gebührenfähig.⁶⁶ Durch spezielle Regelungen im Abfall- oder Wasserrecht ist der Kostenbegriff für die Gebührenkalkulation mancherorts auf betriebsfremde Kosten erweitert worden.⁶⁷

Kosten der Verwaltung im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Rückforderungsanträgen von Grundstückseigentümern, Kosten der Rechtsverfolgung von Beitragsschuldnern oder auch Prozesskosten sind zwar durch den Betrieb der öffentlichen Einrichtung veranlasst. Zum einen stehen sie aber mit der Leistungserbringung „nur in einem mittelbaren Zusammenhang“,⁶⁸ weil sie gerade durch „Fehlleistungen“ der Verwaltung verursacht worden sind.⁶⁹ Zum anderen ist nicht gerechtfertigt,

⁶⁵ Vgl. OVG Münster, ZKF 1991, 180; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1996, 593 (596).

⁶⁶ OVG Bautzen, NVwZ-RR 2013, 701, zu Sponsoring- und Spendentätigkeit eines Zweckverbands.

⁶⁷ Vgl. § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 BbgAbfBodG; z.B. auch § 53c LWG NW.

⁶⁸ OVG Münster, B. v. 17.9.1985 – 2 B 1595/85 – ZKF 1985, 277; U. v. 17.10.1985 – 2 A 2689/84 –; ebenso VGH Mannheim, NVwZ-RR 2000, 710 (711); auch Kluge/Liedtke/Düwel, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt (Fn. 41), § 6 Rn. 426: „Prozessrisiken, die auf Satzungs- und/oder Veranlagungsmängeln beruhen, stehen mit der Erstellung der Leistung, der Leistungserbringung und mit der Art und Weise des Leistungsabrufs oder der Kalkulation der Kosten der Einrichtung jedoch in keinem ursächlichen Zusammenhang“.

⁶⁹ Brüning, in: Driehaus (Fn. 27), § 6 Rn. 462.

tigt, die Gesamtheit der Gebührenpflichtigen mit den gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten zu belasten, die durch die Rechtsverfolgung Einzelner bei der unterliegenden Kommune entstanden sind; „der ob-siegende Bürger müßte sich gegebenenfalls an den Verfahrenskosten beteiligen, die ihm erstattet werden“.⁷⁰

Aus denselben Gründen sind die Erstattung abgabenrechtlicher Nebenforderungen (dazu u. 3. Teil II) sowie Schadensersatzzahlungen wegen rechtswidriger Beitragsveranlagung (dazu u. 4. Teil) nicht leistungsbeding und damit nicht gebührenfähig.

b. Doppelte Kalkulation

Werden Anschlussbeiträge vom Zweckverband nicht flächendeckend und vollständig zurückerstattet, zwingt das Doppelbelastungsverbot zur Kalkulation gesplitteter Gebührensätze, mithin zu zwei Gebührenrechnungen: Je nachdem, ob ein Anschlussbeitrag entrichtet worden ist oder nicht, wird die Benutzungsgebühr unter Berücksichtigung von Abzugskapital kalkuliert oder nicht.⁷¹ Alternativ zu unterschiedlichen Gebührensätzen für Beitragszahler und Nichtbeitragszahler kommen Billigkeitsmaßnahmen zur Vermeidung einer Doppelbelastung in Betracht,⁷² insbesondere wenn es sich bei den betroffenen Grundstücken lediglich um Einzelfälle handelt.

Falls eine Benutzergruppe verbleibt, deren Beiträge nicht erstattet werden, ist der aus der Einmaligkeit des Anschlussbeitrags folgenden Beitragsfreiheit dieser Grundstücke auch in Bezug auf künftige Investitionen Rechnung zu tragen.⁷³ Deshalb muss mit Blick auf künftige Gebüh-

⁷⁰ OVG Münster, B. v. 17.9.1985 – 2 B 1595/85 – ZKF 1985, 277; U. v. 17.10.1985 – 2 A 2689/84 –.

⁷¹ OVG Brandenburg, U. v. 3.12.2003 – 2 A 417/01 – juris Rn. 37: Auszugehen sei „von einem `gespaltenen` Gebührensatz, d.h. unterschiedlichen Gebührensätzen für altangeschlossene Grundstücke einerseits und die beitragspflichtigen Grundstücke andererseits“. Zum Begriff des Abzugskapitals in der kommunalen Gebührenkalkulation *Schmitz/Schneidewind*, DVP 2009, 15 ff.

⁷² OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 26.1.2011 – 9 B 14.09 – juris Rn. 46 m.w.N.

⁷³ *Grünwald*, GemH 2003, 244 (247).

renbedarfsrechnungen weiterhin Abzugskapital ermittelt werden. Dabei kommt einerseits in Betracht, das zum Zeitpunkt der Umstellung des Finanzierungssystems vorhandene Abzugskapital fortzuschreiben und aufzulösen, oder andererseits weiterhin eine „Grobkalkulation“ des prinzipiell beitragsfähigen Aufwands vorzunehmen und so Investitionen beim Anlagevermögen zu berücksichtigen.⁷⁴

Da das Abzugskapital nach § 6 Abs. 2 Satz 6 Nr. 2 KAG aufgelöst werden kann, spricht viel dafür, die „ermäßigte“ Gebühr zeitlich zu begrenzen, etwa bis zur vollständigen Erneuerung der durch Beiträge finanzierten Einrichtungsteile.⁷⁵ Anderenfalls erhielten die Beitragszahler über den Zeitpunkt der Abschreibung der beitragsfinanzierten Anlagen(teile) hinaus einen ggf. ungerechtfertigten Vorteil.⁷⁶

c. Kostenunterdeckung infolge von Beitragserstattungen

Die aus der prinzipiellen Einmaligkeit der Beitragserhebung erwachsende Beitragsfreiheit des Grundstücks erfasst auch künftige Investitionen und ist daher in allen Gebührenbedarfsrechnungen zu berücksichtigen.⁷⁷ Die Zahlung des vollständigen Anschlussbeitrags durch den Grundstückseigentümer bewirkt eine zukünftige Beitragsfreiheit auch für dessen Rechtsnachfolger, weil durch den Beitrag ein dauerhafter grundstücksbezogener wirtschaftlicher Vorteil abgegolten wird, der auch zukünftigen Grundeigentümern zugutekommt.⁷⁸ Die Einrichtungsträger können nachträglich nicht geltend machen, die mit dem Anschlussbeitrag erhobenen Beitragssätze hätten sich als nicht kostendeckend herausgestellt.⁷⁹

⁷⁴ So *Grünewald*, GemH 2003, 244 (247), der für letztere Methode plädiert, da anderenfalls nicht die Beitragsfähigkeit des Grundstücks für die komplette Herstellung der Einrichtung erhalten bliebe.

⁷⁵ In diese Richtung *Kluge/Liedtke/Düwel*, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt (Fn. 41), § 6 Rn. 49e.

⁷⁶ I.d.S. *Kühne*, LKV 2008, 490 (493).

⁷⁷ *Grünewald* (Fn. 44), § 2 Rn. 18.

⁷⁸ OVG Münster, B. v. 27.3.1998 – 15 A 3421/98 – juris Rn. 2.

⁷⁹ *Grünewald* (Fn. 44), § 2 Rn. 16.

In vielen Fällen trägt die Gemeinde bzw. der Zweckverband einmalig die Vorfinanzierungslast der Einrichtung; die Investitionskosten werden dann über Benutzungsgebühren und ggf. Anschlussbeiträge refinanziert, so dass das Kapital grundsätzlich für eine Ersatzbeschaffung wieder zur Verfügung steht. Im Zeitpunkt der Neuinvestition ist damit eine Vorfinanzierung durch den Zweckverband möglich, die nachfolgend über Benutzungsgebühren wieder „eingespielt“ werden kann. Die unplanmäßige Pflicht zur Beitragsrückerstattung aktualisiert die Finanzierungslast des Einrichtungsträgers allerdings ein zweites Mal und löst regelmäßig einen Kreditbedarf aus.⁸⁰

Die Rückzahlung von Beiträgen bedeutet 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.

Wegen der rechtlichen Unmöglichkeit erneuter Beitragserhebung kann diese Kostenunterdeckung auch nicht mehr durch Anschlussbeiträge kompensiert werden. Eine Korrektur der Abschreibungsbasis in der Gebührenberechnung kann nur ex nunc dergestalt erfolgen, dass für die Restnutzungsdauer nun derjenige Abschreibungsbetrag angesetzt wird, der sich bei richtiger Bewertung von Anfang an ergeben hätte.⁸¹ Der Abschreibungssatz wird für die Restnutzungsdauer nicht so angepasst, dass die in den abgelaufenen Kalkulationsperioden durch das zu hoch veranschlagte Abzugskapital entstandene Unterdeckung ausgeglichen werden kann.⁸²

Der Grund dafür findet sich im Grundsatz der Periodengerechtigkeit. Benutzer dürfen im Gebührenrecht durch den Ansatz von Abschreibun-

⁸⁰ Dazu und zur Frage der kommunalrechtlichen Genehmigungsfähigkeit *Kühne*, LKV 2008, 490 (493).

⁸¹ *Schulte/Wiesemann*, in: *Drießhaus* (Fn. 27), § 6 Rn. 146.

⁸² Die inzwischen nicht mehr wirksame VV-KAG bestimmte insoweit stimmig in Ziffer 6.6.2: „*Unterlassene Abschreibungen können nicht nachträglich in Ansatz gebracht werden (periodenfremde Kosten).*“

gen als Kosten grundsätzlich nur mit dem Wertverzehr von Anlagegütern belastet werden, der in der Kalkulationsperiode durch die Leistungserstellung bedingt ist.⁸³ Das ist der nach der korrigierten Abschreibungsbasis neu berechnete Wertverzehr des Anlagevermögens für die nächsten Zeiträume.⁸⁴

Im Ergebnis entsteht also aus einer rückabgewickelten Beitragsfinanzierung von Investitionen, deren Kosten nun nicht mehr vollständig erwirtschaftet werden können, weil eine Anpassung des Abzugskapitals im Rahmen der Gebührenberechnung vergangene Zeiträume nicht mehr erreicht, eine Kostenunterdeckung.

d. Der Ausgleich von Kostenunterdeckungen

aa. Periodengerechte Zuordnung

Gemäß § 6 Abs. 3 Satz 2 KAG können Kostenunterdeckungen „spätestens im übernächsten Kalkulationszeitraum ausgeglichen werden“.⁸⁵

Der Grund dafür liegt in den Umstand, dass der Ausgleich von Über- und Unterdeckungen gegen das gebührenrechtliche Prinzip der Periodengerechtigkeit verstößt. Die gesetzliche Ausnahme ist daher restriktiv zu handhaben, weil die Benutzer grundsätzlich Gebühren nur für solche Leistungen zu zahlen haben, die sie im Veranlagungszeitraum in Anspruch genommen haben. „Ein ‚verdeckter Verlustausgleich‘, mit dem ohne weiteres so genannte periodenfremde Kosten angesetzt werden, die nicht durch die Inanspruchnahme im jeweiligen Leistungszeitraum,

⁸³ Kluge/Liedtke/Düwel, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt (Fn. 41), § 6 Rn. 413.

⁸⁴ Schulte/Wiesemann, in: DrieHaus (Fn. 27), § 6 Rn. 146.

⁸⁵ 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.“

sondern durch die Nutzer früherer Leistungsperioden verursacht wurden, ist unzulässig.“⁸⁶

Damit sind dem Einrichtungsträger sehr enge Grenzen für den Unterdeckungsausgleich gezogen, da eine periodengerechte Zuordnung der kalkulatorischen Fehlbeträge weit zurückreichen wird. Eine „Buchung“ der Rückzahlung von Beiträgen auf den laufenden Veranlagungszeitraum kann zwar vordergründig für sich in Anspruch nehmen, aktuell eine Kostenbelastung darzustellen. Systemkonform dürfte indes sein, auf das Jahr der jeweiligen Beitragszahlung und deren Berücksichtigung beim Abzugskapital abzustellen.

Dasselbe gilt für Schadensersatz, der wegen rechtswidriger Beitragsveranlagung in der Vergangenheit jetzt vom Aufgabenträger etwa auf der Grundlage des als Landesrecht fortgeltenden Gesetzes zur Regelung der Staatshaftung in der DDR (StHG) zu leisten ist. Abgesehen davon, dass Schadensersatz ohnehin in aller Regel nicht betriebsbedingt und damit nicht gebührenfähig sein wird, ist ihm die Relevanz für die laufende Abrechnungsperiode abzusprechen.⁸⁷ Infolgedessen muss das ursprünglich durch Anschlussbeiträge finanzierte Anlagekapital, das nun entweder unmittelbar zurückgezahlt oder mit Schadensersatz belastet wird, aus allgemeinen Deckungsmitteln (kredit-)finanziert werden. Eine nicht mehr korrigierbare Unterdeckung hat der Einrichtungsträger zu tragen.

bb. Ausgleich von Prognose-, nicht von Rechtsfehlern

Ungeachtet dessen ist der Frage nachzugehen, ob die Vorschrift zum Unterdeckungsausgleich nach Sinn und Zweck überhaupt anwendbar ist. Denn § 6 Abs. 3 Satz 2 KAG knüpft an eine Abweichung der tatsächlichen

⁸⁶ Kluge/Liedtke/Düwel, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt (Fn. 41), § 6 Rn. 432 m.w.N.

⁸⁷ Vgl. Kluge/Liedtke/Düwel, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt (Fn. 41), § 6 Rn. 415: „Zu beachten ist schließlich, dass für die Zuordnung von Kosten zu einer bestimmten Leistungsperiode nicht das Datum der Rechnungslegung oder des Rechnungsausgleichs, sondern allein das der maßgeblichen und überwiegenden Leistungserbringung ausschlaggebend ist“.

von den kalkulierten Kosten sowie der kalkulierten von den tatsächlichen Maßstabseinheiten an. Die Norm kann daher nicht so verstanden werden, dass sie für alle Fälle gilt, in denen der prognostizierte Kostendeckungsgrad nicht erreicht bzw. überschritten wird.⁸⁸ „Wenn die nach der Kalkulation erwarteten Gebühreneinnahmen nicht im Kalkulationszeitraum tatsächlich in die Kassen des Einrichtungsträgers fließen, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt eingehen oder gar wegen Insolvenzen von Gebührenpflichtigen oder aus sonstigen Gründen ausfallen, ist dies kein Fall des Ausgleichs von Unterdeckungen nach § 6 Abs. 3 Satz 2 KAG.“⁸⁹ Wird die Norm über ungewollte Planungs- und Prognosefehler hinaus angewandt, führte das letztlich dazu, dass die Gebührensschuldner für sämtliche Verluste der Vergangenheit aufkommen müssten.

Aus demselben Grund ist der Unterdeckungsausgleich nicht erlaubt, wenn der Satzungsgeber die Gebühren von Anfang an methodisch fehlerhaft kalkuliert hat. Außer Betracht zu bleiben haben daher Unterdeckungen, die „dadurch entstanden sind, dass der Satzungsgeber im Rahmen der Kalkulation den Ansatz einer ‘an sich’ ansatzfähigen (Kosten-)Position schlicht vergessen bzw. übersehen bzw. diese irrtümlich/versehentlich als nicht ansatzfähig im Sinne des § 6 Abs. 2 KAG angesehen hat, also irrtümlich/versehentlich nicht in die Gebührenkalkulation eingestellt hat, ohne dass dem eine (politische) Willensbildung des Satzungsbeschlussorgans zugrunde lag“.⁹⁰

Die Entscheidung für eine beitrags- und gebührenfinanzierte Einrichtung hat der Aufgabenträger im vorliegenden Zusammenhang seinerzeit gewollt getroffen. Die Berücksichtigung des Abzugskapitals in der Gebührenkalkulation folgte daraus zwingend. Werden Beiträge nun wegen der Unzulässigkeit ihrer Erhebung zurückerstattet, geht das daraus folgende Defizit im Gebührenhaushalt nicht auf einen Prognose-, sondern auf

⁸⁸ Kluge/Liedtke/Düwel, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt (Fn. 41), § 6 Rn. 424.

⁸⁹ So Kluge/Liedtke/Düwel, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt (Fn. 41), § 6 Rn. 426 m.w.N.

⁹⁰ Kluge/Liedtke/Düwel, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt (Fn. 41), § 6 Rn. 433.

einen Rechtsfehler in der Beitragsveranlagung zurück. Müssten dafür die Gebührenzahler im Wege des Ausgleichs von Kostenunterdeckungen aufkommen, finanzierten sie die Begünstigung der rückwirkend „befreiten“ Beitragsschuldner nachträglich.

3. Teil: Verfahrensrechtliche Fragen

I. Die Rücknahme von Beitragsbescheiden

1. Bestandskräftige Bescheide

a. Abgabenschuld vollständig beglichen

aa. Grundlagen eines Aufhebungsanspruchs

Nach § 37 Abs. 2 der Abgabenordnung (AO), der über den Verweis in § 12 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) KAG Anwendung findet, hat derjenige, auf dessen Rechnung die Zahlung bewirkt worden ist, gegen den Leistungsempfänger einen Anspruch auf Erstattung des gezahlten Betrages, wenn ein Beitrag ohne rechtlichen Grund gezahlt worden ist. Sofern ein Beitragschuldner den (rechtswidrig) festgesetzten Beitrag bereits vollständig geleistet hat, stellt sich die Frage, ob er eine Möglichkeit hat, gegen den bereits bestandskräftigen Bescheid vorzugehen, und in letzter Konsequenz dann eine Rückzahlung erreichen kann.

Eine Rückzahlung des aufgrund eines zwar rechtswidrigen, aber bestandskräftig (gewordenen) Beitragsbescheides geleisteten Beitrages setzt folglich die Aufhebung des Bescheides voraus, denn schließlich ist auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt wirksam und damit Rechtsgrund für eine Leistung.⁹¹ Es bedarf somit zunächst eines Anspruchs auf Aufhebung des ursprünglichen Bescheides.

bb. Unanwendbarkeit des Wiederaufgreifens des Verfahrens

Fraglich ist sodann, ob Anträge auf Wiederaufgreifen des Verfahrens statthaft sind, mit anderen Worten, ob § 51 VwVfGBbg in dieser Konstellation überhaupt zur Anwendung kommen kann. Daran kann man zweifeln, weil gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 VwVfGBbg dieses Verwaltungsgesetz des Landes keine Anwendung findet, soweit im Verwaltungsverfahren Rechtsvorschriften der AO zur Anwendung kommen. Nach § 12 Abs. 1 KAG sind aber die dort enumerativ aufgeführten Normen der AO

⁹¹ Vgl. z.B. VG Düsseldorf, U. v. 30.05.2005 – 5 K2262/04 – juris Rn. 41 f. m.w.N.

anwendbar, soweit nicht das KAG selbst oder andere Gesetze besondere Vorschriften enthalten.

In der AO finden sich keine Vorschriften, die der Wiederaufnahmemöglichkeit in § 51 VwVfGBbg entsprechen. Inhaltlich angenähert sind allenfalls die Normen, die die Aufhebung und Änderung von bestandskräftigen Bescheiden regeln (§§ 172 ff. AO). Im Katalog des § 12 Abs. 1 KAG werden diese allerdings nicht aufgeführt, so dass zu fragen ist, ob ein Rückgriff auf §§ 172 ff. AO (analog) oder § 51 VwVfGBbg (direkt oder als allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsverfahrens quasi analog bzw. sinngemäß⁹²) möglich ist.

Im Hinblick auf die §§ 172 ff. AO ist festzuhalten, dass die enumerativen Aufzählungen in den KAG der Länder abschließend sind und ein (analoger) Rückgriff auf nicht erwähnte Regelungen daher nicht möglich sein kann.⁹³ Für eine entsprechende Anwendung fehlt es insoweit an einer planwidrigen Regelungslücke.

Für eine entsprechende Anwendbarkeit von § 51 VwVfGBbg spricht, dass die KAG der Länder in der Regel nicht allgemein auf die AO verweisen, sondern nur einzelne Vorschriften für anwendbar erklären. Ein Rückgriff auf die allgemeinen Regelungen der Verwaltungsverfahrensgesetze außerhalb der konkreten Verweisung erscheint dann zumindest nicht grundsätzlich ausgeschlossen.⁹⁴

Dagegen spricht jedoch der Wortlaut des § 2 Abs. 2 Nr. 1 VwVfGBbg, wonach das Gesetz nicht gilt, sofern „Rechtsvorschriften der Abgabenordnung anzuwenden sind“, was bedeutet, dass damit die Anwendbarkeit des VwVfGBbg in seiner Gesamtheit ausgeschlossen wird.⁹⁵ Hinzu

⁹² Vgl. dazu *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 51 Rn. 5 m.w.N.

⁹³ *Herrmann*, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt (Fn. 41), § 12 Rn. 2; *DrieHaus*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 8 Rn. 182; vgl. auch OVG Nordrhein-Westfalen, U. v. 24.03.2009 – 9 A 397/08 – juris Rn. 21.

⁹⁴ Vgl. *Kopp/Ramsauer* (Fn. 92), § 2 Rn. 17a.

⁹⁵ Str., aber ständige Rspr. des OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 09.05.2006 – OVG 9 M 9/06 – juris Rn. 1; vgl. auch *Herrmann*, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt (Fn. 41), § 12 Rn. 11; *DrieHaus*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 8 Rn. 183a; *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27),

kommt, dass das KAG einen ausdrücklichen Verweis auf §§ 130, 131 AO enthält, was vermuten lässt, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf den Umgang mit bestandskräftigen Bescheiden eben nur diese Normen für anwendbar erklären wollte. Von einer etwaigen planwidrigen Regelungslücke ist insofern auch hier nicht auszugehen und § 51 VwVfGBbg findet demnach keine (analoge) Anwendung.

Im Ergebnis bleibt zunächst festzuhalten, dass abgesehen von Sonderkonstellationen für die Adressaten bestandskräftiger Beitragsbescheide allein § 12 Abs. 1 Nr. 3 lit. b) KAG i.V.m. § 130 Abs. 1 Satz 1 AO eine Möglichkeit darstellt, noch die Aufhebung des Bescheids zu erreichen.

cc. Ermessensentscheidung gemäß § 130 Abs. 1 Satz 1 AO

Die Regelung des § 130 Abs. 1 Satz 1 AO ist eine Ermessensvorschrift, so dass die Betroffenen nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung durch die Behörde haben. Zu bedenken ist dabei jedoch, dass die Behörde grundsätzlich im Hinblick auf Rechtssicherheit und Verfahrensökonomie nur eine eingeschränkte Prüfungs- und Begründungspflicht hat.⁹⁶ Im Abgabenrecht gilt zudem, dass die Behörde eine Ablehnung bereits grundsätzlich allein darauf stützen kann, dass der Betroffene es versäumt habe, die Gründe, die seiner Auffassung nach eine Rücknahme rechtfertigen, mit einem fristgerecht eingelegten Einspruch gegen den Bescheid vorzubringen.⁹⁷ Die Situation der Grundstückseigentümer, die einen Heranziehungsbescheid angefochten und damit ein Prozessrisiko übernommen haben, ist mit derjenigen der Grundstückseigentümer, die die Bescheide bestandskräftig haben werden lassen, unvergleichbar im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG.⁹⁸

§ 12 Rn. 6, jeweils m.w.N. auch zu anderen bzw. differenzierenden Auffassungen.

⁹⁶ Vgl. *Kopp/Ramsauer* (Fn. 92), § 48 Rn. 81a; *DrieHaus*, in: *DrieHaus* (Fn. 27), § 8 Rn. 183a.

⁹⁷ Vgl. Einführungserlass zur AO BStBl. I 1987, 664; BFH, B. v. 12.04.2005 – VII B 81/04 – juris Rn. 6 (st. Rspr.); OVG Thüringen, B. v. 22.08.2005 – 4 ZKO 654/05 – juris Rn. 4.

⁹⁸ *Johlen*, KStZ 2011, 1 (6).

Im Ergebnis ist es daher regelmäßig ermessensfehlerfrei, wenn die Behörde, auch ohne nähere sachliche Prüfung, den Antrag mit der Begründung ablehnt, sie räume der Bestandskraft den Vorrang ein und sehe für eine andere Beurteilung keinen Anlass.⁹⁹ Diese Maßstäbe gelten erst recht, wenn der Verwaltungsakt rechtskräftig bestätigt wurde.¹⁰⁰ Die Bestandskraft der Bescheide stellt einen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung von rechtswidrig veranlagten Abgabenschuldnern dar.¹⁰¹

§ 130 Abs. 1 AO kann ausnahmsweise einen Anspruch auf Rücknahme vermitteln, wenn das Ermessen der Behörde in diese Richtung auf Null reduziert ist.¹⁰² Das ist zum einen in den Fällen der Selbstbindung der Verwaltung gegeben, also wenn die Behörde in gleich gelagerten Fällen die Verwaltungsakte zurückgenommen hat oder eine entsprechende darauf gerichtete Weisung vorliegt und Art. 3 Abs. 1 GG die Gleichbehandlung verlangt.¹⁰³ Dabei ist prinzipiell bereits der erste Fall, in dem die Behörde das Verfahren wieder aufgegriffen hat, geeignet, für gleichliegende Fälle eine Verwaltungspraxis und damit eine Selbstbindung der Verwaltung zu bilden, von der im Einzelfall nur aus sachgerechten Erwägungen wieder abgewichen werden darf.¹⁰⁴

Eine weitergehende Prüfungspflicht ergibt sich schließlich dann, wenn ein qualifizierter Rechtsverstoß vorliegt, dessen Aufrechterhaltung allein aus Gründen der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens „schlechthin unerträglich“ erscheint.¹⁰⁵ Dabei wird vor allem auf die Kriterien der Schwere und Offensichtlichkeit und Zumutbarkeit abgestellt. Dazu müs-

⁹⁹ Kopp/Ramsauer (Fn. 92), § 48 Rn. 81a m.w.N.

¹⁰⁰ Vgl. Kopp/Ramsauer (Fn. 92), § 48 Rn. 81b.

¹⁰¹ OVG Thüringen, B. v. 22.8.2005 – 4 ZKO 654/05 – juris Rn. 7.

¹⁰² Vgl. Driehaus, in: Driehaus (Fn. 27), § 8 Rn. 183a.

¹⁰³ BVerwG, U. v. 05.09.1966 – V C 174.65 – juris Rn. 9 ff.; OVG Nordrhein-Westfalen, B. v. 13.04.2004 – 15 A 1113/04 – juris Rn. 10; Kopp/Ramsauer (Fn. 92), § 48 Rn. 79.

¹⁰⁴ So schon BVerwGE 26, 153 (155).

¹⁰⁵ BVerwG, U. v. 30.01.1974 – VIII C 20.72 – juris Rn. 24; U. v. 09.05.2012 – 6 C 3/11 – juris Rn. 51; vgl. zum Ganzen Kopp/Ramsauer (Fn. 92), § 48 Rn. 82 m.w.N.

sen Umstände gegeben sein, die die Berufung der Behörde auf die Unanfechtbarkeit als einen Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen.¹⁰⁶ Ein solcher Umstand besteht vor allem dann, wenn sich der Behörde die Rechtswidrigkeit aufdrängen musste.¹⁰⁷

Vorbehaltlich einer bereits eingetretenen oder künftig noch eintretenden Selbstbindung der Verwaltung ergibt sich in den hier untersuchten Fällen demnach kein Anspruch auf eine Rücknahme der Beitragsbescheide nach § 130 Abs. 1 AO, denn es ist nicht ersichtlich, dass das Aufrechterhalten der Bescheide derart unerträglich wäre, dass nur eine Rücknahme in Betracht käme. Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich den Einrichtungsträgern bei Erlass die Rechtswidrigkeit, also letztlich die Verfassungswidrigkeit der landesverfassungs- und obergerichtlich akzeptierten Anwendung von § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG, aufdrängen musste.¹⁰⁸ Gerade umgekehrt durften die Einrichtungsträger „sehenden Auges“ von der Rechtmäßigkeit ihrer Beitragserhebungspraxis ausgehen. Freilich ist vorsorglich darauf hinzuweisen, dass ein vom Beitragsschuldner angerufenes Verwaltungsgericht zu einer anderen Einschätzung gelangen kann.

dd. Ausnahmsweises Wiederaufgreifen des Verfahrens?

In Betracht zu ziehen ist schließlich, dass der Regelungsgehalt des § 51 VwVfG als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes in besonders gelagerten Fällen ausnahmsweise einen Anspruch auf Wiederaufgreifen des (abgabenrechtlichen) Verwaltungsverfahrens vermitteln kann.¹⁰⁹

¹⁰⁶ BVerwG, U. v. 09.05.2012 – 6 C 3/11 – juris Rn. 51; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 92), § 48 Rn. 79a.

¹⁰⁷ BVerwG, U. v. 17.01.2007 – 6 C 32/06 – juris Rn. 13 ff.; vgl. auch OVG Nordrhein-Westfalen, B. v. 09.09.2009 – 15 A 1881/09 – juris Rn. 6 ff. u. OVG Sachsen-Anhalt, B. v. 01.02.2011 – 4 L 158/10 – juris Rn. 3 f., die sogar auf die positive Kenntnis der Rechtswidrigkeit abstellen.

¹⁰⁸ Man könnte bereits daran zweifeln, ob diese vom BVerwG zu § 51 V i.V.m. § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG ergangene Rechtsprechung überhaupt ohne weiteres auf § 130 Abs. 1 AO übertragbar ist; kritisch dazu u.a. auch VG Köln, U. v. 19.06.2012 – 14 K 726/11 – juris Rn. 37 f.

¹⁰⁹ Vgl. *DrieHaus*, in: *DrieHaus* (Fn. 27), § 8 Rn. 183a.

Zwar könnte an eine Änderung der Sach- oder Rechtslage im Sinne des § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfGBbg gedacht werden. Nach überwiegender Meinung handelt es sich jedoch nicht um eine Änderung der Rechtslage, wenn das BVerfG eine Rechtsnorm (rückwirkend) für nichtig erklärt.¹¹⁰ Da im vorliegenden Zusammenhang „nur“ die verfassungskonforme Anwendung einer Norm angeordnet worden ist, liegt erst recht kein Wiederaufgreifensgrund vor.

Für Anträge auf Wiederaufnahme eines rechtskräftig beendeten gerichtlichen Verfahrens nach § 153 Abs. 1 VwGO i.V.m. §§ 578 ff. ZPO gilt das soeben Dargestellte entsprechend. Es fehlt insoweit an einem Wiederaufnahmegrund.

b. Abgabenschuld nicht oder nur teilweise erfüllt

aa. Der Anwendungsbereich des § 79 Abs. 2 BVerfGG

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

„Das Bundesverfassungsgericht hat aus diesen Regelungen und aus Satz 4 des § 79 Abs. 2 BVerfGG den allgemeinen Rechtsgedanken abgeleitet, dass einerseits zwar unanfechtbar gewordene Akte der öffentlichen Gewalt, die auf verfassungswidriger Grundlage zustande gekommen sind, nicht rückwirkend aufgehoben und ihre nachteiligen Wirkungen, die in der Vergangenheit von ihnen ausgegangen sind, nicht beseitigt werden, andererseits jedoch zukünftige Folgen, die

¹¹⁰ BVerwG DVBl 1991, 65; Kopp/Ramsauer (Fn. 92), § 51 Rn. 30; Braun, in: MüKo, ZPO, 4. Aufl. 2012, § 580 Rn. 40; zur Gegenauffassung vgl. Stelkens, NVwZ 1982, 492 (494).

*sich aus ihrer Durchsetzung ergeben würden, abgewendet werden sollen.*¹¹¹

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.¹¹²

Demgemäß 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“.¹¹³

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.¹¹⁴ Allerdings wirkt sich die mit § 79 Abs. 2 BVerfGG gegenüber der materiellen Gerechtigkeit durchgesetzte

¹¹¹ BVerfGE 115, 51 (63).

¹¹² 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.

¹¹³ So zutreffend OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 11.2.2016 – 9 B 1.16 – Urteilsabdruck S. 9.

¹¹⁴ BVerfGE 115, 51 (62 ff.); *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Loseblattsammlung Stand: Februar 2016, § 79 Rn. 45a m.w.N.

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 `Altanschließerbescheide`“.¹¹⁵

bb. Konsequenzen für Festsetzung und Vollzug

Aus § 79 Abs. 2 BVerfGG folgt, dass ein Wiederaufgreifen des Verfahrens mit dem Ziel, die Bestandskraft eines belastenden Verwaltungsakts zu durchbrechen und eine neue Sachregelung zu erhalten, ausscheidet. Ein bestandskräftig abgeschlossenes Festsetzungsverfahren wird von dem Beschluss des BVerfG nicht derart erfasst, dass es nun unter Berücksichtigung der tragenden Entscheidungsgründe neu zu beschneiden ist. Abgesehen davon, dass § 51 VwVfG im Kommunalabgabenrecht gar nicht anwendbar ist, bedeutete die Nichtigkeitserklärung einer verwaltungsseitig angewandten Norm keine Änderung der Rechtslage im Sinne von § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG. Eine stattgebende Entscheidung des BVerfG verändert insoweit nicht die Rechtslage, sondern bestätigt nur ex nunc die Nichtigkeit der Norm.¹¹⁶ Das muss erst recht gelten, wenn das BVerfG lediglich die verfassungskonforme Auslegung einer Vorschrift anordnet.

Das sog. „Rückabwicklungsverbot“ aus § 79 Abs. 2 BVerfGG ist zwar nicht als absolute Rücknahmesperre zu verstehen, so dass dem Adressaten des Verwaltungsakts die Möglichkeit bleibt, 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. Das „Rückabwicklungsverbot“ liefert jedoch ein weiteres Argument dafür, dass das Ermessen der Behörden grundsätzlich in Richtung der Ablehnung entsprechender Anträge reduziert ist.¹¹⁷

¹¹⁵ OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 11.2.2016 – 9 B 1.16 – Urteilsabdruck S. 13.

¹¹⁶ BVerfGE 20, 230 (235).

¹¹⁷ Vgl. VG Köln, U. v. 10.6.2010 – 13 K 5186/09 – juris Rn. 50 ff.

Anders verhält es sich auf der Ebene der Durchsetzung der materiellen Regelung der Abgabepflicht: Sofern die Betroffenen die Forderung aus dem Beitragsbescheid noch nicht oder jedenfalls nicht vollständig erfüllt haben, ist das Vollstreckungsverbot aus § 79 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG aufgerufen. Von seiner Wirkung wird auch die Stundung der Forderung erfasst, weil sie nichts daran ändert, dass aus dem zugrundeliegenden Abgabenbescheid vollstreckt wird.

Die Stundung ist ein im Billigkeitswege getroffener einseitiger, rechtsgestaltender Verwaltungsakt, der die Fälligkeit eines Anspruchs aus dem Abgabenschuldverhältnis hinausschiebt¹¹⁸ und dem Erhebungsverfahren zuzuordnen ist.¹¹⁹ Sie ist nur zulässig, wenn die Einziehung zum Fälligkeitszeitpunkt für den Schuldner eine erhebliche Härte bedeutete und der Anspruch dadurch nicht gefährdet ist, §§ 12c Abs. 1, 12 Abs. 1 Nr. 5 lit. a) KAG i.V.m. § 222 AO. In der Praxis wird regelmäßig eine Ratenzahlung mit Widerrufsvorbehalt für den Fall vereinbart, dass die vereinbarten Teilbeträge nicht vollständig und nicht rechtzeitig geleistet werden. Hinzu kommt eine angemessene Verzinsung. Die Stundung wird durch die mittelbewirtschaftende Stelle ausgesprochen. Sie hat die Kasse zu informieren, damit nicht weiter vollstreckt wird.

c. Die Befugnis zur Rücknahme

aa. Rücknahmegründe

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 auch jenseits der genannten Fallgruppen einer Reduzierung des Rücknahmeermessens auf Null anderen Sachgesichtspunkten, insbesondere solchen des Gemeinwohls, durchschlagen-

¹¹⁸ *Fritsch*, in: Koenig (Hrsg.), Abgabenordnung, Kommentar, 3. Aufl. 2014, § 222 Rn. 72.

¹¹⁹ *Fritsch*, in: Koenig (Fn. 118), § 222 Rn. 2.

de Bedeutung beimessen. Aus einem solchen Verwaltungshandeln erwachsen dann vermittels Selbstbindung allerdings ggf. Aufhebungsansprüche weiterer Betroffener in gleicher Lage.

Für die pflichtgemäße Ermessensausübung bedarf es sachlicher Gründe, die sich aus der Organisationshoheit des kommunalen Einrichtungsträgers ergeben können. Ob die Investitionskosten der Einrichtung über die laufenden Benutzungsgebühren abgedeckt werden oder hierfür ein Anschlussbeitrag erhoben wird, hat der Einrichtungsträger zu entscheiden.¹²⁰ Das Gesetz statuiert insoweit für die Auswahl der Abgabe keine Vor- oder Nachrangigkeit. Es ist daher grundsätzlich den Gemeinden überlassen, ob sie Investitionsaufwendungen für öffentliche Einrichtungen 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.¹²¹ In jedem Fall dürfen die Kosten nur einmal veranschlagt werden. Zur Vermeidung unzulässiger Doppelbelastungen bei der Umstellung des Finanzierungssystems auf ein reines Gebührenmodell kann der Einrichtungsträger daher die gezahlten Anschlussbeiträge erstatten,¹²² was die Aufhebung der zugrunde liegenden Bescheide voraussetzt. Wäre sie indes ermessensfehlerhaft und damit unzulässig, würde die Kommune in ihrer Organisationshoheit eingeschränkt.

Ebenso können verwaltungspraktische Gründe – wie etwa kaum lösbare Schwierigkeiten bei der Kalkulation leistungsproportionaler Gebührensätze (dazu o. 2. Teil II 3 e) – die Rücknahme von Beitragsbescheiden rechtfertigen.

Schließlich ist der Gemeinde bzw. dem Zweckverband zuzugestehen, auf die Bezugnahme auf die formelle Rechtssicherheit zugunsten materieller Gerechtigkeit zu verzichten. Als „Herrin des Verfahrens“ ist die Behörde nach Ansicht der Rechtsprechung auch bei verspätet eingelegten Wider-

¹²⁰ Vgl. VGH Mannheim, VBIBW 1983, 408 f.; VGH Kassel, NVwZ 1992, 807; OVG Münster, DVBl. 1981, 831 (833).

¹²¹ BVerwG, NVwZ 1982, 622 (623).

¹²² *Grünwald*, GemH 2003, 244 (245).

sprüchen berechtigt, sachlich zu entscheiden.¹²³ In diesem Sinne kann die Schaffung von Rechtsfrieden durch eine flächendeckende Aufhebung der Beitragsbescheide in Betracht kommen, da sich die Berufung auf die Bestandskraft sowie die Wirkung des Vollstreckungsverbots aus der Perspektive der Grundstückseigentümer angesichts der Vielzahl der Fallgruppen als willkürliches Kriterium darstellen kann.

bb. Rücknahmesperre?

Zu prüfen ist, ob aus dem Gesichtspunkt der Festsetzungsverjährung Einwände erwachsen. Für die betroffenen Bescheide gilt eine Festsetzungsverjährungsfrist von vier Jahren, da § 169 AO nach § 12 Abs. 1 Nr. 4 lit. b) KAG mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass die Festsetzungsfrist einheitlich vier Jahre beträgt. Der Eintritt der Festsetzungsverjährung ist von Amts wegen zu beachten und steht nicht zur Disposition der Behörde.¹²⁴ Nach Ablauf dieser Frist ist eine Festsetzung, Aufhebung oder Änderung nicht mehr zulässig, unabhängig davon, ob sie zu Lasten oder zu Gunsten des Pflichtigen erfolgen soll.¹²⁵ Die Vorschrift des § 169 Abs. 1 AO bildet also eine absolute Rücknahmesperre.¹²⁶

Daraus wird ohne weitere Begründung gefolgert, dass auch im Kommunalabgabenrecht die Anwendung des § 130 AO von vornherein ausgeschlossen ist, wenn die Festsetzungsfrist bereits abgelaufen ist.¹²⁷

Zunächst ist anzumerken, dass sich die einschlägigen verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen mit Aufhebungsbegehren von Abgabepflichtigen beschäftigen. Insoweit ist es dem beklagten Abgabengläubiger unbenommen, sich auf die Bestandskraft zu berufen. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass er das zwingend tun muss.

¹²³ BVerwGE 57, 342 (344); siehe *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 10 Rn. 28 m.w.N.

¹²⁴ Vgl. BFH, U. v. 07.02.2002 – VII R 33/01 – juris Rn. 27.

¹²⁵ Vgl. BFH, U. v. 05.03.1987 – VII R 29/84 – juris Rn. 5.

¹²⁶ *Johlen*, KStZ 2011, 1 (6); *Schwarz*, KStZ 2011, 7 (10).

¹²⁷ VG Köln, U. v. 22.11.2011 – 14 K 3620/10 – juris Rn. 19; VG Saarlouis, U. v. 10.3.2010 – 11 K 848/09 – juris Rn. 43.

Bei genauerer Lektüre des § 169 Abs. 1 AO fällt auf, dass die Norm von „Aufhebung“, nicht von „Rücknahme“ spricht. Das ist bedeutsam, denn während die Rechtsbegriffe im allgemeinen Verwaltungsrecht in einem Generalitäts- bzw. Spezialitätsverhältnis stehen, werden sie im Steuerrecht kumulativ verwendet: § 172 AO regelt die „Aufhebung und Änderung von Steuerbescheiden“, § 130 AO die „Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts“. „Das System der Korrekturvorschriften der AO ist, anders als das des VwVfG, zweigleisig ausgestaltet“.¹²⁸ Schon von daher spricht viel dafür, dass der Gesetzgeber die Anordnung des § 169 Abs. 1 AO nur auf die in demselben Unterabschnitt der AO geregelte Steuerfestsetzung, nicht aber allgemein auf die sogar in einem ganz anderen Teil der AO geregelten Verwaltungsakte beziehen will. Da zu unterstellen ist, dass der Gesetzgeber die Systematik der AO kennt, betrifft die Rücknahmesperre die Bestandskraft von Steuerbescheiden.

Hinzu kommt, dass der brandenburgische Gesetzgeber in § 12 Abs. 1 Nr. 4 lit. b) KAG nur ganz gezielt § 169 AO für die Festsetzungsfrist, nicht aber § 172 AO, wohl aber in § 12 Abs. 1 Nr. 3 lit. b) KAG die §§ 127 bis 133 AO für entsprechend anwendbar erklärt hat. Das spricht dafür, dass er für die Regelungen hinsichtlich der Bestandskraft von Verwaltungsakten an dem aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht bekannten System mit der korrespondierenden Terminologie („Rücknahme“ und „Widerruf“) festhalten will und auf § 169 AO als Fristbestimmung rekurriert. In dieselbe Richtung deutet die Formulierung in § 12c Abs. 2, 2. Halbs. KAG, wonach unter näher benannten Voraussetzungen „bereits entrichtete Beträge erstattet“ werden können.

Demzufolge ist davon auszugehen, dass die Behörde nicht gehindert ist, auch in Fällen, in denen Festsetzungsverjährung eingetreten ist, ermessensfehlerfrei zur Rücknahme von Kommunalabgabenbescheiden zu gelangen. Im Übrigen würde anderenfalls die anerkannte Variante zur Umstellung des Finanzierungssystems einer öffentlichen Einrichtung auf ein rein gebührenfinanziertes Modell abgabenrechtlich unmöglich gemacht, weil Rücknahme und Widerruf von Beitragsbescheiden nicht mehr zulässig wären. Insoweit hat die Rechtsprechung ausdrücklich be-

¹²⁸

So *Intemann*, in: Koenig (Fn. 118), § 130 Rn. 3.

tont, dass die abgabenrechtlichen Vorgaben die kommunale Organisationsfreiheit nicht leerlaufen lassen dürfen.¹²⁹

2. Nicht bestandskräftige Bescheide

a. Kosten im Zusammenhang mit dem Widerspruchsverfahren

aa. Zinsen

Da die (Anfechtungs-)Widersprüche gegen nicht bestandskräftige Beitragsbescheide, die aufgrund des Beschlusses des BVerfG rechtswidrig sind, auch begründet sind, ist ihnen abzuhelpen und sind die Bescheide aufzuheben. Sodann haben diejenigen, die den Beitrag bereits teilweise oder vollständig geleistet haben, einen Erstattungsanspruch aus § 37 Abs. 2 AO, da insoweit der Rechtsgrund für die Zahlung entfällt.

Fraglich ist, ob dieser Beitragserstattungsanspruch zu verzinsen ist. Eine die Verzinsung betreffende Norm findet sich in § 8 Abs. 8 Satz 3 KAG. Allerdings betrifft sie lediglich Fälle, in denen auf sog. Vorausleistungsbescheide geleistet wurde. Um diese Konstellation geht es hier jedoch nicht.

Im Übrigen gilt nach § 12 Abs. 1 Nr. 5 lit. b) KAG i.V.m. § 233 Satz 1 AO, dass eine Verzinsung nur dann erfolgt, wenn es gesetzlich vorgeschrieben ist. In Betracht kommt insofern § 233a AO. Allerdings verweist das KAG nicht auf diese Norm der AO, so dass sie hier nicht anwendbar ist.¹³⁰ Nach überwiegender Meinung soll eine Vollverzinsung von Beitragsrückerstattungen sogar dann ausscheiden, wenn das einschlägige KAG diese Norm für entsprechend anwendbar erklärt, weil sie speziell nur auf Steuern zugeschnitten sei.¹³¹

¹²⁹ BVerwG, NVwZ 1999, 653.

¹³⁰ Vgl. *Sauthoff*, in: *DrieHaus* (Fn. 27), § 12 Rn. 231.

¹³¹ Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, B. v. 14.03.2007 – 6 A 11636/06 – juris Rn. 14 ff.; *DrieHaus*, in: *DrieHaus* (Fn. 27), § 8 Rn. 179; *Sauthoff*, in: *DrieHaus* (Fn. 27), § 12 Rn. 231.

Ein Anspruch auf Verzinsung kann sich auch nicht aus § 49a Abs. 3 VwVfGBbg ergeben, weil die VwVfG-Vorschriften vorliegend gar nicht anwendbar sind. Zuletzt lässt sich auch kein Verzinsungsanspruch auf der Grundlage eines Folgenbeseitigungsanspruches herleiten, da dieser von seinem Inhalt her nicht den Wertersatz für entgangene Kapitalnutzungen in Form von Zinsen erfasst.¹³²

Im Widerspruchsverfahren und damit vor Eintritt der Rechtshängigkeit fehlt folglich eine derartige gesetzliche Anordnung.¹³³ Zumindest bei Aufhebung im Widerspruchsverfahren ist der Beitragserstattungsanspruch daher nicht zu verzinsen.

bb. Kosten des Widerspruchsführers

Fraglich ist zudem, ob dem Widerspruchsführer aufgrund seines erfolgreichen Widerspruchs Kosten, die z.B. durch eine Vertretung von einem Rechtsanwalt entstanden sind, zu erstatten sind.

Eine diesbezügliche Erstattungsvorschrift findet sich sowohl in § 80 VwVfG des Bundes als auch im gleichlautenden § 80 VwVfGBbg. Allerdings findet das VwVfG des Bundes wegen § 1 Abs. 3 dieses Gesetzes keine Anwendung, weil sich die Verwaltungstätigkeit der Landes- bzw. hier Gemeindebehörden nach den Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder richtet. Das VwVfGBbg ist ebenfalls nicht anwendbar, weil vorliegend Rechtsvorschriften der AO anwendbar sind. Demnach gibt es für die vorliegenden Fälle keinen Kostenerstattungsanspruch im Sinne von § 80 VwVfGBbg.¹³⁴ Diese Auffassung bzw. Regelung begegnet auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.¹³⁵

¹³² OVG Brandenburg, B. v. 29.09.2004 – 2 A 349/02.Z – juris Rn. 7.

¹³³ Vgl. OVG Brandenburg, B. v. 29.09.2004 – 2 A 349/02.Z – juris Rn. 4 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 27.08.2015 – 9 N 96.13 – juris Rn. 8.

¹³⁴ *Herrmann*, in: Becker/Benedens/Deppe/Düwel/Herrmann/Kluge/Liedtke/J. Schmidt/Th. I. Schmidt (Fn. 41), § 12 Rn. 10.

¹³⁵ BVerwG, U. v. 27.09.1989 – 8 C 88.88 – juris Rn. 17; OVG Thüringen, U. v. 17.11.2004 – 4 KO 97/03 – juris Rn. 29; *Driehaus*, in: Driehaus (Fn. 27), § 8 Rn. 183c; vgl. zur Gegenauffassung *Pietzner/Ronellenfitsch*, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 12. Aufl. 2010, § 44 Rn. 16 m.w.N.

Allenfalls könnte ein Erstattungsanspruch unter dem Gesichtspunkt der Amts- bzw. Staatshaftung in Betracht kommen. So hat das OLG Thüringen¹³⁶ erkannt, dass § 1 Abs. 1 StHG einen Schadensersatzanspruch vermitteln könne. Aufgewendete Rechtsanwaltskosten seien ein ersatzfähiger Schaden und nach dem StHG komme es auf ein Verschulden der Gemeinde bzw. ihrer Mitarbeiter nicht an. Diese Auffassung hat auch das LG Potsdam vertreten,¹³⁷ so dass es zweckmäßig erscheint, entsprechende Erstattungsansprüche anzuerkennen und zu erfüllen, um zivilrechtliche Streitigkeiten um die Kostenerstattung zu vermeiden. Da insoweit Schadensersatz nicht einen etwaig ausgebliebenen Erfolg in der Hauptsache kompensiert, sondern die Kosten der Rechtsverfolgung des obsiegenden Widerspruchsführers ersetzt, haben sich die Zivilgerichte – soweit ersichtlich – auch nicht mit Fragen der Anspruchsreduzierung aus Gründen des Schutzzwecks der Haftung für Staatsunrecht auseinandergesetzt (dazu u. 4. Teil III 2 b). Auf die fehlende Gebührenfähigkeit dieser Kosten des Einrichtungsträgers ist bereits hingewiesen worden (s.o. 2. Teil II 4 a).

b. Kosten im Zusammenhang von Gerichtsverfahren

aa. Zinsen

Da die Klagen gegen die rechtswidrigen Beitragsbescheide Aussicht auf Erfolg haben, werden diese entsprechend aufgehoben und ggf. Erstattungsansprüche nach § 37 Abs. 2 AO entstehen.

Aus § 12 Abs. 1 Nr. 5 lit. b) KAG i.V.m. §§ 236, 238 AO kann sich zudem ein Anspruch auf sog. Prozesszinsen ergeben. Da die Beurteilung darüber, ob und in welcher Höhe ein Anspruch auf Prozesszinsen besteht stets auch von der konkreten prozessualen Situation im Einzelfall abhängt, kann hier nur auf die allgemeinen Voraussetzungen eingegangen werden¹³⁸.

¹³⁶ OLG Thüringen U. v. 21.05.2002 – 3 U 1336/01 – juris Rn. 20 ff.

¹³⁷ LG Potsdam, LKV 2004, 480.

¹³⁸ Vgl. zum Ganzen ausführlich *Sauthoff*, in: *Driebehaus* (Fn. 27), § 12 Rn. 210 ff.

§ 236 Abs. 1 AO setzt zunächst voraus, dass durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung oder auf Grund einer solchen Entscheidung eine festgesetzte Abgabe herabgesetzt oder eine Abgabenvergütung gewährt wird. Gemäß § 236 Abs. 2 Nr. 1 AO gilt Absatz 1 entsprechend, wenn sich der Rechtsstreit durch Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Verwaltungsakts oder durch Erlass des beantragten Verwaltungsakts erledigt. Der Zweck der Norm besteht darin, dem Gläubiger des Erstattungsanspruches für die Vorenthaltung des Kapitals zumindest für die Zeit ab Rechtshängigkeit eine Entschädigung zu gewähren¹³⁹.

Der Erstattungsanspruch muss als solcher rechtshängig gewesen sein, so dass Fälle ausscheiden, in denen die Erstattung lediglich mittelbare Folge der gerichtlichen Entscheidung ist.¹⁴⁰ Zudem muss der Prozess vom Beitragspflichtigen selbst geführt worden sein, ein erfolgreicher Musterprozess eines Dritten reicht insofern nicht aus.¹⁴¹ Für § 236 Abs. 2 Nr. 1 AO ist es unerheblich, aufgrund welcher Vorschrift der Abgabenbescheid aufgehoben wird.¹⁴² Ferner kommt es nicht darauf an, ob der Kläger die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat oder ob er die Klage zurücknimmt, wenn sich der Rechtsstreit durch Erlass des Aufhebungs- oder Änderungsbescheides erledigt, weil „Erledigung“ in diesem Fall Beendigung der Rechtshängigkeit bedeutet.¹⁴³ Der Geltendmachung des Zinsanspruches kann im Einzelfall der Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben entgegengehalten werden.¹⁴⁴

Wie sich aus § 236 Abs. 1 AO ergibt, beginnt der Zinslauf mit der Rechtshängigkeit der Klage. Im Verwaltungsprozess entsteht Rechtshängigkeit mit der Erhebung der Klage (vgl. § 90 VwGO). Dabei ist jedoch nicht auf

¹³⁹ Vgl. BFH, U. v. 16.11.2000 – XI R 31/10 – juris Rn. 9 und U. v. 29.08.2012 – II R 49/11 – juris Rn. 10.

¹⁴⁰ BFH, U. v. 30.11.1995 – V R 39/94 – juris Rn. 12.

¹⁴¹ Vgl. OVG Hamburg, B. v. 25.04.2001 – 1 Bf 215/00 – juris Rn. 7; *Sauthoff*, in: *Driebehaus* (Fn. 27), § 12 Rn. 217.

¹⁴² *Sauthoff*, in: *Driebehaus* (Fn. 27), § 12 Rn. 218.

¹⁴³ Vgl. BFH, U. v. 13.07.1994 – I R 38/93 – juris Rn. 10 ff.

¹⁴⁴ Vgl. allgemein zu „Treu und Glauben im Steuerrecht“ BFH U. v. 09.1989 – I R 181/85 – juris Rn. 13 ff., u. U. v. 06.02.1991 – I R 13/86 – juris Rn. 21; *Sauthoff*, in: *Driebehaus* (Fn. 27), § 12 Rn. 221.

den Zeitpunkt der Erhebung der Anfechtungsklage abzustellen, sondern auf den Zeitpunkt, in dem erstmals der Erstattungsanspruch als Leistungsbegehren mit einem entsprechenden Antrag bei Gericht anhängig gemacht worden ist. Voraussetzung für das Entstehen eines Zinsanspruchs ist nämlich das Vorliegen eines bezifferten Leistungsanspruchs auf Rückzahlung; allein aufgrund des Anfechtungsantrages könnte das Gericht den Beklagten auch nicht zur Erstattung verpflichten.¹⁴⁵ In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Kläger seinen Erstattungsanspruch aus § 37 Abs. 2 AO jederzeit noch während des Verfahrens über § 113 Abs. 2 und 3 VwGO geltend machen kann (sog. „Stufenklage“), ohne dass er davor zunächst einen Abrechnungsbescheid nach § 218 Abs. 2 Satz 2 AO bei der Behörde beantragen muss.¹⁴⁶

Der Zinslauf endet mit Ablauf des Tages, an dem der Beitrag zurückerstattet wird.¹⁴⁷ Der Zinsanspruch entsteht mit Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung, die die Erstattung auslöst.¹⁴⁸ Er ist nach § 239 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 155 Abs. 1 Satz 1 AO von Amts wegen festzusetzen.

Die Höhe der Verzinsung ergibt sich aus § 238 AO. Es ist aber auch möglich in entsprechender Anwendung des § 291 BGB Prozesszinsen in Höhe von jährlich 4 % zu beanspruchen.¹⁴⁹

Der Zinsanspruch kann nach § 236 Abs. 3 i.V.m. § 155 Abs. 4 VwGO ausgeschlossen sein, etwa wenn die Verschuldensgründe des § 137 FGO vorliegen.

Andere Zinsansprüche, insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Verzuges nach § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB (analog), sind ausgeschlossen,¹⁵⁰

¹⁴⁵ Vgl. BVerwG, U. v. 24.03.1999 – 8 C 27/97 – juris Rn. 22; OVG Mecklenburg-Vorpommern, U. v. 15.12.2009 – 1 L 167/08 – juris Rn. 37.

¹⁴⁶ Vgl. BVerwG, U. v. 17.02.2000 – 3 C 11/99 – juris Rn. 10 ff.; OVG Mecklenburg-Vorpommern, U. v. 15.12.2009 – 1 L 167/08 – juris Rn. 30; VG Koblenz, U. v. 11.12.2000 – 8 K 1417/00.KO – juris Rn. 30; *Sauthoff*, in: Driehaus (Fn. 27), § 12 Rn. 6.

¹⁴⁷ Vgl. BFH, U. v. 26.04.1985 – III R 24/82 – juris Rn. 10; *Sauthoff*, in: Driehaus (Fn. 27), § 12 Rn. 223.

¹⁴⁸ Vgl. BVerwG, U. v. 17.02.2000 – 3 C 11/99 – juris Rn. 19; BFH, U. v. 14.05.2002 – VII R 6/01 – juris Rn. 18 ff.

¹⁴⁹ *Sauthoff*, in: Driehaus (Fn. 27), § 12 Rn. 214.

weitergehende Folgenbeseitigungs- oder Schadensersatzansprüche hingegen nicht.¹⁵¹

bb. Verfahrenskosten

Eine verbindliche Aussage über die Verfahrenskosten im Einzelfall lässt sich kaum treffen, da es auch hier auf die konkreten prozessualen Begebenheiten ankommt. Festzuhalten bleibt an dieser Stelle jedoch, dass die Kosten sich nach § 162 Abs. 1 VwGO aus den Gerichtskosten (Gebühren und Auslagen) und den zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beteiligten einschließlich der Kosten des Vorverfahrens zusammensetzen. Nach § 162 Abs. 2 Satz 1 VwGO sind die Gebühren und Auslagen der dort genannten Personen stets erstattungsfähig, allerdings wie immer nur im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Gebühren und Auslagen¹⁵², grundsätzlich zuzüglich der darauf entfallenden Umsatzsteuer.¹⁵³

Hinzu kommt, dass nach § 162 Abs. 2 Satz 2 VwGO neben den allgemeinen Kosten des Vorverfahrens auch die Gebühren und Auslagen eines Bevollmächtigten im Vorverfahren erstattungsfähig sind, sofern das Gericht dessen Hinzuziehung für notwendig erklärt. Dabei ist die Notwendigkeit der Regelfall, da der Bürger nur in Ausnahmefällen in der Lage sein wird, seine Rechte selbst ausreichend zu wahren.¹⁵⁴ Zumindest in komplizierten abgabenrechtlichen Streitigkeiten wie der vorliegenden wird man dies wohl in aller Regel bejahen können.

¹⁵⁰ Vgl. *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 212 u. 214.

¹⁵¹ *Sauthoff*, in DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 211d.

¹⁵² Vgl. VGH Bayern, B. v. 24.10.1991 – 20 A 88.40116 u.a. – juris Rn. 9 u. 13.

¹⁵³ Vgl. zu Einzelheiten *Kopp/Schenke*, VwGO, 21. Aufl. 2015, § 162 Rn. 10 ff.

¹⁵⁴ *Kopp/Schenke* (Fn. 153), § 162 Rn. 18 m.w.N auch zu anderen Auffassungen.

3. „Eilbedürftigkeit“?

a. Aus der Perspektive des Grundstückseigentümers

Einer Beitragserstattung zwingend vorausgehen muss die Rücknahme des Beitragsbescheids, da anderenfalls ein Rechtsgrund für die Leistung besteht.¹⁵⁵ Dieser Regelungszusammenhang gilt unabhängig davon, ob ein Anspruch auf bzw. eine Pflicht zur Rücknahme besteht. Insofern dürfte es für die Kommune von Vorteil sein, zusammen mit dem Aufhebungsbescheid zugleich über die Erstattung zu entscheiden, um ein weiteres Verwaltungsverfahren zu vermeiden.

Da ein Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 VwVfG ausscheidet, findet die Drei-Monats-Frist aus § 51 Abs. 3 VwVfG für die Stellung des Antrags auf Aufhebung des bestandskräftigen Verwaltungsakts keine Anwendung. Ein Anspruch aus § 12 Abs. 1 Nr. 3 lit. b) KAG i.V.m. § 130 Abs. 1 AO ist nicht fristgebunden.

Wenn Rücknahmeanträge gestellt und noch nicht beschieden worden sind oder zwar schon abgelehnt worden sind, diesbezüglich aber Widerspruchsverfahren schweben, muss hierüber in angemessener Frist entschieden werden, anderenfalls besteht die Möglichkeit zu (Untätigkeits-) Klagen, und damit für den Einrichtungsträger verbunden zumeist das Risiko höherer finanzieller Belastung. Eine solche Klage ist grundsätzlich „nicht vor Ablauf von drei Monaten seit der Einlegung des Widerspruchs oder seit dem Antrag auf Vornahme des Verwaltungsakts“ zulässig, § 75 Satz 2 VwGO. Jedoch kann bei Vorliegen eines „zureichenden Grundes“ vom Gericht das Verfahren bis zu einer von ihm bestimmten Frist ausgesetzt werden, § 75 Satz 3 VwGO. Insoweit dürfte die Sicherstellung der Finanzierung zum Teil erheblicher Rückzahlungsbeträge einen tragfähigen Grund für Fristverlängerungen bilden. Die Entscheidung hierüber trifft allerdings das zuständige Verwaltungsgericht.

Wenn und soweit die Rücknahme des Beitragsbescheids erfolgt ist, wird der Erstattungsanspruch aus § 37 Abs. 2 AO fällig. Zwar ist hierüber von Amts wegen zu entscheiden; gleichwohl entfaltet ein Antrag hemmende

¹⁵⁵ Driehaus, in: Driehaus (Fn. 27), § 8 Rn. 182.

Wirkung (§ 171 Abs. 3 AO). Ggf. muss der Berechtigte seinen Erstattungsanspruch ebenfalls klageweise geltend machen.

Für die Verjährung des Erstattungsanspruchs gelten kraft der Verweisung in § 12 Abs. 1 Nr. 5 lit. a) KAG die besonderen Regelungen zur Zahlungsverjährung aus §§ 228 ff. AO für Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis, zu dem auch der Erstattungsanspruch zählt, vgl. § 37 Abs. 1 AO. Für Schadensersatzansprüche finden besondere Verjährungsfristen Anwendung (s.u. 4. Teil III 3).

b. Aus der Perspektive des Einrichtungsträgers

Im Hinblick auf anhängige gerichtliche Verfahren ist auf die Verzinsungspflicht hinzuweisen. Sofern Stufenklagen der oben beschriebenen Art rechtshängig sind, verursacht jeder volle Monat wegen § 238 Abs. 1 AO eine höhere Zinslast. Insoweit besteht aus wirtschaftlichen Gründen eine gewisse Eilbedürftigkeit für die Aufhebung der Bescheide und die Beitragserstattung. Im Übrigen könnte für jeden konkreten Fall geprüft werden, inwiefern eine Erledigung des Rechtsstreits, also z.B. durch Aufhebung des Bescheides oder Anerkenntnis, zu geringeren Gerichts- oder Anwaltsgebühren führen könnte.

Soweit sich der Einrichtungsträger nicht auf die Bestandskraft von Abgabenbescheiden berufen will, ist die „freiwillige“ Rücknahme nicht nach § 130 Abs. 3 AO fristgebunden. Denn grundsätzlich entfaltet ein Abgabenbescheid ausschließlich belastende Wirkung.¹⁵⁶ Zwar enthält der Anschlussbeitragsbescheid ausnahmsweise insoweit eine begünstigende Regelung, als – falls der Gesamtbeitrag festgesetzt worden ist – keine weiteren Beiträge bezogen auf die Anschlussmöglichkeit des Grundstücks erhoben werden. Dies folgt aus der Natur des Anschlussbeitrags als einmaliger Leistung. Jedoch steht hier gerade nicht eine weitere Beitragsveranlagung, sondern die Zurückerstattung des gesamten Beitrags in Rede.

¹⁵⁶ Grünwald (Fn. 44), § 11 Rn. 19.

II. Der Umgang mit abgabenrechtlichen Nebenforderungen

1. Überblick

Aus der nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) KAG vorgegebenen entsprechenden Anwendung des § 3 Abs. 4 AO ergibt sich, dass abgabenrechtliche Nebenleistungen in erster Linie Verspätungszuschläge (§ 152 AO), Zinsen (§§ 233-237 AO) und Säumniszuschläge (§ 240 AO) sind. Hinzu kommen dann noch als abgabenrechtliche Nebenforderungen im weiteren Sinne die Forderungen, die im Wege der Beitreibung bzw. Zwangsvollstreckung entstehen.¹⁵⁷

Außer Acht bleiben können bei der nachfolgenden Betrachtung die Verspätungszuschläge gemäß § 152 AO, da diese Vorschrift ihrem Regelungsgehalt nach das verspätete Einreichen einer Steuererklärung sanktionieren soll (vgl. § 152 Abs. 1 Satz 1 AO).

2. Säumniszuschläge

a. Sinn und Zweck

In erster Linie sind die Säumniszuschläge gemäß § 240 AO als Druckmittel eigener Art zu verstehen, das den Pflichtigen zur rechtzeitigen Zahlung anhalten soll.¹⁵⁸ Darüber hinaus sollen die Säumniszuschläge Verwaltungsaufwendungen abgelten, die bei den verwaltenden Körperschaften entstehen, weil eine fällige Abgabe nicht oder nicht fristgemäß gezahlt wird.¹⁵⁹ Zuletzt verschaffen sie der Behörde eine Gegenleistung für das Hinausschieben der Zahlung fälliger Abgaben, was bedeutet, dass die verwirkten Säumniszuschläge an die Stelle von Stundungs- und Aussetzungszinsen treten.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Vgl. *Sauthoff*, in: *DrieHaus* (Fn. 27), § 12 Rn. 56.

¹⁵⁸ Vgl. BFH, U. v. 29.08.1991 – V R 78/86 – juris Rn. 25; U. v. 22.04.1975 – VII R 54/72 – juris Rn. 8.

¹⁵⁹ Vgl. BFH, U. v. 18.06.1998 – V R 13/98 – juris Rn. 10; U. v. 19.12.2000 – VII R 63/99 – juris Rn. 9; *Sauthoff*, in: *DrieHaus* (Fn. 27), § 12 Rn. 71.

¹⁶⁰ Str., wie hier BFH, U. v. 29.08.1991 – V R 78/86 – juris Rn. 25; VGH Hessen, B. v. 27.09.1994 – 5 TH 1485/93 – juris Rn. 3; OVG Bremen, B. v. 06.04.1993 – 1

Nach § 240 Abs. 2 AO entstehen Säumniszuschläge nur in Bezug auf die Abgabenschuld selbst und nicht etwa auch bei Nebenleistungen, Zwangsgeldern oder Kosten, die nicht rechtzeitig bezahlt werden. Der Säumniszuschlag ist keine Strafe und kein verwaltungsrechtliches Zwangsgeld, soll aber auch „Abgabengehorsam“ sanktionieren und ist somit nicht mit Verzugszinsen gleichzusetzen.¹⁶¹

b. Voraussetzungen

aa. Fälligkeit

Grundvoraussetzung für die Fälligkeit einer Forderung ist, dass sie wirksam festgesetzt worden ist, denn ein unwirksamer Abgabenbescheid entfaltet keinerlei Rechtswirkungen und kann folglich auch keine Fälligkeit auslösen. Gibt es jedoch keine fällige Schuld, können auch keine Versäumniszuschläge anfallen.¹⁶²

Im Hinblick auf die Bestimmung des Fälligkeitstages ist allein auf den im Abgabenbescheid angegebenen Zahlungstermin abzustellen, mithin den Zeitpunkt, in dem dieser gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO (vorläufig) vollziehbar wird.¹⁶³ Dabei ist unerheblich, ob und in welcher Höhe die Abgabeforderung materiell-rechtlich überhaupt besteht.¹⁶⁴ Es kommt insoweit nicht auf die inhaltliche Richtigkeit der Forderung an, denn wie sich aus § 240 Abs. 1 Satz 4 AO ergibt, ist das rechtliche Schicksal des Säumniszuschlages von der Beständigkeit der Abgabenfestsetzung getrennt.¹⁶⁵

B 6/93 – juris Rn. 7; *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 72; *Koenig*, in: Koenig (Fn. 118), § 240 Rn. 3, letztere mit Hinweis auf abweichende Meinungen.

¹⁶¹ Vgl. BFH, U. v. 13.01.2000 – VII R 91/98 – juris Rn. 20; *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 73.

¹⁶² Vgl. *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 75.

¹⁶³ *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 76.

¹⁶⁴ Vgl. OVG Sachsen-Anhalt, U. v. 19.09.2013 – 4 L 150/13 – juris Rn. 17; VGH Bayern, B. v. 27.09.2012 – 6 ZB 10.1083 – juris Rn. 8.

¹⁶⁵ Vgl. *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 76.

bb. Änderung der Fälligkeit

Stundung meint das Hinausschieben der Fälligkeit bei Bestehenbleiben der Erfüllbarkeit.¹⁶⁶ Demzufolge können während des Stundungszeitraums keine Säumniszuschläge entstehen und der durch die Stundung eingetretene wirtschaftliche Nachteil kann nur durch Stundungszinsen ausgeglichen werden.¹⁶⁷ Sofern der Stundungsantrag von der Behörde erst nach Eintritt der Fälligkeit positiv beschieden wird, entfallen bereits verwirklichte Säumniszuschläge nur, wenn der Stundungsbeginn rückwirkend auf den ursprünglichen Fälligkeitszeitpunkt gelegt wird.¹⁶⁸

Die umstrittene Frage, ob und inwiefern eine Aussetzung der Vollziehung des Abgabenbescheides direkt Einfluss auf die Fälligkeit hat,¹⁶⁹ braucht hier nicht entschieden werden, weil zumindest anerkannt ist, dass während der Dauer einer – wenn auch ggf. zu Unrecht gewährten – Aussetzung keine Säumniszuschläge entstehen.¹⁷⁰ Unumstritten ist auch, dass bis zur positiven Entscheidung über den Aussetzungsantrag grundsätzlich Säumniszuschläge entstehen.¹⁷¹ Etwas anderes kann nur gelten, wenn die Vollziehbarkeit des Abgabenbescheides rückwirkend ausgesetzt, mit anderen Worten auch für die Vergangenheit aufgehoben wird. Dies führt unweigerlich zu der Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen Entscheidungen nach § 80 Abs. 4 und 5 VwGO Rückwirkung haben.

Für die Aussetzung der Vollziehung eines Abgabenbescheides durch die Ausgangs- oder Widerspruchsbehörde nach § 80 Abs. 4 VwGO gilt, dass

¹⁶⁶ Vgl. *Sauthoff*, in: Driebehaus (Fn. 27), § 12 Rn. 77; *Koenig*, in: Koenig (Fn. 118), § 240 Rn. 12.

¹⁶⁷ Vgl. BSG, U. v. 23.02.1988 – 12 RK 50/86 – juris Rn. 14 f.

¹⁶⁸ Wie hier: BFH, U. v. 22.04.1988 – III R 269/84 – juris Rn. 18; *Koenig*, in: Koenig (Fn. 118), § 240 Rn. 12; anders: BFH, U. v. 08.07.2004 – VII R 55/03 – juris Rn. 28 m.w.N., wonach zusätzlich ein Erlass erfolgen müsse.

¹⁶⁹ Vgl. zur Meinungsübersicht *Fritsch*, in: Koenig (Fn. 118), § 220 Rn. 13, und auch *Sauthoff*, in: Driebehaus (Fn. 27), § 12 Rn. 79, der von einer Beseitigung der Fälligkeit ausgeht.

¹⁷⁰ Vgl. BFH, U. v. 31.08.1995 – VII R 58/94 – juris Rn. 9 ff. m.w.N.; *Koenig*, in: Koenig (Fn. 118), § 240 Rn. 13.

¹⁷¹ Vgl. *Sauthoff*, in: Driebehaus (Fn. 27), § 12 Rn. 80; *Koenig*, in: Koenig (Fn. 118), § 240 Rn. 13, jeweils m.w.N.

sie ein rechtsgestaltender Verwaltungsakt ist, dessen Wirkung sich nur auf die Zukunft erstreckt.¹⁷² Will ein Abgabenschuldner eine ex-tunc-Wirkung erreichen, also rückwirkende Aufhebung der Vollziehung, muss er dies ausdrücklich bei der Behörde beantragen.¹⁷³

Falls sich bei einer gerichtlichen Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO eine etwaige Rückwirkung weder aus dem Tenor noch den tragenden Gründen der Entscheidung ergibt, wirkt der Beschluss nach überwiegender Meinung grundsätzlich bis zum Erlass des angefochtenen Bescheides zurück.¹⁷⁴ Andere sehen den Zeitpunkt der Antragstellung als maßgeblich an,¹⁷⁵ und die Finanzgerichtsbarkeit stellt sogar auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ab.¹⁷⁶ Hinsichtlich der Auffassung des BFH ist zu bedenken, dass sie sich auf § 69 Abs. 2 und 3 FGO bezieht und es dort auch im gerichtlichen Verfahren um eine Aussetzung der Vollziehung geht. Zudem wird das „Problem“ dadurch gelöst, dass sowohl im behördlichen (auch im Rahmen von § 361 AO) als auch im gerichtlichen Aussetzungsverfahren im Hinblick auf die Säumniszuschläge eine rückwirkende Aufhebung der Vollziehung nach § 69 Abs. 3 Satz 3 FGO möglich sein kann, vor allem wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides bestehen.¹⁷⁷ Das Entstehen bzw. die Höhe von entstandenen Säumniszuschlägen hängt also davon ab, welcher Auffassung ein im Streitfall angerufenes Verwaltungsgericht diesbezüglich folgen wird. Im Übrigen bleibt dann nur die Möglichkeit von Aussetzungszinsen.

¹⁷² Vgl. BFH, U. v. 30.03.1993 – VII R 37/92 – juris Rn. 21; B. v. 10.05.2002 – VII B 244/01 – juris Rn. 25

¹⁷³ Vgl. *Sauthoff*, in: Driehaus (Fn. 27), § 12 Rn. 81.

¹⁷⁴ Vgl. OVG Sachsen-Anhalt, U. v. 15.05.2007 – 4 L 522/04 – juris Rn. 25 m.w.N. aus der Literatur; OVG Sachsen U. v. 12.10.2005 – 5 B 471/04 – juris Rn. 17 ff.; OVG Niedersachsen, U. v. 14.03.1989 – 9 A 57/88 – juris Rn. 21.

¹⁷⁵ Vgl. OVG Mecklenburg-Vorpommern, U. v. 20.05.2003 – 1 L 137/02 – juris Rn. 37, und mit Einschränkung *Sauthoff*, in: Driehaus (Fn. 27), § 12 Rn. 82.

¹⁷⁶ Vgl. BFH, B. v. 10.05.2002 – VII B 244/01 – juris Rn. 25; U. v. 30.03.1993 – VII R 37/92 – juris Rn. 21 ff.

¹⁷⁷ Vgl. BFH, U. v. 30.03.1993 – VII R 37/92 – juris Rn. 22; vgl. auch *Sauthoff*, in: Driehaus (Fn. 27), § 12 Rn. 82, der diese Grundsätze auf § 80 Abs. 5 VwGO übertragen will.

cc. Sonstige Voraussetzungen

Nach Ablauf der Zahlungsverjährung hinsichtlich der festgesetzten Abgabe gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 5 lit. a) KAG i.V.m. § 228 AO entstehen keine Säumniszuschläge mehr.¹⁷⁸ Der Eintritt der Verjährung der Abgabenerforderung erstreckt sich jedoch nicht auf bereits verwirklichte Säumniszuschläge.¹⁷⁹

Säumniszuschläge entstehen nicht, wenn ihr Zweck als Druckmittel nicht erreichbar ist. Davon ist auszugehen, wenn der Pflichtige entweder zahlungsunfähig oder überschuldet ist.¹⁸⁰

Durch die rechtzeitige Zahlung der Abgabe kann das Entstehen von Säumniszuschlägen verhindert werden. Die Erfüllung der Abgabenerforderung kann gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 5 lit. a) KAG i.V.m. den einschlägigen Vorschriften der AO durch Zahlung (§ 224 AO) und Aufrechnung (§ 226 AO) erfolgen.¹⁸¹

Da die Säumniszuschläge keine Strafe bilden (sollen), ist ihr Entstehen unabhängig von einem etwaigen Verschulden des Pflichtigen. Unerheblich ist daher z.B., ob er nur aufgrund eines Irrtums zunächst nicht zahlt oder aus wirtschaftlichen Gründen nicht zahlen kann, wobei bei offenkundiger wirtschaftlicher Not zum einen die Grenze hinsichtlich der Zweckerreichung zu beachten ist und zudem auch über einen Erlass nachgedacht werden müsste.¹⁸²

§ 240 Abs. 3 Satz 1 AO gewährt dem Pflichtigen im Hinblick auf Säumniszuschläge eine Schonfrist von drei Tagen. Ein in diesem Zeitraum verwirklichter Säumniszuschlag darf nicht erhoben werden. Es handelt sich um eine nach „Tagen“ zu berechnende Frist, für die § 108 Abs. 1 AO i.V.m. § 188 Abs. 1 BGB gilt.¹⁸³

¹⁷⁸ Vgl. VGH Bayern, U. v. 03.08.1990 – 23 B 88.94 – juris Rn. 20.

¹⁷⁹ Vgl. BFH, B. v. 08.11.2004 – VII B 137/04 – juris Rn. 15.

¹⁸⁰ Vgl. *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 85.

¹⁸¹ Ausführlicher *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 86 ff.

¹⁸² Vgl. *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 88.

¹⁸³ Ausführlicher *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 89.

Säumniszuschläge entstehen und werden kraft Gesetzes fällig, sie bedürfen daher keiner Festsetzung durch einen Verwaltungsakt.¹⁸⁴ Eine Verzinsung der Säumniszuschläge sowie entsprechender Erstattungsansprüche wird durch § 233 Satz 2 AO ausdrücklich ausgeschlossen.

c. Auswirkungen von späteren gerichtlichen Entscheidungen

Die Aufhebung eines rechtswidrigen Abgabenbescheides nach Eintritt der Fälligkeit hat keinen Einfluss auf die bereits entstandenen bzw. verwirkten Säumniszuschläge, denn die Änderung, Aufhebung oder Berichtigung nach Fälligkeit lässt die bereits verwirkten Zuschläge gemäß § 240 Abs. 1 Satz 4 AO unberührt.¹⁸⁵ Insoweit wird die grundsätzlich geltende Akzessorietät der steuerlichen Nebenforderungen durchbrochen. Dies ist aufgrund der Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes auch aus verfassungsrechtlicher Hinsicht unbedenklich.¹⁸⁶

Zu bedenken ist an dieser Stelle aber, dass mit Wirksamwerden der Entscheidung des BVerfG vom 12. November 2015 im Hinblick auf die rechtswidrigen Beitragsbescheide nach § 79 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG ein Vollstreckungsverbot eingetreten ist. Dieses erfasst streng genommen zwar nicht die Säumniszuschläge; allerdings könnte eine Beitreibung bzw. Einbehaltung der ggf. danach noch entstehenden Zuschläge dem der Vorschrift des § 79 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG zugrundeliegenden Rechtsgedanken widersprechen. Danach soll vermieden werden, dass dem Pflichtigen zukünftige negative Folgen aus der Durchsetzung entstehen.¹⁸⁷ Zum einen könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass durch das Vollstreckungsverbot die Fälligkeit der Hauptforderung entfällt und somit gar keine Säumniszuschläge mehr entstehen können.

¹⁸⁴ Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, B. 06.02.2009 – 9 A 409/08 – juris Rn. 3; OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 27.09.2011 – OVG 10 S 48.10 – juris Rn. 15 und B. v. 28.11.2013 – OVG 9 N 136.12 u.a. – juris Rn. 6.

¹⁸⁵ Vgl. VGH Bayern, U. v. 27.04.1989 – 23 B 87.03703 – juris Rn. 25; *Sauthoff*, in: *Driebehaus* (Fn. 27), § 12 Rn. 91.

¹⁸⁶ Vgl. BVerfG, B. v. 30.01.1986 – 2 BvR 1336/85 – juris Orientierungssatz; BVerwG, B. v. 02.05.1995 – 8 B 50/95 – juris Rn. 4.

¹⁸⁷ Vgl. BVerfGE 115, 51 (63).

Zum anderen könnte darauf rekuriert werden, dass eine Zweckerreichung, nämlich das Druckausüben auf den Pflichtigen, bei fehlender Vollstreckbarkeit der Hauptforderung gar nicht mehr möglich oder insoweit jedenfalls ein Teilerlass geboten ist.

d. Erlass

aa. Überblick

Nach § 12c Abs. 2 KAG, welcher die Vorschrift des § 227 AO verdrängt,¹⁸⁸ können Ansprüche aus dem Abgabenschuldverhältnis ganz oder teilweise erlassen werden, wenn deren Einziehung nach Lage des einzelnen Falls unbillig wäre.

Der Begriff der „Unbilligkeit“ meint einen Verstoß gegen die Gerechtigkeit im Einzelfall, so dass eine einzelfallbezogene Abwägung der Interessen des Abgabepflichtigen und des Abgabengläubigers anhand der gesamten Umstände zu erfolgen hat.¹⁸⁹ Unterschieden wird im Wesentlichen zwischen persönlichen und sachlichen Billigkeitsgründen. Es ist anerkannt, dass die Erlassnorm eine einheitliche Ermessenvorschrift enthält, da der Unbilligkeitsbegriff mit der Rechtsfolge „können“ untrennbar zusammenhängt.¹⁹⁰ Ein Anspruch auf einen Erlass kommt nur bei einer Ermessensreduzierung auf Null in Betracht.

Über Erlassanträge ist nicht im Rahmen eines Abrechnungsbescheides gemäß § 218 Abs. 2 Satz 1 AO zu entscheiden, sondern nach dem Grundsatz der Zweigleisigkeit in einem eigenständigen Verfahren.¹⁹¹ Während in einem Abrechnungsbescheid über die Verwirklichung von Ansprüchen aus dem Abgabenschuldverhältnis entschieden wird, geht es im Erlassverfahren um die Frage, ob die Erhebung von Ansprüchen

¹⁸⁸ Vgl. VG Potsdam, U. v. 26.02.2014 – 8 K 1031/12 – juris Rn. 22.

¹⁸⁹ Sauthoff, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 100.

¹⁹⁰ Vgl. Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, B. v. 19.10.1971 – GmS-OGB 3/70 – juris Rn. 28 zur Vorgängervorschrift § 131 Abs. 1 S. 1 AO; BVerwG, U. v. 17.11.1999 – 11 C 7/99 – juris Rn. 23.

¹⁹¹ BFH, B. v. 20.07.2007 – VIII B 8/06 – juris Rn. 3; B. v. 21.12.2010 – V B 16/09 u.a. – juris Rn. 17.

aus dem Abgabenschuldverhältnis aus persönlichen oder sachlichen Gründen unbillig ist.

bb. Sachliche Unbilligkeit

Sachliche Gründe liegen allgemein dann vor, wenn die Festsetzung oder Erhebung einer Abgabe oder Nebenleistung als solche, unabhängig von den wirtschaftlichen Verhältnissen des Schuldners, unangebracht erscheint.¹⁹² Das ist insbesondere der Fall, wenn die Heranziehung im Einzelfall mit dem Sinn und Zweck des Abgabengesetzes nicht vereinbar ist oder dem Grundsatz des Vertrauensschutzes widerspricht; allerdings stehen Umstände, die der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des gesetzlichen Tatbestandes bewusst in Kauf genommen hat, dem Erlass entgegen.¹⁹³ Demzufolge ist eine Einziehung der Säumniszuschläge dann unbillig, wenn der Zweck als Druckmittel zur rechtzeitigen Zahlung nicht mehr erreicht werden kann,¹⁹⁴ also etwa wenn dem Pflichtigen die Zahlung wegen Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit unmöglich geworden ist.¹⁹⁵

Die Beantragung eines Erlasses aus sachlichen Gründen führt nur in Ausnahmefällen zu einer inhaltlichen Überprüfung der Abgabensfestsetzung, wenn sie offenkundig falsch war und es dem Pflichtigen nicht möglich und/oder nicht zumutbar war, sich gegen die Mängel rechtzeitig zu wehren.¹⁹⁶ Dies deckt sich zunächst mit dem Grundsatz des § 240 Abs. 1 Satz 4 AO, wonach selbst die spätere Aufhebung eines rechtswidrigen Abgabenbescheides keinen Einfluss auf die Säumniszuschläge hat. Daraus folgt weiter, dass die Einziehung grundsätzlich nicht unbillig ist,

¹⁹² Sauthoff, in: Driehaus (Fn. 27), § 12 Rn. 102.

¹⁹³ Vgl. BFH, U. v. 26.10.1994 – X R 104/92 – juris Rn. 20 f.; U. v. 05.06.1996 – X R 234/93 – juris Rn. 13.

¹⁹⁴ Vgl. BFH, U. v. 26.10.1994 – X R 104/92 – juris Rn. 26 ff.

¹⁹⁵ Vgl. VGH Bayern, U. v. 26.04.2006 – 4 B 04.64 – juris Rn. 30.

¹⁹⁶ BVerwG, U. v. 23.08.1990 – 8 C 42/88 – juris Rn. 29 m.w.N.

wenn der Pflichtige den Abgabenbescheid nicht angefochten und dessen Aussetzung nicht beantragt hat.¹⁹⁷

Etwas anderes gilt nur, wenn der Abgabenschuldner gegenüber der Behörde alles versucht hat, um eine Vollziehungsaussetzung zu erreichen, und diese, obwohl sie an sich möglich und geboten war, abgelehnt worden ist, denn dann dürfte das Eintreiben der vollen Säumniszuschläge eine unbillige Härte sein.¹⁹⁸ Demnach ist der vollständige Erlass von Säumniszuschlägen nur dann angezeigt, wenn der Pflichtige in der Hauptsache obsiegt und das Aussetzungsverfahren zu Unrecht erfolglos geblieben ist, wobei letzteres an dem Maßstab des § 80 Abs. 4 Satz 3 VwGO zu messen ist.¹⁹⁹ Das bedeutet, die Einziehung ist dann eine unbillige Härte, wenn durch sie wirtschaftliche Nachteile drohen, die mit einer ggf. später folgenden Rückzahlung nicht oder nur schwerlich wieder gutzumachen sind oder die Einziehung die wirtschaftliche Existenz gefährden würde. Unabhängig davon dürfte aber zumindest ein Teilerlass angezeigt sein, wenn das Rechtsmittel in der Hauptsache Erfolg hat, aber die Aussetzung der Vollziehung zuvor abgelehnt wurde.²⁰⁰

Letztlich ist bei der Ermessensentscheidung über einen Erlassantrag zu berücksichtigen, ob im Zeitpunkt der Fälligkeit der Abgabe eine Stundung der Forderung möglich und geboten war.²⁰¹

Wie bereits oben dargelegt, dürfte bei Eingreifen des Vollstreckungsverbotes aus § 79 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG im Hinblick auf die Hauptforderung ebenfalls zumindest ein Teilerlass in Betracht kommen, da der Zweck der Säumniszuschläge als Druckmittel ab diesem Zeitpunkt nicht mehr erreicht werden kann.

¹⁹⁷ Vgl. BFH, U. v. 21.04.2005 – V R 16/04 – juris Rn. 28.

¹⁹⁸ Vgl. BFH, U. v. 24.04.2014 – V R 52/13 – juris Rn. 11 f.; OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 28.11.2013 – OVG 9 N 136.12 – juris Rn. 11.

¹⁹⁹ Vgl. *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 106 m.w.N.

²⁰⁰ Vgl. BFH, U. v. 29.08.1991 – V R 78/86 – juris Rn. 28; OVG Bremen, B. v. 04.09.1992 – 1 B 60/91 – juris Rn. 15.

²⁰¹ Vgl. BVerwG, U. v. 23.08.1990 – 8 C 42/88 – juris Rn. 39; BFH, U. v. 23.05.1985 – V R 124/79 – juris Rn. 31; *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 109.

cc. Persönliche Unbilligkeit

Persönliche Unbilligkeit ist anzunehmen, wenn die Beitreibung wirtschaftlich existenzgefährdend oder existenzvernichtend wirkt, also ohne Billigkeitsmaßnahmen der notwendige Lebensunterhalt vorübergehend oder dauerhaft nicht mehr beschritten werden kann.²⁰² Insoweit kommt ein Erlass bei Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit aus persönlichen Gründen grundsätzlich nicht in Betracht.

Ein Erlass ist aber angezeigt, wenn bei Fälligkeit der Hauptforderung eine wirtschaftliche Gesamtlage bestanden hat, die ein Hinausschieben der Fälligkeit geboten hätte.²⁰³ Die bloße Entschuldbarkeit der Säumnis ist hingegen aufgrund der Verschuldensunabhängigkeit der Säumnisschläge kein Erlassgrund.²⁰⁴

3. Stundungszinsen

a. Voraussetzungen

Eine Zinspflicht nach § 12 Abs. 1 Nr. 5 lit. b) KAG i.V.m. § 234 Abs. 1 AO setzt eine Stundung voraus, also einen die Fälligkeit des Anspruchs hinausschiebenden Verwaltungsakt. Eine Stundung kann aber auch durch eine (wirksame) Stundungsvereinbarung bewirkt werden.²⁰⁵ Nach vorheriger Ablehnung einer Stundung führt eine spätere Bewilligung derselben mit Wirkung ab „Fälligkeit“ dazu, dass dann Stundungszinsen anfallen.²⁰⁶ Bloße Zahlungsaufschübe (vgl. § 233 AO), Vollstreckungsaufschübe (vgl. § 258 AO) sowie Aussetzungen der Vollziehung (§ 80 Abs. 4 und 5 VwGO) stehen einer Stundung nicht gleich und lösen deshalb keine Stundungszinsen aus.²⁰⁷

²⁰² Vgl. *Sauthoff*, in: Driehaus (Fn. 27), § 12 Rn. 110.

²⁰³ Vgl. BVerwG, B. v. 08.07.1998 – 8 C 31/96 – juris Rn. 35; *Sauthoff*, in: Driehaus (Fn. 27), § 12 Rn. 111.

²⁰⁴ *Sauthoff*, in: Driehaus (Fn. 27), § 12 Rn. 111 m.w.N.

²⁰⁵ *Sauthoff*, in: Driehaus (Fn. 27), § 12 Rn. 137 m.w.N.

²⁰⁶ Vgl. OLG Brandenburg, U. v. 06.03.2013 – 7 U 23/11 – juris Rn. 28.

²⁰⁷ *Sauthoff*, in: Driehaus (Fn. 27), § 12 Rn. 138.

Grundlagenbescheid (vgl. § 171 Abs. 10 AO) für die Festsetzung der Zinsen ist die Stundungsverfügung. Die Zinsen sind durch einen Zinsbescheid festzusetzen und sollten bereits in der Stundungsverfügung berechnet und festgesetzt werden, da es sich um eine Sollverzinsung für die gesamte Dauer der gewährten Stundung handelt.²⁰⁸ Für die Festsetzungsverjährung gelten die allgemeinen Regeln, wobei sich die Festsetzungsfrist bei Ratenstundungen weder auf die Fälligkeit der Raten noch ihrer tatsächlichen Zahlung bezieht. In solchen Fällen ist vielmehr auf das Ende des Kalenderjahres abzustellen, in dem die Stundung des Gesamtbetrages geendet hat.²⁰⁹

b. Eingeschränkte Akzessorietät

Auch im Rahmen der Stundungszinsen gilt der Grundsatz der Akzessorietät der steuerlichen Nebenforderungen nur eingeschränkt, denn nach § 234 Abs. 1 Satz 2 AO bleiben bei Aufhebung, Änderung oder Berichtigung des Abgabenbescheides nach Ablauf der Stundung die bis dahin entstandenen Zinsen unberührt.

Kommt es hingegen vor Ablauf der Stundung zu einer Änderung oder Aufhebung des Beitragsbescheides, ist die Verzinsung entsprechend an die dann geltende Abgabenschuld anzupassen und der Zinsfestsetzungsbescheid entsprechend zu ändern.²¹⁰ Die vollständige Rücknahme des Beitragsbescheids vor Ablauf der Stundung verlangt die Aufhebung der Stundungsverfügung und etwaiger Zinsbescheide und führt damit zum Wegfall der Stundungszinsen auch für die Vergangenheit (vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 5 lit. b) KAG i.V.m. § 239 AO, der seinerseits § 175 Abs. 1 Nr. 1 AO einbezieht). Eine rückwirkende Aufhebung des Grundlagenbescheids für die Zinsfestsetzung beseitigt jedwede (vorläufige) Zahlungspflicht ex tunc, die Anknüpfungspunkt für eine Zinspflicht sein kann.

²⁰⁸ Vgl. *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 146.

²⁰⁹ Vgl. OVG Lüneburg, U. v. 09.09.1988 – 3 A 143/88 – juris Rn. 21.

²¹⁰ Vgl. *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 138a.

Sofern Stundungszinsen wegen nicht rechtzeitiger Zahlung auf einen Abgabenbescheid angefallen sind, der danach aufgehoben wird, sind die Stundungszinsen mit dem Abgabebetrag zu erstatten.²¹¹

c. Verzicht

Nach § 234 Abs. 2 AO kann der Zinsanspruch ganz oder teilweise erlassen werden, wenn die Erhebung im Einzelfall unbillig wäre. Die Voraussetzungen dürften sich im Wesentlichen mit denen aus § 12c Abs. 2 KAG, der § 234 Abs. 2 AO insoweit wohl ohnehin verdrängt, bzw. § 227 AO decken.

Zu beachten ist aber, dass bereits im Rahmen der Prüfung der Stundungsvoraussetzungen nach § 12c Abs. 1 Satz 1 KAG bzw. § 222 Satz 1 AO sachliche und persönliche Billigkeitsgründe zu berücksichtigen sind. Allein das Bestehen eines sachlichen Stundungsgrundes kann daher nicht zwingend zu einem Verzicht führen.²¹² So ist es grundsätzlich ermessensfehlerfrei, Stundungszinsen zu erheben, wenn durch die Stundung vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten des Pflichtigen überwunden werden und er die Abgabe später leisten kann.²¹³ Auch eine überlange Dauer eines Rechtsbehelfsverfahrens ist kein sachlicher Verzichtgrund, solange dies nicht von der Behörde zu vertreten ist.²¹⁴ Bei der Billigkeitsentscheidung darf die allgemeine finanzielle Situation der Kommune angemessen – jedoch nicht allein zur Ablehnung – berücksichtigt werden.²¹⁵ Ein Zinsverzicht kann angezeigt sein, wenn zu Beginn der Stundung eine Aufrechnungslage im Sinne des § 226 AO bestand.²¹⁶ Eine etwaige Bestandskraft des Zinsbescheides steht einem Verzicht nicht entgegen.²¹⁷

²¹¹ Vgl. *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 153.

²¹² Vgl. *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 148 m.w.N.

²¹³ Vgl. BFH, U. v. 18.04.1996 – V R 55/95 – juris Rn. 17.

²¹⁴ Vgl. *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 149 m.w.N.

²¹⁵ Vgl. *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 150.

²¹⁶ Vgl. BFH, U. v. 09.05.2007 – XI R 2/06 – juris Rn. 21.

²¹⁷ Vgl. *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 151 m.w.N.

Für die Fälle, bei denen die rechtswidrigen Beitragsbescheide noch während des Stundungszeitraums aufgehoben werden, kommt ein Verzicht nicht in Betracht, denn bereits die insoweit rückwirkende Herabsetzung oder Aufhebung der Schuld muss aufgrund der Akzessorietät der Zinsschuld zwingend zu einer Reduzierung bzw. Aufhebung der Zinsfestsetzung führen.²¹⁸ Es würde sich dann ggf. die Frage nach verwirkten Säumniszuschlägen und in der Folge deren zumindest anteiligen Erlasses stellen.

Sollte der Stundungszeitraum bereits abgelaufen sein, so bleiben die bis zur etwaigen Aufhebung entstandenen Zinsen nach § 234 Abs. 1 Satz 2 AO zwar unberührt. Es stellt sich hier aber ebenfalls die Frage, unabhängig von einer Aufhebung des Abgabenbescheides, ob die Beitreibung von nach dem Wirksamwerden der BVerfG-Entscheidung entstandenen Zinsen noch erfolgen soll. Da die Akzessorietät der Stundungszinsen im Vergleich zu der der Säumniszuschläge stärker ist, spielt der Gedanke der Vollstreckungssperre aus § 79 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG noch eine größere Rolle. Wenn die Abgabenschuld ohnehin nicht mehr vollstreckbar ist, ist auch keine Stundung und folglich keine Verzinsung mehr zu rechtfertigen. Insoweit dürfte zumindest ein Teilverzicht auf die Stundungszinsen geboten sein.

Ein Verzicht auf die Stundungszinsen hat durch einen gesonderten Verwaltungsakt zu erfolgen, der aber mit der (neuen) Zinsfestsetzung verbunden werden kann.²¹⁹

4. Zinsen bei Aussetzung der Vollziehung

Durch die Erhebung von Aussetzungszinsen im Sinne von § 237 AO soll verhindert werden, dass Rechtsbehelfsverfahren ohne ernsthafte Erfolgsaussichten geführt werden.²²⁰ Sie sind eine Gegenleistung für die Kapitalnutzung, die dem Abgabepflichtigen wegen der Aussetzung der

²¹⁸ Vgl. BFH, U. v. 18.07.1990 – I R 165/86 – juris Rn. 17 f.; U. v. 23.11.1993 – IX R 28/89 – juris Rn. 21; *Koenig*, in: *Koenig* (Fn. 118), § 234 Rn. 15.

²¹⁹ Vgl. *Koenig*, in: *Koenig* (Fn. 118), § 234 Rn. 21.

²²⁰ *Sauthoff*, in: *DrieHaus* (Fn. 27), § 12 Rn. 163.

Vollziehung verbleibt, obwohl dieses eigentlich dem Abgabengläubiger zustehen würde.²²¹

Auf die Voraussetzungen für das Entstehen von Aussetzungszinsen soll in der Folge nur knapp eingegangen werden, da in den meisten hier einschlägigen Fällen eine entscheidende Voraussetzung fehlen wird, nämlich dass der Rechtsbehelf gemäß § 237 Abs. 1 Satz 1 AO gegen den Abgabebescheid endgültig keinen Erfolg gehabt hat. Schließlich dürften die Rechtsbehelfe aufgrund der Rechtswidrigkeit der Abgabenbescheide erfolgsversprechend sein.

Hinzu kommt, dass die Vorschrift des § 237 Abs. 5 AO mangels Erwähnung in § 12 KAG keine entsprechende Anwendung findet. Das führt dazu, dass etwaige Zinsbescheide auch dann nicht aufrecht zu erhalten sind, wenn der Abgabenbescheid nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens aufgehoben, geändert oder berichtigt wird.²²²

Eine denkbare Konstellation, in der Aussetzungszinsen entstehen könnten, ist die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, etwa weil die Behörde den angefochtenen Abgabenbescheid aufhebt.²²³ Dann wäre allerdings zu prüfen, inwieweit der ggf. durch übereinstimmende Erledigung beendete Rechtsstreit tatsächlich ohne Erfolg geblieben ist.²²⁴ Aufgrund der Rechtswidrigkeit und der damit einhergehenden guten Erfolgsaussichten der Klagen führt aber auch das kaum zu einem anderen Ergebnis. Insofern bleiben wohl nur Fälle übrig, in denen der Rechtsbehelf – aus welchen Gründen auch immer – vom Kläger zurückgenommen werden sollte oder sich aus einem Vergleich ein zumindest teilweises Anerkenntnis hinsichtlich der Abgabeforderung entnehmen lässt, ohne

²²¹ Vgl. BFH, U. v. 24.07.1979 – VII R 67/76 – juris Rn. 10; U. v. 01.07.2014 – IX R 31/13 – juris Rn. 10; OVG Nordrhein-Westfalen, U. v. 23.11.2001 – 3 A 1928/98 – juris Rn. 7.

²²² Vgl. *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 199 ff.

²²³ Vgl. *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 170 m.w.N.

²²⁴ BFH, B. v. 22.01.1988 – III B 134/86 – juris Rn. 23; B. v. 27.10.2003 – X B 36/03 – juris Rn. 9.

dass sich zugleich auch über die Anforderungen von Nebenforderungen verglichen wurde.²²⁵

Im Übrigen knüpft der Zinsstatbestand des § 237 Abs. 1 Satz 1 AO unmittelbar an die Aussetzung der Vollziehung und folglich an die entsprechende behördliche Aussetzungsentscheidung an, die verbindlich den Umfang und die Dauer der Aussetzung bestimmt.²²⁶ Das Entstehen der Zinsschuld hängt insoweit vom Bestehen der Hauptschuld ab, als dass die Aussetzung sich auf eine wirksam festgesetzte Abgabe beziehen muss.²²⁷ Eine Festsetzung von Aussetzungszinsen hängt jedoch nicht davon ab, ob die Aussetzung zu Recht oder eben zu Unrecht erfolgte oder aufgehoben wurde, so dass eine unzutreffende Beurteilung der Behörde über die rechtlichen Voraussetzungen der Aussetzung unerheblich ist.²²⁸ Letztlich kommt es auch nicht auf die Rechtmäßigkeit des Abgabenbescheides an.²²⁹

Trotz Aussetzung der Vollziehung kann der Zinslauf jederzeit durch Zahlung beendet werden,²³⁰ und zwar dann bereits mit Eintritt der Erfüllung.²³¹ Aussetzungszinsen können hingegen gar nicht verlangt werden für Zeiträume, in denen die geschuldete Abgabe aus anderen Gründen nicht beigetrieben werden kann, etwa weil es an der Fälligkeit mangelt oder die Vollziehung nicht ausgesetzt werden brauchte.²³² Insgesamt ist freilich auch das bereits dargestellte Problem der Rückwirkung der Aussetzung von erheblicher Bedeutung.

Für einen etwaigen Erlass bzw. Verzicht gilt gemäß § 237 Abs. 4 AO die Regelung des § 234 Abs. 2 AO entsprechend, wobei diese Vorschriften

²²⁵ Vgl. dazu ausführlicher und m.w.N. *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 171.

²²⁶ *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 164.

²²⁷ Vgl. BFH, U. v. 12.12.2007 – XI R 25/07 – juris Rn. 32 m.w.N.; U. v. 04.06.2008 – I R 72/07 – juris Rn. 12.

²²⁸ Vgl. BFH, U. v. 26.09.2007 – I R 43/06 – juris Rn. 13 m.w.N.

²²⁹ Vgl. *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 164 m.w.N.

²³⁰ BFH, B. v. 05.09.2011 – X B 144/10 – juris Rn. 8.

²³¹ BFH, U. v. 27.11.1991 – X R 103/89 – juris Rn. 21 m.w.N.

²³² Vgl. *Sauthoff*, in: DrieHaus (Fn. 27), § 12 Rn. 166.

wohl von § 12c Abs. 2 KAG „überlagert“ bzw. verdrängt werden dürften. Was die Voraussetzungen für einen Verzicht angeht, kann daher auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

5. Mahngebühren und sonstige Vollstreckungskosten

Zunächst gilt es zu bestimmen, welche Rechtsnormen überhaupt für die Vollstreckung einer Abgabeforderung gelten. § 12 Abs. 1 Nr. 6 KAG verweist auf zwei vollstreckungsrechtliche Normen aus der AO, und zwar § 251 Abs. 2 und 3 und § 261 AO. § 251 Abs. 2 und 3 AO betrifft die Sonderkonstellation der Insolvenz des Schuldners und § 261 AO regelt die Niederschlagungsmöglichkeit der Vollstreckungsbehörde für Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis. Im Übrigen fehlt eine Verweisung auf die Vollstreckungsregelungen der AO, insbesondere auf Vorschriften zu den Vollstreckungsvoraussetzungen und dem Vollstreckungsverfahren, so dass davon auszugehen ist, dass grundsätzlich das Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Landes Brandenburg (VwVGBbg) Anwendung findet. Dem steht aufgrund der nur sehr eingeschränkten Verweisung in § 12 Abs. 1 Nr. 6 KAG auch § 1 Abs. 3 Satz 1 VwVGBbg nicht entgegen.

Eine Mahnung ist nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 VwVGBbg für die Beitreibung einer Geldforderung, also die Vollstreckung eines Leistungsbescheides, grundsätzlich erforderlich. Sie ist vor allem nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 VwVGBbg dann nicht erforderlich, wenn es um die Beitreibung von Vollstreckungskosten, Säumniszuschlägen und Zinsen geht, sofern auf diese im Leistungsbescheid über die Hauptforderung oder in der Mahnung zur Hauptforderung hingewiesen wurde. Da die Mahnung Voraussetzung der Vollstreckung ist, sind Mahngebühren nach § 4 der Kostenordnung zum Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Brandenburg (KostO-Bbg) als Kosten der Vollstreckung im Sinne des § 37 VwVGBbg anzusehen.²³³ Daher gilt für sie dasselbe wie die sonstigen Vollstreckungskosten.

²³³

Vgl. OVG Sachsen, U. v. 12.10.2005 – 5 B 471/04 – juris Rn. 14; OLG München, U. v. 25.11.2003 – 1Z RR 6/02 – juris Rn. 52.

Grundvoraussetzung für eine Vollstreckung ist nach § 3 VwVGBbg stets ein Verwaltungsakt, der zu einer Geldleistung, einer sonstigen Handlung, Duldung oder Unterlassung verpflichtet, sofern dieser unanfechtbar oder Rechtsbehelfe gegen ihn keine aufschiebende Wirkung haben und die Einhaltung der sonstigen Vollstreckungsvoraussetzungen. Hebt nun die Verwaltungsbehörde oder das Gericht die rechtswidrigen Beitragsbescheide auf, könnte nachträglich der vollstreckbare Verwaltungsakt wegfallen und somit die Hauptvoraussetzung für das Einleiten von Vollstreckungsmaßnahmen. Die entscheidende Frage ist somit, ob die nachträgliche Aufhebung der Beitragsbescheide Rückwirkung entfaltet oder nicht.

Die Aufhebung der rechtswidrigen Beitragsbescheide (in Form der Widerspruchsbescheide) durch ein Gericht nach Maßgabe des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO wirkt grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsakts zurück.²³⁴ Etwas anderes gilt dann, wenn die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes erst später eingetreten ist, dann wirkt die Aufhebung grundsätzlich nur auf diesen Zeitpunkt zurück.²³⁵ Die hier untersuchten Beitragsbescheide sind aufgrund des Verstoßes gegen das rechtstaatliche Rückwirkungsverbot durch § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG allerdings so zu behandeln, als wären sie von Anfang an rechtswidrig gewesen und ihre Aufhebung wirkt folglich auf den Erlasszeitpunkt zurück.

Aus § 12 Abs. 1 Nr. 3 lit. b) KAG i.V.m. § 130 Abs. 1 (ggf. i.V.m. § 132 Satz 1) AO ergibt sich, dass die Behörde die Beitragsbescheide für die Vergangenheit, aber auch für die Zukunft aufheben kann, wobei das Ob sowie der Umfang der Rückwirkung im Ermessen der Behörde steht. Macht die Behörde jedoch nicht deutlich, ob ein belastender Verwaltungsakt mit ex-tunc oder ex-nunc Wirkung aufgehoben werden soll, ist in der Regel von einer rückwirkenden Aufhebung auszugehen.²³⁶

Sofern die Aufhebung der Beitragsbescheide auf ihren Erlasszeitpunkt zurückwirkt, sind bereits vereinnahmte Mahngebühren und sonstige

²³⁴ Vgl. BVerwG, U. v. 28.10.1982 – 2 C 4/80 – juris Rn. 11 m.w.N.; *Kopp/Schenke* (Fn. 153), § 113 Rn. 8.

²³⁵ *Kopp/Schenke* (Fn. 153), § 113 Rn. 8 m.w.N.

²³⁶ Vgl. OVG Sachsen, U. v. 12.10.2005 – 5 B 471/04 – juris Rn. 14.

Vollstreckungskosten zurückzuerstatten. Rechtliche Grundlage für die Erstattung dürfte § 12 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) KAG i.V.m. § 37 Abs. 2 AO sein, denn dieser Erstattungsanspruch umfasst auch abgabenrechtliche Nebenforderungen nach § 3 Abs. 4 AO (i.V.m. § 12 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) KAG). Zu den Nebenforderungen gehören unter anderem auch die Vollstreckungskosten, was der Verweis auf die §§ 337-345 AO deutlich macht. Anders ist es z.B. im Kommunalabgabengesetz Bayern, wonach gemäß Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) die in § 3 Abs. 4 AO genannten Zwangsgelder und Kosten nicht als Nebenforderungen gelten sollen und somit auch nicht dem Erstattungsanspruch aus § 37 Abs. 2 AO unterfallen können. Insoweit wollte der Gesetzgeber einen Erstattungsanspruch für Vollstreckungskosten gerade ausschließen.²³⁷ Das ist bei der Regelung im KAG nicht ersichtlich.

An dieser Stelle sei nochmals darauf hingewiesen, dass mit Wirksamwerden der Entscheidung des BVerfG eine Vollstreckungssperre nach § 79 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG eingetreten ist. Das dürfte bei nicht aufgehobenen, rechtswidrigen Beitragsbescheiden dazu führen, dass vor dieser Entscheidung entstandene und ggf. festgesetzte, aber noch nicht bezahlte Vollstreckungskosten ebenfalls nicht mehr beigetrieben werden dürfen. Das Vollstreckungsverfahren darf nämlich nicht mehr weitergeführt werden und ist umgehend einzustellen.²³⁸ Da die Vollstreckungssperre aber nicht rückwirkend greift – es sollen insoweit ja nur zukünftige Nachteile verhindert werden –, müssen vor der Entscheidung vereinnahmte Vollstreckungskosten grundsätzlich nicht erstattet werden. Einer einzelfallbezogenen Erstattung im Wege von § 12c Abs. 2 KAG auf Antrag aus Billigkeitsgründen steht dem aber jedenfalls auch nicht entgegen.

²³⁷ Vgl. OLG München, U. v. 25.11.2003 – 1Z RR 6/02 – juris Rn. 54.

²³⁸ Vgl. *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 114), § 79 Rn. 57.

III. Der Kreis potenziell Anspruchsberechtigter

1. Die Funktion des Rückwirkungsgrundsatzes

Das BVerfG hat im Rahmen der Verfassungsbeschwerden darauf erkannt, dass die beschwerdegegenständlichen Gerichtsentscheidungen und Bescheide „gegen das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot“ verstoßen, weil sie auf einer Anwendung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG in Fällen beruhen, „in denen Beiträge nach § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. nicht mehr erhoben werden könnten“.²³⁹ Zwar hat es verfahrensartbedingt eine Grundrechtsprüfung vorgenommen, dabei aber ausdrücklich erwähnt, dass das Grundrecht „aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes aus Art. 20 Abs. 3 GG“ verletzt sei.²⁴⁰

Der Sache nach hat es diesen Verfassungsgrundsatz als sog. Schranken-Schranke herangezogen. Das Rückwirkungsverbot ist insoweit als Rechtsgrundsatz von selbständiger Bedeutung und geht nicht in der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf grundrechtsbeschränkende Gesetze auf.²⁴¹ Die Institute der echten bzw. unechten Rückwirkung bezeichnen das Ergebnis dieser Interessenabwägung für eine bestimmte verfassungsrechtliche Problemlage, wobei jeweils ein Regel-Ausnahme-Verhältnis für die (Un-)Zulässigkeit postuliert wird.²⁴²

Da die staatliche Rechtsordnung von allen Rechtsunterworfenen verlangt, dass sie sich an ihr orientieren, ist das Vertrauen auf den Fortbestand legislativer Entscheidungen schutzwürdig. Andererseits ist die Rechtsordnung nicht statisch, sondern bedarf der dynamischen Entwicklung. Wenn in diesem Sinne auch in der Vergangenheit liegende Tatbestände ex post anders beurteilt werden, kollidiert das besonders hart mit dem berechtigten Vertrauen der Betroffenen auf den Status quo.²⁴³

²³⁹ BVerfG, B. v. 12.11.2015 – 1 BvR 2961/14 u. 3051/14 – juris Rn. 39.

²⁴⁰ BVerfG, B. v. 12.11.2015 – 1 BvR 2961/14 u. 3051/14 – juris Rn. 39.

²⁴¹ Götz, BVerfG und Vertrauensschutz, FS BVerfG, 2.Bd., 1976, S. 432.

²⁴² Fiedler, NJW 1988, 1624 (1627); BVerfG, NJW 1997, 722 (723).

²⁴³ Siehe im Einzelnen Degenhart, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 29. Aufl. 2013, Rn. 393 ff.; ausführlich auch BVerfGE 76, 256 (347 f. m.w.N.).

Damit stellt sich letztlich ein Wertungsproblem. Dieses hat eine dogmatische Ausprägung erhalten, die allgemein im Rechtsstaatsprinzip und im Besonderen in dessen Teilgeboten der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes verortet ist.²⁴⁴

2. Drittschutz für alle Abgabenschuldner

Wenn und soweit eine Rechtsperson ein subjektiv-öffentliches Recht für sich in Anspruch nehmen kann, sei es ein Grundrecht, sei es eine einfach-rechtliche Rechtsposition, wird das objektiv-rechtliche Rechtsstaatsprinzip mit seinen materiellen Elementen aktiviert.²⁴⁵ Art. 20 Abs. 3 GG statuiert die Bindung der zweiten und dritten Gewalt „an Gesetz und Recht“ unabhängig davon, ob die Ausübung der Staatsgewalt natürliche Personen, juristische Personen des Privatrechts oder solche des öffentlichen Rechts betrifft.

Subjektiv-öffentliche Rechte entstehen jedenfalls insoweit, als der rechtsstaatliche Gesetzesvorbehalt eingreift und die Staatsgewalt im Interesse der Rechtsunterworfenen bindet. Er steht selbständig neben dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt und findet seinen Anwendungsbereich, wenn von einem Rechtsträger ein Tun, Dulden oder Unterlassen verlangt oder eine vergleichbare Belastung geschaffen wird.²⁴⁶ Insoweit vermittelt er dann auch Drittschutz.

Vor diesem Hintergrund versteht sich, dass der vom BVerfG abgesteckte Anwendungsbereich des Rückwirkungsverbots nicht in Bezug auf den geschützten Personenkreis eingeschränkt werden darf, „da die Festsetzungsverjährungsregeln für alle Abgabenschuldner, mithin auch für die Nicht-Grundrechtsträger gelten. Auch sie können die geschützte ein-

²⁴⁴ BVerfGE 13, 261 (271); 45, 142 (174); 88, 384 (403); 94, 241 (258); *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz*, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rn. 131 ff.

²⁴⁵ Ebenso VG Cottbus, U. v. 17.3.2016 – VG 6 K 554/14 – Urteilsabdruck S. 12: „Vertrauensschutzwürdig nach den Vorgaben des Rechtsstaatsprinzips gemäß Art. 20 Abs. 3 GG ist daher jeder, der Inhaber eines subjektiv-öffentlichen Rechts (...) ist und nicht nur derjenige, der über einen Grundrechtsstatus verfügt.“ I.d.S. auch BVerwG, U. v. 4.5.2006 – 9 C 3/05 –.

²⁴⁶ OVG Münster, U. v. 8.4.2014 – 13 A 884/13 – juris Rn. 132 ff.

fachrechtliche Position der eingetretenen ‚hypothetischen Festsetzungsverjährung‘ erworben haben. Für sie wirkte sich mithin eine echt rückwirkende Änderung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. genauso rechtsentziehend aus wie für Grundrechtsträger.“²⁴⁷

Infolgedessen wird die verwaltungsprozessual vorausgesetzte Klagebefugnis gemäß § 42 Abs. 2 VwGO bei eingreifendem Verwaltungshandeln – wie etwa Abgabenfestsetzungen – auch dort bejaht, wo die auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützte sog. Adressatenformel nicht eingreift.²⁴⁸ Die vollziehende Gewalt hat jede Rechtsposition zu respektieren, wenn und weil sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, an die sie gebunden ist, und zwar unabhängig von der Grundrechtsfähigkeit des Betroffenen.²⁴⁹ Rechte im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG sind nicht nur Grundrechte, sondern auch einfach-gesetzliche Positionen.²⁵⁰ Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz ist nicht an den Grundrechtsschutz gekoppelt.

3. Wechsel der Grundstückseigentümer

Ein Wechsel der Grundstückseigentümer hat keinen Einfluss auf das Beitragsschuldverhältnis. Wie dargelegt folgt der Erstattungsanspruch aus einer entsprechenden Anwendung von § 37 Abs. 2 AO und dieser regelt eindeutig, wer Teil dieses „Schuldverhältnisses“ ist. So hat nur derjenige einen Erstattungsanspruch, auf dessen Rechnung die Zahlung bewirkt wurde, und zwar gegen den, der die Leistung empfangen hat. Vor dem Hintergrund, dass es sich um einen gesetzlich geregelten Spezialfall des allgemeinen öffentlich-rechtlich Erstattungsanspruches handelt, kommt auch gar nichts anderes in Betracht.

²⁴⁷ So VG Cottbus, U. v. 17.3.2016 – VG 6 K 554/14 – Urteilsabdruck S. 11 (nicht rechtskräftig), das sich an die Entscheidung des BVerfG (auch) wegen § 31 Abs. 1 BVerfGG gebunden sieht.

²⁴⁸ BVerwGE 137, 58 (juris Rn. 20); OVG Münster, U. v. 8.4.2014 – 13 A 884/13 – juris Rn. 132 ff.

²⁴⁹ *Sachs*, in: *Sachs* (Fn. 244), Art. 20 Rn. 114.

²⁵⁰ *Brüning*, in: *Stern/Becker* (Hrsg.), *Grundrechte-Kommentar*, 2. Aufl. 2016, Art. 19 Rn. 95.

Zwar dient der Beitrag dem Ausgleich eines andauernden grundstücksbezogenen Vorteils, der allen Rechtsnachfolgern in das Grundstückseigentum zugutekommt.²⁵¹ Ein neuer Grundstückseigentümer kann sich daher erfolgreich gegen eine nochmalige Heranziehung zum Anschlussbeitrag mit dem Einwand der Vorveranlagung verteidigen. Jedoch wird der Beitrag von dem in Anspruch genommenen Grundstückseigentümer persönlich geschuldet und ist ihm folgerichtig zu erstatten. Soweit nachfolgende Grundstückseigentümer die Anschlusskosten auf zivilrechtlicher Grundlage – etwa im Kaufvertrag übernommen haben, sind sie im Fall der Rückzahlung an den abgabepflichtigen ursprünglichen Grundstückseigentümer darauf verwiesen, gegen diesen ggf. ihrerseits zivilrechtliche Ausgleichsansprüche geltend zu machen.

²⁵¹ *Grünwald, GemH 2003, 244 f.*

4. Teil: Haftungsrechtliche Ansprüche

I. Amtshaftung der Aufgabenträger

1. Der Regelungszusammenhang

Nach Art. 34 Satz 1 GG haftet der Staat oder die sonstige öffentlich-rechtliche Körperschaft, in deren Dienst der Amtswalter steht, wenn jemand „in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes“ eine daraus fließende, gerade dem Geschädigten gegenüber bestehende Pflicht, eine sog. Amtspflicht, verletzt. Art. 34 Satz 1 GG regelt allerdings nicht die Voraussetzungen der Haftung, sondern Fragen der Zurechnung. Für den Tatbestand ist § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB heranzuziehen:

„Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.“

Mithin kann § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB als haftungsbegründender Teil und Art. 34 Satz 1 GG als haftungsüberleitender Teil der Anspruchsgrundlage verstanden werden.

Die Schadensersatzpflicht ist die Ergänzung des Abwehranspruchs des Bürgers gegen rechtswidriges Verwaltungshandeln und notwendige Konsequenz des verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips. Sie ist in ihrer Ausgestaltung als Haftung für Amtspflichtverletzungen die wirksamste Form des Rechtsschutzes des Einzelnen gegenüber der öffentlichen Gewalt. Denn jede staatliche Tätigkeit ist bestimmungsgemäß darauf ausgerichtet, materiell rechtmäßig zu sein. Tritt jedoch durch menschliches Versagen im Einzelfall gleichwohl Staatsunrecht ein, muss es schon von Verfassungs wegen behoben werden. Einen haftungsfreien Raum, der es Staat und Verwaltung ermöglichte, die Haftung für sein/ihr Tun zu umgehen oder auszuschließen, kann und darf es nicht geben.

Mit dem Amtshaftungsanspruch soll umfassender Schutz für die Folgen eines rechtswidrigen, schuldhaften hoheitlichen Handelns gewährt werden. Der Anspruchsberechtigte ist so zu stellen, wie er ohne die schädigende hoheitliche Handlung stünde (vgl. § 249 BGB). Im Vordergrund steht aber Schadensersatz in Geld, da in den seltensten Fällen des

Amtshaftungsrechts tatsächlich eine Naturalrestitution möglich oder ausreichend ist.

2. Anspruchsvoraussetzungen und -grenzen

a. Rechtswidriges Verwaltungshandeln

Ein Anspruch aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG setzt voraus, dass ein Amtsträger in Ausübung eines öffentlichen Amtes rechtswidrig und schuldhaft eine Amtspflicht verletzt hat, die einem Dritten gegenüber besteht, und sich hierdurch ein Schaden innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Amtspflicht verwirklicht. Die Ersatzpflicht kann trotz des Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen ausgeschlossen sein, wenn dem handelnden Hoheitsträger nur Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden kann oder der Anspruchsberechtigte anderweitige Ersatzmöglichkeiten hat (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dasselbe gilt, wenn der Anspruchsberechtigte den Eintritt des Schadens durch Gebrauch eines Rechtsmittels hätte abwenden können (§ 839 Abs. 3 BGB). Der Umfang des zu ersetzenden Schadens ist schließlich durch ein mögliches Mitverschulden des Anspruchsberechtigten beschränkt (§ 254 BGB).

Durch die tatbestandlich vom Amtshaftungsanspruch vorausgesetzte Amtspflicht wird deutlich, dass den Amtswalter auch die Pflicht trifft, den Vorgaben des Verwaltungsinnenrechts zu genügen. Er hat also die Pflicht, Verwaltungsvorschriften, Richtlinien und Weisungen zu beachten. Wenn die internen Vorschriften zwar eingehalten werden, aber (außen-)rechtswidrig sind, ist das außenwirksame Verhalten maßgebend. Denn wie sich aus Art. 20 Abs. 3 GG ergibt, ist der Amtswalter zu rechtmäßigem Verhalten verpflichtet. Damit ist die Generalpflicht benannt, die zu einer weitgehenden Übereinstimmung der Amtspflichten im Innenverhältnis und der Rechtspflichten im Außenverhältnis führt.

Die Heranziehung von Grundstückseigentümern, bei denen nach der bis zum 1. Februar 2004 geltenden Fassung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG in der Auslegung des OVG Brandenburg Beitragserhebungen nicht mehr möglich gewesen wären, war nach dem Beschluss des BVerfG wegen Versto-

ßes gegen das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot rechtswidrig und verletzt somit die Amtspflicht zu rechtmäßigem Verwaltungshandeln.

Allein der Umstand, dass Beitragsbescheide bestandskräftig geworden sind, hindert die für Amtshaftungsansprüche zuständigen Zivilgerichte nicht, eigenständig die Rechtmäßigkeit der Regelung zu prüfen; vielmehr sind sie dazu sogar grundsätzlich verpflichtet.²⁵² Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn ein Verwaltungsgericht rechtskräftig über die Rechtmäßigkeit des Abgabenbescheids entschieden hat, weil die Rechtskraftwirkung aus § 121 VwGO rechtswegübergreifend auch im Zivilprozess gilt. Doch auch in parallelen Problemstellungen wird sich das Landgericht in aller Regel auf die Entscheidungsgründe fachgerichtlicher Urteile verlassen und beziehen.²⁵³

b. Verschulden

Weiter vorausgesetzt wird ein Verschulden, d.h. die Amtspflicht muss vorsätzlich oder fahrlässig verletzt worden sein. Fahrlässig handelt nach § 276 BGB, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Im Sinne eines objektivierten Maßstabs kommt es auf einen „pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten“ an.²⁵⁴

Bei der Gesetzesauslegung und Rechtsanwendung hat jeder Inhaber eines öffentlichen Amtes die Gesetzes- und Rechtslage unter Zuhilfenahme der ihm zu Gebote stehenden Hilfsmittel sorgfältig und gewissenhaft zu prüfen und sich danach aufgrund vernünftiger Überlegungen eine eigene Rechtsmeinung zu bilden. Deshalb vermag nicht jeder objektive Rechtsirrtum einen Schuldvorwurf zu begründen, mag auch ein Gericht die Rechtsauffassung des Amtswalters missbilligen. Vielmehr entfällt der Schuldvorwurf, wenn sich die letztlich als unzutreffend erkannte Rechtsmeinung sowohl als vertretbar darstellt als auch aufgrund

²⁵² BGH, Urt. v. 15.11.1990 – III ZR 302/89 – juris Rn. 12; Urt. v. 13.10.1994 – III ZR 24/94 – juris Rn. 8.

²⁵³ Schwarz, KStZ 2011, 7.

²⁵⁴ Maurer (Fn. 123), § 26 Rn. 24.

sorgfältiger rechtlicher und tatsächlicher Prüfung gewonnen worden ist.²⁵⁵

Rechtlich vertretbar und damit, sofern aufgrund sorgfältiger Überlegung gewonnen, nicht schuldhaft, ist eine Entscheidung dann, wenn sie durch ein mit drei Berufsrichtern besetztes Kollegialgericht bestätigt wurde. Insoweit gilt der Grundsatz, dass von einem Beamten eine bessere Rechtseinsicht als von einem mit drei Volljuristen besetzten Gericht regelmäßig nicht erwartet werden kann.²⁵⁶

Für den vorliegenden Zusammenhang ist insoweit festzustellen, dass die Zweckverbände eine Veranlagung zu Anschlussbeiträgen auf der Grundlage des geltenden KAG in der Auslegung durch das OVG Berlin-Brandenburg durchgeführt haben. Diese Handhabung des Anschlussbeitragsrechts ist durch das Verfassungsgericht des Landes Brandenburg bestätigt worden. Vor diesem Hintergrund wäre eine andere, „bessere“ Einsicht in die Anwendung und Auslegung insbesondere von § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG gerade umgekehrt mutmaßlich pflichtwidrig gewesen. Insoweit hätte der Zweckverband dann nämlich dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit aus § 63 Abs. 2 BbgKVerf i.V.m. § 12 Abs. 1 GkGBbg und insbesondere der Pflicht, die zur Erfüllung der Aufgaben erforderlichen Erträge vorrangig aus speziellen Entgelten für die erbrachten Leistungen zu beschaffen, gemäß § 64 Abs. 2 Nr. 1 BbgKVerf i.V.m. § 12 Abs. 1 GkGBbg nicht genügt. Solange eine Anschlussbeitragsatzung in Kraft ist, besteht auch die Verpflichtung zur Erhebung von Kanalanschlussbeiträgen im Rahmen des geltenden Rechts.²⁵⁷ Es fehlt mithin am Verschulden der Amtswalter.

II. Amtshaftung des Landes

Eine Haftung des Landes gegenüber den Zweckverbänden wirft nicht die Frage nach einer Amtshaftung für legislatives (normatives) Unrecht auf. Denn insofern ist festzuhalten, dass das BVerfG nicht § 8 Abs. 7 Satz 2

²⁵⁵ BGHZ 119, 365 (369 f.).

²⁵⁶ BGH, NJW 1994, 3162 (3164).

²⁵⁷ *Grünwald*, GemH 2003, 244.

KAG verworfen hat, sondern „lediglich“ die Anwendung der Norm in Fällen, in denen Beiträge nach § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. nicht mehr erhoben werden könnten, als Verstoß gegen das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot und damit die Verfassungsbeschwerden gegen Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen als offensichtlich begründet angesehen hat.²⁵⁸

Eine Haftung des Landes für damit eventuell gegebenes judikatives Unrecht scheitert am sog. Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB. Für diesbezügliche Beschränkungen, also die Pflichtverletzung in Form einer Straftat (z.B. Rechtsbeugung, Richterbestechung) ist überhaupt nichts ersichtlich.

Schließlich ist eine Amtshaftung des Landes mit Blick darauf zu erwägen, dass ein verfassungswidriger Verwaltungsvollzug stattgefunden hat, und zwar nicht zuletzt auch deshalb, weil der Landesgesetzgeber durch Änderungen des KAG zu verstehen gegeben hat, dass er die rückwirkende Anwendung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG goutiert hat. Zwar könnte hier eine Nähe zu der Fallgestaltung erkannt werden, dass der Vollzugsakt auf einer rechtswidrigen Norm beruht. Jedoch ist dann bis zum Erlass einer gerichtlichen Nichtigkeits- oder Unvereinbarkeitserklärung davon auszugehen, dass ein Landesbeamter, der die umstrittene Norm anwendet, nicht schuldhaft handelt.²⁵⁹ Angesichts des Umstandes, dass sogar das Landesverfassungsgericht gerade umgekehrt entschieden hat, fehlt es auch insofern jedenfalls am Verschulden von Aufsichtsbehörden.

III. Staatshaftung der Aufgabenträger nach dem StHG

1. Anspruchsvoraussetzungen

Als Landesrecht gilt in Brandenburg das StHG fort. Es gelangt neben dem Amtshaftungsanspruch zur Anwendung.²⁶⁰ Tatbestandlich vorausgesetzt

²⁵⁸ BVerfG, B. v. 12.11.2015 – 1 BvR 2961/14 u. 3051/14 – juris Rn. 39.

²⁵⁹ *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 109.

²⁶⁰ *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 259), S. 588.

wird von § 1 Abs. 1 StHG allein eine objektiv rechtswidrige Maßnahme staatlicher oder kommunaler Organe, die zu einem Schaden an Rechten natürlicher und juristischer Personen oder ihrem Vermögen führt. Der Schaden an diesen Rechtsgütern muss „in Ausübung staatlicher Tätigkeit rechtswidrig zugefügt“ werden. Als schadensverursachende Tätigkeit kommen sowohl Rechts- als auch Realhandeln bzw. bei entsprechender Rechtspflicht auch Unterlassen in Betracht; jeweils sind ein Kausalitäts- sowie ein Zurechnungszusammenhang von Rechtsverstoß und Schaden vorausgesetzt.²⁶¹ Passivlegitimiert sind diejenigen Verwaltungsträger, deren Bedienstete den Schaden verursacht haben.²⁶²

Die Frage, ob ein Verwaltungsakt rechtswidrig oder rechtmäßig ist, beantwortet der BGH allein danach, ob die durch ihn getroffene Regelung sachlich richtig ist und mit der objektiven Rechtslage übereinstimmt oder ob sie sachlich falsch ist und gegen die Rechtslage verstößt.²⁶³ Maßgebend ist danach allein das Erfolgsunrecht; Vermeidbarkeit und Vorwerfbarkeit sind – anders als beim Amtshaftungsanspruch – keine Anspruchsvoraussetzungen. Auch wenn bei Erlass des Beitragsbescheids dessen Rechtswidrigkeit nicht erkennbar war, weil sich die Regelung im Einklang mit der Rechtsgrundlage und der einschlägigen Rechtsprechung bewegte, ist die Veranlagung nach der Entscheidung des BVerfG in bestimmten Konstellationen objektiv rechtswidrig.

Der Vermögensschaden tritt mit Erlass des Beitragsbescheids, jedenfalls mit der Zahlung auf die Beitragsschuld ein. Das Kausalitätserfordernis ist beim Erlass rechtswidriger Abgabenbescheide ohne weiteres erfüllt.²⁶⁴ Der rechtswidrigen Beitragserhebung kommt eine eingreifende Rechtswirkung zu, gegen die der Schuldner grundrechtliche oder einfachrechtliche Abwehrrechte geltend machen kann. Der Schutzzweck dieser Rechtspositionen deckt alle Schäden, die bei rechtmäßigem Alternativ-

²⁶¹ Vgl. BGHZ 127, 57 (73); 142, 259 (271 f.); 166, 22 (Rn. 11).

²⁶² *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 259), S. 585 f.

²⁶³ BGHZ 166, 22 (Rn. 11); OLG Brandenburg, U. v. 23.3.2009 – 1 U 28/08 – juris Rn. 12.

²⁶⁴ OLG Brandenburg, Urt. v. 26.6.2012 – 2 U 46/11 – juris Rn. 44.

verhalten des Staates nicht eingetreten wären.²⁶⁵ Auf die fehlende Gebührenfähigkeit dieser Kosten des Einrichtungsträgers ist bereits hingewiesen worden (s.o. 2. Teil II 4 a).

2. Anspruchsgrenzen

a. Weder Drittbezogenheits- noch Verschuldenserfordernis

Ob Kollektiventscheidungen, insbesondere also legislatives Unrecht als tatbestandlich irrelevant anzusehen sind, kann vorliegend dahin stehen, da im Beitragsrecht die satzungsrechtliche Grundlage erst durch einen Verwaltungsakt umgesetzt wird, so dass insoweit ein eigenständiger haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt besteht.

Ausgeschlossen sind Ersatzansprüche für Schäden, die „durch eine gerichtliche Entscheidung zugefügt werden“, § 1 Abs. 4 StHG. Insoweit gilt dasselbe wie im Rahmen der Amtshaftung mit § 839 Abs. 2 BGB. Gerichtsentscheidungen und mit ihnen die streitgegenständlichen behördlichen Entscheidungen können damit nicht zum Anknüpfungspunkt für Schadensersatzansprüche werden.

Wo es an einer rechtskräftigen Entscheidung über die Beitragserhebung fehlt, bleibt der Befund, dass sich die Verwaltung nicht vorwerfbar verhalten hat, weil sie sich gerade im Einklang mit der einschlägigen Rechtsprechung bewegt hat. Gleichwohl sind die von der Entscheidung des BVerfG betroffenen Beitragsbescheide (objektiv) rechtswidrig. Kennzeichnend für das StHG ist, dass Haftungsbegrenzungen wie die Drittbezogenheit der durch einen Amtswalter verletzten Pflichten oder das Verschuldenserfordernis fehlen.

Dennoch fragt sich für Fälle, in denen zwar das Spruchrichterprivileg nicht greift, aber mit Blick auf die festgefügte Rechtsprechung materiell dieselbe Interessenlage besteht – oftmals werden die Beitragsschuldner nur deshalb keine Rechtsmittel ergriffen haben, weil diese aussichtslos

²⁶⁵ BGHZ 166, 22 (Rn. 16), zu Rechtsverfolgungskosten einer erfolgreichen Anfechtung eines Beitragsbescheids.

erschienen –, ob der Zurechnungszusammenhang zwischen Verwaltungshandeln und Schaden nicht ebenfalls eingeschränkt werden muss.

b. Beschränkung durch den Schutzzweck

Für eine solche teleologische Reduzierung sprechen gute Gründe, ohne dass absehbar ist, ob sich die zuständige Zivilgerichtsbarkeit davon überzeugen lassen wird:

Die Verwaltungspraxis hat sich an einer ständigen höchst- und verfassungsrichterlichen Rechtsprechung orientiert, die zudem der Landesgesetzgeber durch weitere Änderungen im KAG konkludent in seinen Willen aufgenommen hat. Die Aufgabenträger waren zu einer solchen Rechtsanwendung aus Gründen der Bindung an Recht und Gesetz verpflichtet. Es fehlt damit bis zur Entscheidung des BVerfG an jeglichem – objektiv und subjektiv vorwerfbaren und vermeidbaren – Unrecht.

Infolge des Spruchrichterprivilegs ist Schadensersatz in allen Fällen ausgeschlossen, in denen die rückwirkend als rechtswidrig gebrandmarkte Beitragserhebung durch eine gerichtliche Entscheidung rechtskräftig bestätigt worden ist. Die nachträgliche Gewährung von Schadensersatz für dieses Verwaltungshandeln bliebe daher zufällig auf diejenigen Veranlagungsfälle beschränkt, in denen der Beitragsschuldner nicht Klage erhoben hat. Das führte dazu, dass derjenige, der erfolglos den Rechtsweg beschritten hat, keinen Ersatzanspruch hat, wohingegen derjenige, der sich klaglos dem Verwaltungsakt unterworfen hat, nunmehr Schadensersatz erhält. Damit würde der vom Spruchrichterprivileg intendierte Schutz der Rechtskraftwirkung und letztlich der Rechtssicherheit in das Gegenteil verkehrt, weil derjenige, der vorrangigen Primärrechtsschutz ergriffen hat, gegenüber demjenigen, der sekundären Schadensersatz erstrebt, benachteiligt wäre.

Hinzu kommt, dass das BVerfG vorliegend keine Norm rückwirkend für nichtig oder verfassungswidrig erklärt, sondern lediglich den Anwendungsbereich von § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG verfassungskonform beschränkt hat. Der Fall unterscheidet sich damit von Fällen der Normverwerfung. Selbst für diesen Tenor sieht § 79 Abs. 2 BVerfGG lediglich ein Vollstre-

ckungsverbot, 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.²⁶⁶ Wenn die Haftung nach dem StHG unbegrenzt durchgriffe, müsste jedoch eine erst nachträglich als Verletzung der Rechtsordnung erkannte Verwaltungsmaßnahme sekundärrechtlich ausgeglichen werden.

Der BGH²⁶⁷ hat hierzu ausgeführt:

„Allerdings gilt auch im Anwendungsbereich des Staatshaftungsgesetzes der Grundsatz, dass nur solche Schadenspositionen ersatzfähig sind, die in den Schutzbereich der verletzten Rechtsnorm fallen. Der haftungsbegrenzende Grundgedanke, dass der Bürger keinen mit der Sanktion des Schadensersatzes bewehrten allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch gegen die öffentliche Hand hat, trifft in gleicher Weise auf das Staatshaftungsgesetz zu.“

Im Fall rechtswidriger Beitragserhebung ist ferner zu bedenken, dass Schadensersatz nicht die durch den Hoheitsakt angerichtete Rechtsverletzung beseitigt, sondern mittelbar den Regelungsgehalt des Verwaltungsakts aufhebt, indem die Vermögensverschiebung umgekehrt wird. Damit kommt der Haftungsanspruch im Ergebnis einem Anfechtungsanspruch gleich. Der Abgabenschuldner, der einen Angriff auf den Hoheitsakt wegen der einschlägigen Rechtsprechung für aussichtslos gehalten und ihn deshalb unterlassen hat, kann sich nachträglich doch noch schadlos halten. Der Gedanke des „dulde und liquidiere“ ist indes für die Dogmatik der Haftung für Staatsunrecht zugunsten eines Abwehranspruchs verabschiedet worden.²⁶⁸ Der stattdessen grundsätzlich gelten-

²⁶⁶ So *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 114), § 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.

²⁶⁷ BGHZ 166, 22 (Rn. 15).

²⁶⁸ Grundlegend BVerfGE 58, 300 (324).

de Vorrang des Primärrechtsschutzes würde also unterlaufen, wenn der Schutzzweck des StHG nicht begrenzt würde.²⁶⁹

c. Mitverschulden der Abgabenschuldner

Gleichermaßen lässt sich dieses Verhältnis von Primär- und Sekundärrechtsschutz auch über einen Haftungsausschluss wegen Mitverschuldens nach § 2 StHG umsetzen. Hierzu sagt der BGH:

„Es soll nicht erlaubt sein, den Schaden entstehen oder größer werden zu lassen, um ihn schließlich, gewissermaßen als Lohn für eigene Untätigkeit, dem Beamten oder dem Staat in Rechnung zu stellen.“²⁷⁰

Für das Maß an Umsicht und Sorgfalt kommt es auf die Umstände des Einzelfalls und die Verhältnisse des Verkehrskreises an. Die schuldhafte Rechtsmittelversäumung wird also als „Verschulden gegen sich selbst“ gedeutet.²⁷¹ § 839 Abs. 3 BGB drückt diese „schadensersatzrechtliche Sanktion des ihm vorausliegenden Gebots, den Primärrechtsschutz in Anspruch zu nehmen und die sekundäre Schadensersatzpflicht auf den Nachrang zu verweisen“ aus.²⁷²

Allen Beitragsschuldnern stand der Rechtsweg offen; regelmäßig wird eine Rechtsbehelfsbelehrung den Weg gewiesen haben. Primärrechtsschutz war daher jedenfalls möglich.

Differenzierter zu beantworten ist, ob Rechtsschutz objektiv auch hätte Erfolg haben können und der zu Beiträgen herangezogene Grundstückseigentümer subjektiv auch von einem solchen Erfolg hätte ausgehen können.

²⁶⁹ So auch *Lühmann*, in: Herbst/Lühmann, Die Staatshaftungsgesetze der neuen Länder, 1997, S. 203 f. Diesen Wertungswiderspruch identifiziert auch *Schwarz*, KStZ 2011, 7 (10).

²⁷⁰ BGHZ 56, 57 (63).

²⁷¹ BGHZ 113, 17 (22 f.).

²⁷² So *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 259), S. 94.

Bis zur Rechtskraft derjenigen Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg²⁷³, mit der der geänderte § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG auch für Fälle für anwendbar erklärt worden war, in denen bei Inkrafttreten der Gesetzesänderung bereits Festsetzungsverjährung nach alter Rechtslage eingetreten war, dürfte das Ergreifen von Rechtsmitteln zumutbar gewesen sein. Denn es bestanden bis zu diesem Zeitpunkt keineswegs nur geringe Erfolgsaussichten.

Ob die Zivilgerichtsbarkeit dieser Ansicht folgt, ist vor allem deshalb zweifelhaft, weil sie dem Bürger nicht zumutet, ohne hinreichenden Anlass, Rechtsschutz gegen Behördenhandeln ergreifen zu müssen. Vielmehr könne er grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Behörden recht- und zweckmäßig agieren.²⁷⁴ Allerdings bestanden nicht nur Unsicherheiten hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Neufassung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG, sondern regelmäßig auch an der Wirksamkeit der Beitragssatzung der Zweckverbände.

Für die Zeit nach dem Urteil des OVG Berlin-Brandenburg aus dem Jahr 2007 wird man die Zumutbarkeit hingegen kaum annehmen können, weil allein eine Verfassungsbeschwerde diese obergerichtliche Rechtsprechung aufheben konnte. Da die Verfassungsbeschwerde aber nicht zu den Rechtsmitteln im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB gehört, wird sie auch im vorliegenden Zusammenhang des § 2 StHG außer Betracht zu bleiben haben. Ein rechtskundig beratener Abgabenschuldner konnte kaum mehr mit einem Klageerfolg rechnen. Der Beschluss des BVerfG war so nicht vorhersehbar.

Allerdings wird mit diesem Ergebnis die Vorzugswürdigkeit einer teleologischen Begrenzung des Haftungstatbestandes belegt. Anderenfalls ergibt sich der Wertungswiderspruch, dass der Beitragsschuldner zwar ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr zumutbarerweise auf Primärrechtsschutz verwiesen werden, er aber sekundärrechtlich Schadensersatz verlangen kann, obwohl die Verwaltung ihrerseits an Recht

²⁷³ U. v. 12.12.2007 – 9 B 44.06 –.

²⁷⁴ BGH, Urt. v. 18.10.1990 – III ZR 260/88 – juris Rn. 23.

und Gesetz in eben dieser schadenstiftenden Auslegung des OVG Berlin-Brandenburg gebunden war.

3. Verjährung

Die Verjährung richtet sich nach § 4 StHG. Die einjährige Verjährungsfrist beginnt mit dem Tag, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und vom hierfür kausalen Staatshandeln erlangt. Verlangt wird letztlich – wie bei § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB sowie § 852 BGB a.F. – Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände.²⁷⁵

Der Schaden entsteht in dem Zeitpunkt, in dem der Vermögensnachteil eintritt, mithin jedenfalls mit Zahlung des Beitrags. Zugrunde liegt der diesbezügliche Bescheid, dessen Erlass zeitlich vorausliegt. Zwar muss der Beitragspflichtige aus diesen Tatsachen nicht die rechtlich zutreffenden Schlüsse ziehen. Jedoch wird im Rahmen von § 839 BGB verlangt, dass der Verletzte die tatsächlichen Umstände kennt, die eine schuldhafte Amtspflichtverletzung naheliegend, eine Schadensersatzklage also als aussichtsreich erscheinen lassen.²⁷⁶ Auch für die Verjährung von Ansprüchen nach dem StHG wird es danach auf die Zumutbarkeit einer Klageerhebung ankommen.

Für Grundstückseigentümer, bei denen Anschlussmöglichkeit und Satzungsversuch des Aufgabenträgers mit geplantem Inkrafttreten oder festgelegtem Zeitpunkt der Beitragspflichtentstehung nach dem 1. Januar 2000 erfolgt sind, entfaltet die Entscheidung des BVerfG für die Kenntnis der anspruchsbegründenden Umständen keine Bedeutung. Maßgebend für den Beginn der Verjährungsfrist ist hier der Zeitpunkt, in dem der Beitragspflichtige weiß, dass er – aus welchen Gründen auch immer – rechtswidrig zu einem Beitrag veranlagt worden ist. Damit dürfte in vielen Fällen Verjährung eingetreten sein.

In den Fällen einer Beitragserhebung trotz „hypothetischer Festsetzungsverjährung“ kann Kenntnis davon, dass die Beitragsforderung rechtswidrig ist, frühestens mit Bekanntwerden des Beschlusses des

²⁷⁵ Vgl. OLG Brandenburg, LKV 2008, 44 (48).

²⁷⁶ BGH, U. v. 3.3.2005 – III ZR 186/04 – juris Rn. 37, zu § 852 BGB a.F.

BVerfG angenommen werden. Denn zuvor lag eine entgegengesetzte und gefestigte Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Rechtmäßigkeit der Beitragserhebung trotz hypothetischer Festsetzungsverjährung nach alter Rechtslage vor. Zwar wäre die ordentliche Gerichtsbarkeit für Staatshaftungsansprüche zuständig gewesen. Dass die Zivilgerichte die Zulässigkeit der Beitragserhebung abweichend vom Oberverwaltungs- und auch vom Landesverfassungsgericht beurteilt hätten, war aber nicht zu erwarten. Zumutbar erschien eine Klage auf Schadensersatz daher auch erst mit der vom BVerfG erzwungenen Änderung der für den Primärrechtsschutz zuständigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung.

Der exakte Beginn der Verjährungsfrist ist in § 4 Abs. 2 StHG geregelt, richtet sich nach positiver Kenntnis des Anspruchstellers und muss taggenau bestimmt werden. Regelmäßig dürfte für die von der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung erfassten Fälle auf das Bekanntwerden des Beschlusses am 17. Dezember 2015 abzustellen sein. Durch Stellung eines Antrags beim Aufgabenträger wird die Verjährungsfrist unterbrochen, §§ 4 Abs. 3 Satz 1, 5 Abs. 1 StHG.

Ohne Rücksicht auf Kenntnis des Geschädigten von den anspruchsbegründenden Umständen verjährt der Anspruch nach zehn Jahren ab seiner Entstehung, wenn § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB auf Ansprüche nach dem StHG entsprechend anwendbar ist. Das bedeutete, dass Schadensersatzansprüche auch derjenigen Grundstückseigentümer, bei denen Anschlussmöglichkeit und Satzungsversuch des Aufgabenträgers mit geplantem Inkrafttreten oder festgelegtem Zeitpunkt der Beitragspflichtentstehung vor dem 1. Januar 2000 erfolgt sind sowie eine Beitragsveranlagung im Einzelfall stattgefunden hat und der Beitrag bezahlt worden ist, der kenntnisunabhängigen zehnjährigen Höchstverjährungsfrist unterfielen. Diese Frist wäre zum 1. Januar 2012 abgelaufen. Zu beachten ist hierzu die Übergangsvorschrift in Art. 229 § 6 Abs. 4 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB), wonach die Höchstverjährungsfrist für vor der Schuldrechtsreform entstandene Ansprüche mit dem 1. Januar 2002 beginnt. Wird diese Frage von der

Rechtsprechung in diesem Sinne beantwortet, dürften Staatshaftungsansprüche überwiegend verjährt sein.

IV. Staatshaftung des Landes nach dem StHG

Für einen Schadensersatzanspruch der Aufgabenträger gegen das Land muss den Zweckverbänden von Landesbediensteten ein Schaden rechtswidrig zugefügt worden sein. Soweit es um Richter des Landes in ihrer rechtsprechenden Funktion geht, greift das Spruchrichterprivileg durch.

Soweit auf Verwaltungsbehörden des Landes bzw. auf deren Bedienstete rekuriert wird, kommt ein schadenstiftendes Handeln dann in Betracht, wenn und soweit in Verwaltungsverfahren einem nun von der BVerfG-Entscheidung betroffenen Aufgabenträger verbindlich aufgegeben worden ist, auf Basis der Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg vom 12. Dezember 2007 eine vollständige Beitragserhebung sicherzustellen und insoweit auch sog. Altanschießer heranzuziehen oder Nacherhebungen für bisher nicht vorteilsgerecht herangezogene Grundstücke vorzunehmen.

Dies wäre beispielsweise der Fall, soweit im Rahmen von kommunalaufsichtlichen Genehmigungen zur Festsetzung der Verbandsumlage (§ 19 Abs. 2 Satz 2 GKG a.F.), in Zuwendungsbescheiden aus dem Schuldenmanagementfonds oder in Zuwendungsbescheiden im Zuge von Investitionsförderungen seitens der handelnden Landesbehörde entsprechende Nebenbestimmungen zum Gegenstand des Genehmigungs- bzw. Zuwendungsbescheides gemacht worden sind. Gleiches träfe zu, falls solche Verpflichtungen zur vollständigen bzw. vorteilsgerechten Beitrags-erhebung im Einzelfall maßgeblicher Inhalt von kommunalaufsichtlichen Maßnahmen (§§ 113, 115 BbgKVerf) nach dem 12. Dezember 2007 gewesen sein sollten.

Ein Staatshaftungsanspruch wird jedoch ausscheiden, wenn und soweit solche Forderungen Gegenstand von Nebenbestimmungen in kommunalaufsichtlichen Genehmigungen nach der BbgKVerf – z.B. zum Gesamtbetrag der Kreditaufnahme gemäß § 74 Abs. 2 Satz 1 BbgKVerf –

gewesen sind. Denn nach § 111 Abs. 5 BbgKVerf finden Bestimmungen über den Anspruch auf Schadenersatz wegen schuldlos rechtswidriger Schadenzufügung nach dem Staatshaftungsgesetz keine Anwendung, wenn die Kommunalaufsichtsbehörde auf Antrag der Kommune eine Genehmigung oder Ausnahme nach der BbgKVerf erteilt hat.

Ebenso dürfte ein Anspruch auf Schadensersatz zu verneinen sein, wenn das Ministerium des Innern und für Kommunales in Rundschreiben lediglich auf die nach der einschlägigen OVG-Rechtsprechung vom 12. Dezember 2007 bestehende Rechtslage hingewiesen hat. Rundschreiben stellen keine kommunalaufsichtlichen Eingriffsmittel dar; sie haben gegenüber den kommunalen Aufgabenträgern, welche die Wasserversorgung und die Abwasserbeseitigung als Selbstverwaltungsaufgaben wahrnehmen, keinen rechtsverbindlichen, sondern lediglich hinweisenden Charakter.

Ungeachtet dessen ist zu erwägen, dass eine etwaige Haftungsbeschränkung aus dem Schutzzweck des StHG auch den Behörden des Staates zugutekommt, wenn und soweit der kommunale Aufgabenträger lediglich auf die geltende Rechtslage unter Bezug auf die obergerichtliche Rechtsprechung verpflichtet oder hingewiesen worden ist. „Klüger“ als die Kollegialgerichte musste die Aufsichtsbehörde wohl nicht sein.

gez. Univ.-Prof. Dr. Christoph Brüning

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

Zusammenfassung des Rechtsgutachtens – 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

I.

Die vom BVerfG in den Entscheidungen vom 12. November 2015 (BvR 2961/14 u.a.) gesetzten Rechtsfolgen sind grundsätzlich weder für den Gesetzgeber noch für die Aufgabenträger abänderbar. Soweit wegen der damit einhergehenden wirtschaftlichen Folgen erwogen wird, bei den Einrichtungsträgern entstehende Finanzierungslücken durch Rechtsänderungen insbesondere im KAG zulasten der Abgabepflichtigen zu schließen, ziehen verfassungsrechtliche Prinzipien wie Rückwirkungsverbot, Doppelbelastungsverbot und Gleichbehandlungsgebot sehr enge Grenzen. Dasselbe gilt für Gesetzesänderungen mit dem Ziel des Ausschlusses oder der Beschränkung etwaig bereits entstandener Schadensersatzansprüche nach dem StHG.

Im Hinblick auf gesetzgeberische Aktivitäten ist mit Blick auf die Zukunft zu berücksichtigen, dass eine jede Sonderregelung den „Türöffner“ für andere „Notsituationen“ der Aufgabenträger bildet. Entsprechende Gesetzesänderungen entfalten ggf. eine negative Vorbildfunktion. Das Risiko, dass die Abgabenschuldner angesichts der vielen Wendungen der brandenburgischen Einrichtungsfinanzierung in den letzten Jahrzehnten insbesondere für „maßgeschneiderte“ Änderungen des KAG wenig Verständnis aufbringen und damit jedenfalls kein Rechtsfriede erzeugt wird, ist ohne Weiteres greifbar.

Ein Rechtsgutachten kann lediglich Meinungen entwickeln und begründen, vermag jenseits der Überzeugungskraft der Argumentation aber keinerlei Verbindlichkeit in streitigen Fragen zu entfalten. Hierzu sind im gewaltenteiligen Rechtsstaat allein die Gerichte berufen. Vor dem Hintergrund der öffentlichen Diskussionen im Land Brandenburg, insbesondere um die sog. Altanschließer-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.

II.

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

Über den Wortlaut hinaus ist § 79 Abs. 2 BVerfGG auch dann anzuwenden, wenn das BVerfG nicht die Nichtigkeit bzw. Verfassungswidrigkeit einer Norm festgestellt, sondern bestimmte Auslegungen der Norm für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt hat. Deshalb ist es grundsätzlich ermessensfehlerfrei und damit rechtmäßig, wenn die Behörde einen Antrag auf Rücknahme des *bestandskräftigen* Verwaltungsakts aus § 130 AO 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.

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. Sachliche Gründe für eine anderslautende Ermessensausübung können sich aus der Organisationshoheit des kommunalen Aufgabenträgers im Hinblick auf das Finanzierungsmodell der Abwasserbeseitigungs- und Wasserversorgungseinrichtung ergeben.

2. Angesichts der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen zur Beitragserhebung für die Abwasserbeseitigung und Wasserversorgung in Brandenburg haben die Aufgabenträger verschiedene Handlungsoptionen: Eine rechtliche Verpflichtung trifft sie 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 („Kleine Lösung“ – Option I).

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 („Mittlere Lösung“ – Option II).

Ferner kann der Einrichtungsträger daran denken, alle vom Verdikt des BVerfG erfassten und danach rechtswidrigen Beitragsbescheide aufzuheben, und zwar ungeachtet ihrer Bestandskraft. Jenseits dessen vermag er an einer Anschlussbeitrags- und Gebührenerhebung festzuhalten („Große Lösung“ – Option III).

Der Aufgabenträger kann schließlich 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 („Größte Lösung“ – Option IV).

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 beim Einrichtungsträger. Je weniger Beiträge gebührenkalkulatorisch schon abgeschrieben sind, umso höher fällt der Gebührensprung zulasten der Einrichtungsbenutzer infolge der Beitragsrückerstattung aus.

3. Eine landesgesetzliche Anordnung an die kommunalen Aufgabenträger, auch bestandskräftige Bescheide aufzuheben und damit eine Rückerstattungslast zu übernehmen, dürfte die Konnexitätsregelungen des Art. 97 Abs. 3 Verf Bbg, § 2 Abs. 5 BbgKVerf aktivieren. 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“ statuiert.

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

In umgekehrter Richtung, d.h. mit dem Ziel des Ausschlusses von Rückzahlungsansprüchen auch bei nicht bestandskräftigen Beitragsbescheiden, sind dem Landesgesetzgeber zwar nicht durch die Gesetzeskraft der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung die Hände gebunden. Da es bei dem hier inmitten stehenden Beschluss des BVerfG um eine Rückwirkungsproblematik geht, atmen indes 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.

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. Selbst wenn die brandenburgische Verwaltungsgerichtsbarkeit nach einer Streichung des Wortes „rechtswirksam“ wieder zu ihrer ursprünglichen Rechtsprechung zurückkehrte, bedingte das erhebliche Rechtsunsicherheiten und weitere Beitragsausfälle.

4. Im Hinblick auf das außer in Brandenburg nur noch in Thüringen als Landesrecht fortgeltende Gesetz zur Regelung der Staatshaftung in der DDR (StHG) ist aus Gründen der Rechtssicherheit gesetzgeberisches Tätigwerden vonnöten. Da die Einfügung einer Haftungsbegrenzung seit geraumer 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 Beschränkung des Haftungstatbestandes aus § 1 StHG für alle noch nicht bestandskräftig oder rechtskräftig beschiedenen oder erfüllten Schadensersatzansprüche dürfte sich als unzulässige Rückwirkung darstellen. Eine Aufhebung bzw. Änderung des StHG ex nunc lässt demgegenüber entstandene Schadensersatzansprüche unberührt.

5. Gebührenrechtlich sind dem Einrichtungsträger durch die Veranschlagungsmaxime und den Grundsatz der Periodengerechtigkeit sehr enge Grenzen für den Unterdeckungsausgleich infolge der Beitragsrückzahlungen gezogen. Jedenfalls macht die Unterdeckung den ursprünglich kalkulierten Gebührensatz nicht rechtswidrig, wenn die zugrundeliegende Kalkulation sachgerecht und ordnungsgemäß aufgestellt wor-

den 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.

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.

Dem könnte der Landesgesetzgeber vorzubeugen versuchen, indem er eine Aufweichung des Grundsatzes der Periodengerechtigkeit in § 6 Abs. 3 KAG anfügt. 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 Verdicts der Rückwirkung angesehen werden könnte. 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 periodenfremde Kosten gebührenfähig würde, werden die zeitliche Dimension der Erforderlichkeit der Kosten und damit letztlich die Verhältnismäßigkeit der Inanspruchnahme des Gebührenschuldners aufgerufen.

Zum anderen könnte der Landesgesetzgeber erwägen, den betriebswirtschaftlichen Kostenbegriff des § 6 Abs. 2 KAG zu ergänzen. 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 Grundstückseigentümer greifen hier gleichermaßen durch. Gebührenrechtlich stellte eine solche Vorschrift einen Systembruch in doppelter Hinsicht dar, dessen gerichtliche Akzeptanz dahinsteht. Erstens ist über die ansetzbaren Kosten nach dem sog. wertmäßigen Kostenbegriff zu entscheiden. Beitragsrückzahlungen für Anschlussfälle vor dem 1. Januar 2000 tragen jedoch nichts zur aktuell kalkulierten und bezogenen Leistungserstellung bei. Zweitens ist der Grundsatz der Leistungsproportionalität aus § 4 Abs. 2 KAG herausgefordert. Dass die Ausweitung des Kostenbegriffs im beschriebenen Sinne Kosten leistungsdisproportional zuordnet, liegt nämlich in der Natur dieser Sonderregelung.

6. 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. Zwar könnte der Landesgesetzgeber 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 angängig ist, löste er mit einer Rechtspflicht erheblichen Verwaltungs- und Kostenaufwand bei allen Einrichtungsträgern aus, nicht aber die Finanzierungsprobleme der Vergangenheit.

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. Das hätte eine gebührenmäßig nicht auszugleichende Unterdeckung auch dort zur Folge, wo die Einrichtung bisher kostendeckend betrieben worden ist.

Darauf hinzuweisen ist, 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. Exemplarisch kann dieser Ausgleichsmechanismus am Beispiel Thüringens für die Wasserversorgung nachvollzogen werden (vgl. §§ 7 Abs. 2 Satz 2, 21a ThürKAG).

7. Aus § 8 Abs. 2 KAG ergibt sich, dass nur bestimmte Maßnahmen eine Beitragspflicht auslösen. Der wirtschaftliche Vorteil muss also maßnahmebedingt sein. Knüpft 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. 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. Ob und wie weit der Gesetzgeber die Dogmatik der beitragsfähigen Maßnahmen ausblenden und eine Fiktion normieren darf, ist völlig offen. 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.

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. Die Dispositionsbefugnis über die Einordnung einer Maßnahme ist dem Aufgabenträger nach Abschluss der Planung entzogen. 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.

Im Übrigen greifen gegen eine gesetzliche Fiktion ebenso wie bei der Änderung der Abwasserbeseitigungsplanung des Aufgabenträgers dieselben verfassungsrechtlichen Einwände durch: Doppelbelastungsverbot, Verbot von Ungleichbehandlungen und Umgehungs- bzw. Rückwirkungsverbot.

8. Die Einführung sog. „weiterer Beiträge“ entsprechend § 17 Abs. 2 SächsKAG erlaubte allenfalls Unsicherheiten einer Vorauskalkulation an die Beitragsschuldner weiterzugeben, indem mehrere (Teil-)Beiträge bis zum endgültigen Ausbau der Einrichtung statthaft sind. Damit ist im vorliegenden Zusammenhang jedoch nichts gewonnen.

Dogmatisch sprechen die Unterschiede in den Kalkulationsgrundlagen nach brandenburgischem und sächsischem Recht gegen schlichte Anleihen. Denn im sächsischen Modell geht es um die angemessene Ausstattung der öffentlichen Einrichtung mit Betriebskapital. 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.

9. Die gesetzliche Ausgestaltung der wiederkehrenden Beiträge im *Ausbaubeitragsrecht* einiger Bundesländer belegt schon, dass eine aus rechtswidrigem Verhalten der Gemeinde erwachsene Ungleichbehandlung von Grundstückseigentümern mittels wiederkehrender Beiträge nicht aufgehoben werden kann, weil sie ausschließlich Kosten für zu-

künftige Baumaßnahmen abdecken. Insoweit haben sie eine ähnliche Funktion wie weitere Beiträge nach § 17 Abs. 2 SächsKAG, tragen aber nichts zur Lösung von vorhandenen Finanzierungsdefiziten bei.

Wiederkehrende Beiträge im Anschlussbeitragsrecht führen zu einem Nebeneinander von einmaligen und wiederkehrenden Beiträgen sowie von Benutzungsgebühren; sie unterscheiden sich deshalb durchgreifend von denen im Straßenausbaubeitragsrecht. Indem sie für leitungsgebundene öffentliche Einrichtungen auf die Kosten der Einrichtung bezogen werden, unterliegen sie letztlich denselben Vorgaben für die Kalkulation wie die Benutzungsgebühren. 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.

10. Anstelle von Benutzungsgebühren können privatrechtliche Entgelte gefordert werden. Die vom Gesetz in § 6 Abs. 1 Satz 1 KAG zu den Pflichtgebühren erwähnte Möglichkeit gilt allgemein auch im Verhältnis zur Erhebung freiwilliger Gebühren. 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. Werden sie anstelle öffentlicher Abgaben für kommunale Einrichtungsleistungen erhoben, ist deshalb der Billigkeitsbegriff in § 315 BGB entsprechend den „grundlegenden Prinzipien öffentlicher Finanzgebarung“ auszulegen. Der Wechsel in privatrechtliche Entgelte befreit daher grundsätzlich nicht von den Restriktionen für einen Ausgleich aufgelaufener Unterdeckungen.

11. Die Aufgaben der Abwasserbeseitigung aus § 66 Abs. 1 BbgWG bzw. der öffentlichen Wasserversorgung aus § 59 BbgWG obliegen den Gemeinden als Selbstverwaltungsaufgaben. Der Schutz der kommunalen Selbstverwaltung verwirklicht sich hinsichtlich des Aufgabenbestandes, d.h. im Falle von Aufgabenüberbürdung ebenso wie bei -entzug, durch das gemeindespezifische Aufgabenverteilungsprinzip. Der Gesetzgeber darf örtliche Aufgaben nur aus Gründen des Gemeininteresses entzie-

hen, vor allem wenn anders eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht gewährleistet wird.

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.

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. Insbesondere eine „Hochzonung“ 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. 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.

12. § 16 BbgFAG sieht Bedarfszuweisungen an Gemeinden und Landkreise (Abs. 1 Satz 1) und Aufgabenträger der Trinkwasserver- und Abwasserentsorgung (Abs. 1 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.

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 Kommune.

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. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die derzeit in § 16 BbgFAG insgesamt bereitgestellten Mittel zur Deckung besonderer Bedarfe der Aufgabenträger mutmaßlich nicht ausreichen. 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. Ein naheliegender Ausweg ist daher, dass das Land für den Ausgleichsfonds eine zusätzliche Finanzierung auflegt.

gez. Univ.-Prof. Dr. Christoph Brüning