

Die Finanzierung der öffentlichen Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung in Brandenburg nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. November 2015: Teil I: kommunalrechtliche Fragen

Bohm, Rolfdieter; Lechleitner, Marc

Veröffentlichungsversion / Published Version
Gutachten / expert report

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:
Landtag Brandenburg – Parlamentarischer Beratungsdienst

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Bohm, R., & Lechleitner, M. (2016). *Die Finanzierung der öffentlichen Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung in Brandenburg nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. November 2015: Teil I: kommunalrechtliche Fragen.* (Wahlperiode Brandenburg, 6/23). Potsdam: Landtag Brandenburg, Parlamentarischer Beratungsdienst. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-50875-8>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

Die Finanzierung der öffentlichen Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung in Brandenburg nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. November 2015

Teil I: Kommunalrechtliche Fragen

Bearbeiter: Rolfdieter Bohm, Marc Lechleitner

Datum: 6. September 2016

Die Ausarbeitungen des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtages Brandenburg sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Inhaltsverzeichnis

A.	Auftrag.....	5
B.	Stellungnahme	6
I.	Die Ausgangslage vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	7
1.	Neuorganisation der öffentlichen Wasserver- und Abwasserentsorgung	7
2.	Investitionen nach der Wiedervereinigung.....	9
3.	Finanzierung der Nachwendeeinvestitionen.....	10
a)	Privatrechtliche Entgelte, Steuern, Vorzugslasten	10
b)	Beiträge.....	11
c)	Benutzungsgebühren.....	11
d)	Mischfinanzierung	13
e)	Wechsel des Finanzierungsmodells.....	15
f)	In Brandenburg praktizierte Finanzierungsmodelle	16
4.	Besonderheiten der Beitragsfinanzierung.....	17
a)	Öffentliche Einrichtungen	17
b)	Herstellungsbeiträge/Anschlussbeiträge	18
c)	Globalkalkulation.....	20
d)	Sachliche Beitragspflicht	21
e)	Persönliche Beitragspflicht.....	22
f)	Festsetzungsfrist/Festsetzungsverjährung.....	23
5.	Die Altanschließerproblematik.....	25
a)	Vorteilslage und Gleichbehandlungsgebot.....	26
b)	Fehlende Veranlagung in der kommunalen Praxis	27
c)	Ablauf der Festsetzungsfrist?.....	28
aa)	Unwirksame Beitragssatzungen	28
bb)	Das Urteil des OVG Brandenburg von Juni 2000: Pflicht zur Rückbewirkung der ersten wirksamen Beitragssatzung.....	29
cc)	Änderung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG zum 1. Februar 2004	32
dd)	Rechtsprechung zum zeitlichen Geltungsbereich des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F.....	33
(1)	Brandenburger Verwaltungsgerichte.....	33
(2)	Bundesverwaltungsgericht	36

(3) Landesverfassungsgericht	37
ee) Reaktion des Landesgesetzgebers auf die Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg von Dezember 2007	38
ff) Kommunale Praxis nach der Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg von Dezember 2007	39
6. Exkurs: Die BVerfG-Entscheidung von 2013 zur zeitlichen Obergrenze für die Festsetzung von Vorzugslasten.....	40
II. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und ihre Umsetzung durch die Verwaltungsgerichte.....	42
1. Sachverhalt	42
2. Entscheidungsgründe.....	43
3. Umsetzung durch die Verwaltungsgerichte	45
4. Einordnung der Entscheidungen	47
III. Von den Entscheidungen erfasste Fallgruppen	49
1. Ausgangsfrage: Ist eine hypothetische Festsetzungsverjährung eingetreten?	49
a) Anwendbarkeit des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG alter Fassung im erweiterten zeitlichen Geltungsbereich	50
b) Eintritt der Festsetzungsverjährung bei Satzungserlass auf Grundlage des § 8 Abs. 7 Satz 2 a.F.....	52
c) Prüfraster und Beispiele.....	53
2. Problematische Fälle	56
a) Von erster Satzung nicht umfasste Grundstücke	56
b) Eigentümerwechsel.....	58
c) Veränderungen in der Gebietsstruktur des Aufgabenträgers	58
aa) Hypothetische Festsetzungsverjährung beim bisherigen Aufgabenträger.....	58
bb) Hypothetische Festsetzungsverjährung beim neuen Aufgabenträger.....	61
d) Die öffentliche Hand als Abgabenschuldnerin.....	62
IV. Beitragsrechtliche Folgen.....	66
1. Erfasste nicht bestandskräftige Beitragsbescheide	66
2. Erfasste unanfechtbare Bescheide mit unvollständiger Zahlung.....	67
3. Erfasste unanfechtbare Bescheide mit (vollständiger) Zahlung.....	68
a) Keine Nichtigkeit der Beitragsbescheide.....	68
b) Kein Wiederaufgreifen des Verfahrens	70

c)	Rücknahme gem. § 12 Abs. 1 Nr. 3 b KAG i.V.m. § 130 AO	72
aa)	Rücknahmesperren	72
(1)	Keine Rücknahmesperre aus § 79 Abs. 2 BVerfGG.....	72
(2)	Keine Rücknahmesperre aus § 12 Abs. 1 Nr. 4 b KAG i.V.m. § 169 Abs. 1 Satz 1 AO	72
(a)	Kein Ablauf der Festsetzungsfrist	73
(b)	Wortlaut des § 169 Abs. 1 AO	74
(c)	Gespaltene Bezugnahme in § 12 Abs. 1 KAG	74
(3)	Rücknahmesperre bei rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen	75
(a)	Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage zur Überwindung der Rechtskraft	75
(b)	Prozessuale Möglichkeiten zur Beseitigung der Rechtskraft	77
(4)	Zwischenergebnis	78
bb)	Rechtswidrigkeit des zurückzunehmenden Verwaltungsaktes	78
cc)	Überlegungen zum Rücknahmeermessen.....	78
(1)	Allgemeine Grundsätze	78
(2)	Keine Ermessensreduzierung auf Null	79
(3)	Ermessensgrenzen	80
dd)	Zwischenergebnis.....	82
4.	Nicht erfasste Bescheide.....	83
5.	Rückerstattung	83
V.	Gebührenrechtliche Folgen einer Rückzahlung	84
1.	Fiktives Abzugskapital?	85
2.	Mögliche Deckungslücken.....	87
VI.	Haushaltsrechtliche Folgen.....	89
1.	Obligatorische Rückzahlungen.....	90
a)	Kassenkredite/Umlagen/allgemeine Haushaltsmittel	90
b)	Ausgleichsfonds nach § 16 BbgFAG.....	91
2.	Freiwillige Rückzahlungen.....	92
a)	Investitionskredit im Sinne des § 74 BbgKVerf	92
b)	Voraussetzungen für die Genehmigung eines Investitionskredites.....	94
VII.	Handlungsmöglichkeiten.....	95
1.	Aufgabenträger.....	96

2. Land	99
a) Gesetzliche Maßnahmen	99
aa) Rückzahlungsge- und -verbote	100
bb) Zuwendungen an die Aufgabenträger.....	101
cc) Klärungen und Ergänzungen im Kommunalrecht	104
(1) Abgabenrecht.....	104
(2) Haushaltsrecht	106
b) Kommunalaufsichtliche Maßnahmen	107
VIII. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	109

A. Auftrag

Mit Beschluss vom 12. November 2015¹ hat das Bundesverfassungsgericht die Erhebung von Beiträgen im Bereich der Abwasserentsorgung in bestimmten Fallkonstellationen für verfassungswidrig erklärt. Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg² hat in Umsetzung dieser Entscheidung Beitragsbescheide der Stadt Cottbus aufgehoben. Der Parlamentarische Beratungsdienst wurde gebeten, die rechtlichen Auswirkungen dieser Entscheidungen gutachterlich zu untersuchen. Im Einzelnen soll dabei auf folgende Fragen eingegangen werden:

1. Welche rechtlichen Auswirkungen haben die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg?
2. Welche Gruppen von Beitragszahlern können aus diesen Entscheidungen welche Rechte ableiten? Können Beitragszahler mit bestandskräftigen Verwaltungsakten oder rechtskräftigen Urteilen ihre Rechte durchsetzen (zum Beispiel Abwehr der Vollstreckung, Wiederaufgreifen des Verfahrens, Geltendmachung von Staatshaftungsansprüchen etc.)?
3. Welche Pflichten ergeben sich aus den Entscheidungen für betroffene Zweckverbände und die sie tragenden Kommunen? Können die betroffenen Zweckverbände oder die sie tragenden Kommunen dafür sorgen, dass auch Beitragszahler mit bestandskräftigen Verwaltungsakten oder rechtskräftigen Urteilen ihre Anschlussbeiträge zurückerhalten? Wel-

¹ BVerfG, Beschluss vom 2. Nov. 2015, Az. 1 BvR 1530/15 und 1 BvR 1531/15, juris.

² OVG Berlin-Brandenburg, Urteile vom 11. Feb. 2016, Az. OVG 9 B 1.16 und OVG 9 B 43.15, juris.

che Gestaltungsmöglichkeiten haben die betroffenen Zweckverbände und Kommunen, die Kosten zu tragen bzw. auf die Gebühren umzulegen?

4. Welche Pflichten ergeben sich aus den Entscheidungen für das Land? Erwächst aus diesen Entscheidungen für den Landesgesetzgeber die Notwendigkeit, das Kommunalabgabengesetz zu ändern oder zu ergänzen? Gibt es gegebenenfalls Rücknahmesperren (z.B. § 169 AO) und können die Vorschriften des Kommunalabgabengesetzes durch den Landesgesetzgeber (sinnvollerweise) so abgeändert werden, dass diese entfallen? Hat das Land eine Kostentragungspflicht?

5. Durch welche Maßnahmen kann das Land unter Beachtung des Grundsatzes der kommunalen Selbstverwaltung dazu beitragen, dass die betroffenen Zweckverbände und Kommunen dazu geneigt sein werden, auch die durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erfassten Fälle mit bestandskräftigem Beitragsbescheid oder rechtskräftiger Gerichtsentscheidung rückabzuwickeln? Welche Möglichkeiten hat das Land, betroffene Zweckverbände und Kommunen (insbesondere rechtlich, finanziell und beratend) zu unterstützen?

Dieser Teil des Gutachtens behandelt die kommunalrechtlichen Fragen. Die haftungsrechtlichen Fragen werden in Teil II behandelt.

B. Stellungnahme

Das Kommunalabgabenrecht ist eine komplexe Rechtsmaterie. Zum richtigen Verständnis der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und zur sachgerechten Beurteilung der daraus folgenden Handlungspflichten und -möglichkeiten ist es daher unerlässlich, zunächst die Entwicklung der Finanzierung der Wasserver- und Abwasserentsorgung in Brandenburg bis zu dieser Entscheidung in den Blick zu nehmen (dazu unter I.). Im Folgenden werden die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und deren Umsetzung durch die Verwaltungsgerichte näher dargestellt (II.). Sodann wird dargelegt, welche Fallgestaltungen von der BVerfG-Entscheidung betroffen sind (III.), bevor auf die beitrags-, gebühren- und haushaltsrechtlichen Folgen dieser Entscheidungen eingegangen wird (IV.-VI.). Auf dieser Grundlage werden die Handlungsmöglichkeiten der kommunalen Aufgabenträger und des Landes erörtert (VII.). Eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse schließt diese Untersuchung ab (VIII.).

I. Die Ausgangslage vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

1. Neuorganisation der öffentlichen Wasserver- und Abwasserentsorgung

Nach § 2 Abs. 2 Satz 1 der Kommunalverfassung des Landes Brandenburg (BbgKVerf) gehören die Versorgung mit Wasser und die schadlose Abwasserableitung und Abwasserbehandlung zu den Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft und damit zu den Aufgaben der Städte und Gemeinden in Brandenburg. Die §§ 59 und 66 des Brandenburgischen Wassergesetzes (BbgWG) bestätigen diese Aufgabenverteilung.

In der DDR hingegen wurden diese Aufgaben von den 1964 gebildeten VEB Wasserversorgung und Abwasserbehandlung (WAB) wahrgenommen.³ Erst mit der Kommunalverfassung der DDR (KVerf DDR) vom 17. Mai 1990⁴ wurden die heutigen Kommunen neu gegründet⁵ und ihnen die Aufgaben der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung übertragen (§ 2 Abs. 2 KVerf DDR).

Die neu gegründeten Kommunen waren nicht identisch mit den früheren örtlichen Staatsorganen und demzufolge nicht deren (Gesamt-)Rechtsnachfolgerinnen.⁶ Nach dem Kommunalvermögensgesetz vom 6. Juli 1990⁷ gingen jedoch die für die Aufgabenwahrnehmung erforderlichen Anlagen auf die Gemeinden über.

Mit der Wiedervereinigung am 3. Oktober 1990 gilt die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz (GG) auch für die Brandenburger Städte und Gemeinden. Die Verfassung des Landes Brandenburg vom 20. August 1992 (LV) garantiert die kommunale Selbstverwaltung der Gemeinden und Gemeindeverbände in Art. 97 ebenfalls. Zu den Kernbestandteilen der Selbstverwaltungsgarantie gehören die Organisationshoheit und die Abgabenhöhe. Daraus folgt, dass die Gemeinden im Rahmen der Gesetze eigenständig entscheiden können, wie sie die Aufgaben der Wasserver- und Abwasserentsorgung organisieren und finanzieren. Die gesetzlichen Grundlagen hierfür fin-

³ Vgl. hierzu und zum Folgenden BbgVerfG, Beschl. vom 21. Sep. 2012, Az. 46/11, juris, Rn. 53.

⁴ Gesetz über die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise in der DDR (Kommunalverfassung), GBl. DDR 1990 I, S. 255; in Brandenburg mit Wirkung zum 5. Dez. 1993 aufgehoben durch Art. 9 der Kommunalverfassung des Landes Brandenburg, Gesetz vom 15. Oktober 1993, GVBl. I, S. 398.

⁵ BGH, Urt. vom 6. Mai 2004, Az. III ZR 248/03, juris.

⁶ BVerwG, Urt. vom 11. Dez. 2008, Az. 7 C 1.08, juris.

⁷ Gesetz über das Vermögen der Gemeinden, Städte und Landkreise, GBl. DDR 1990 I, S. 660.

den sich insbesondere im Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit im Land Brandenburg (GKGBbg) und im Kommunalabgabengesetz für das Land Brandenburg (KAG).

Im Rahmen ihrer Organisationshoheit haben sich viele kommunale Aufgabenträger entschlossen, die Aufgaben der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung gemeinsam mit anderen Gemeinden zu erledigen, und zu diesem Zweck Wasser- und Abwasserzweckverbände gegründet (vgl. §§ 10 ff. GKGBbg). Mit der Übertragung der Aufgabe auf die Zweckverbände wurden diese rechtlich eigenständigen Körperschaften des öffentlichen Rechts zugleich zuständig für den Erlass der Satzungen, mit denen die Organisation der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung festgelegt (beispielsweise die Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs) und die Finanzierung der Aufgabenerledigung geregelt wird (z.B. Beitragssatzungen).

Im Umgang mit den komplett neuen rechtlichen Rahmenbedingungen ergaben sich seinerzeit viele Rechtsfehler, die zum Teil zu einer Unwirksamkeit der Gründung der Zweckverbände und zu unwirksamen Abgabensatzungen führten. Der Landesgesetzgeber hat darauf reagiert und zunächst im Jahr 1996 Heilungsvorschriften im Gesetz zur Sicherung der Arbeitsfähigkeit von Zweckverbänden erlassen.⁸ Diese griffen aber zu kurz, sodass nach Einschätzung der Landesregierung nach wie vor über 90 % der Wasser und Abwasserzweckverbände im Land nicht wirksam gegründet worden waren.⁹ Im Jahr 1998 hat der Landesgesetzgeber daher das Stabilisierungsgesetz¹⁰ erlassen, das umfassende Heilungsvorschriften vorsah.¹¹ Auf Grundlage dieses Gesetzes erließen die Kommunalaufsichtsbehörden Feststellungsbescheide, mit denen verbindlich die Entstehung des jeweiligen Zweckverbandes festgestellt wurde.¹² Diese Verfahren dauerten bis ins Jahr 2000.¹³

Aber auch nach diesem Zeitpunkt verfügten die kommunalen Aufgabenträger (Gemeinden und Zweckverbände) vielfach nicht über wirksame Abgabensatzungen. Wenn sich die

⁸ Gesetz vom 4. Dez. 1996, GVBl. I, S. 314.

⁹ Siehe Begründung zum Gesetzentwurf, LT-Drs. 2/5171, S. 14; hierzu auch OVG Brandenburg, Urt. vom. 8. Juni 2000, Az. 2 D 29.98.NE, juris, Rn. 58.

¹⁰ Gesetz zur rechtlichen Stabilisierung der Zweckverbände für Abwasserversorgung und Abwasserbeseitigung vom 6. Juli 1998, GVBl. I, S. 162.

¹¹ Zur Verfassungsmäßigkeit dieser Regelungen BbgVerfG, Urt. vom 20. Jan. 2000, Az. VfGBbg 53/98 und 3/99, juris.

¹² Hierzu im Einzelnen OVG Brandenburg, Urt. vom. 8. Juni 2000, Az. 2 D 29.98.NE, juris, Rn. 59 ff.

¹³ Vgl. Gesetzesbegründung der Landesregierung zu § 19 KAG in LT-Drs. 5/7642.

Unwirksamkeit nicht bereits aus formellen Mängeln, insbesondere aus Bekanntmachungsfehlern, ergab, so enthielten die Satzungen vielfach nicht die nach § 2 Abs. 1 Satz 2 KAG erforderlichen Mindestbestimmungen, nämlich die fehlerfreie Angabe des Kreises der Abgabenschuldner, des die Abgabe begründenden Tatbestandes, des Maßstabes und des Satzes der Abgabe sowie des Zeitpunktes der Fälligkeit. Fehler in diesen Bereichen führen zur Gesamtnichtigkeit der Abgabensatzung.¹⁴ Aus vielfältigen Gründen¹⁵ konnte ein Großteil der Aufgabenträger erst in den letzten Jahren auf wirksame Abgabensatzungen zurückgreifen.

2. Investitionen nach der Wiedervereinigung

Mit der Übernahme der Aufgaben mussten die Gemeinden und Zweckverbände eigenständige Abwasserbeseitigungskonzepte und Planungen zur Erledigung der Aufgabe der Wasserversorgung entwickeln. Dabei musste entschieden werden, wie die übernommenen Altanlagen in diese Planungen einbezogen werden können, welche Gebiete in welcher Reihenfolge an die Kanalisation angeschlossen werden und welche Sanierungs- oder Neubaumaßnahmen erforderlich sind. So haben die kommunalen Träger der Abwasserbeseitigungspflicht beispielsweise zwischen 1990 und 2013 das Kanalnetz um rund 15.200 Kilometer überwiegend als Schmutzwasserkanalisation erweitert.¹⁶ Zudem waren die Anlagen an die neuen Standards, etwa im Hinblick auf eine umweltgerechte Abwasserbeseitigung, anzupassen. Dies erforderte umfangreiche Investitionen. Nach Angaben der Landesregierung wurden seit 1990 vom Land über Fördermittel¹⁷ mitfinanzierte Investitionen in Höhe von 3,2 Milliarden Euro realisiert; hinzu kamen weitere umfangreiche Vorhaben ohne staatliche Förderung.¹⁸

¹⁴ *Deppe*, in: Becker u.a. (Hrsg.), Kommunalabgabengesetz für das Land Brandenburg, Loseblatt Stand 2016, § 2 Rn. 9.

¹⁵ Siehe nur die Nennung der Nichtigkeitsgründe bei OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 12. Dez. 2007, Az. 9 B 44.06, juris, Rn. 50, oder bei VG Cottbus, Urt. vom 3. Nov. 2011, Az. 6 K 15/11, juris, Rn. 104 ff.

¹⁶ Ministerium für Ländliche Entwicklung, Umwelt und Landwirtschaft (MLUL), Lagebericht Kommunale Abwasserbeseitigung im Land Brandenburg 2015, S. 8, hier abrufbar:
http://www.mlul.brandenburg.de/cms/media.php/lbm1.a.3310.de/kawb2015_teil1.pdf.

¹⁷ Zur Verteilung der Fördermittel auf die Aufgabenträger siehe die Antwort der Landesregierung auf die Frage 4 der Kleinen Anfrage Nr. 6/1773, LT-Drs. 6/4443.

¹⁸ Siehe Pressemitteilung des MLUL vom 8. Nov. 2013, hier abrufbar:
<http://www.mlul.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.346300.de>.

3. Finanzierung der Nachwendeeinvestitionen

Die seit 1990 getätigten Investitionen müssen finanziert werden. Wie beschrieben wurden hierfür teilweise (nicht rückzahlbare) staatliche Fördermittel eingesetzt, die wiederum zum Teil aus EU- oder Bundesmitteln gespeist wurden. Die Finanzierung im Übrigen obliegt den kommunalen Aufgabenträgern im Rahmen ihrer Haushalts- und Abgabenhöhe. Hierzu erhalten die Kommunen insbesondere Zuweisungen nach dem Brandenburgischen Finanzausgleichsgesetz (BbgFAG) und sie haben das Recht, sich eigene Finanzierungsquellen zu erschließen.

a) Privatrechtliche Entgelte, Steuern, Vorzugslasten

Die Finanzierungsquellen können zunächst zwischen privatrechtlichen Entgelten und öffentlich-rechtlichen Abgaben unterschieden werden. Die Organisations- und Abgabenhöhe der Kommunen lässt diesen die Wahl, ob sie mit den Leistungsempfängern Verträge auf der Grundlage des Privatrechts abschließen oder ob sie auf der Grundlage von Satzungen und Abgabenbescheiden die Finanzierung einem öffentlich-rechtlichen Regime unterstellen. Im Bereich der privaten Entgelte kommen neben regelmäßigen Leistungsentgelten jedenfalls im Bereich der Wasserversorgung auch einmalige Baukostenzuschüsse in Betracht.

Das Recht der öffentlich-rechtlichen Kommunalabgaben sieht grundsätzlich zwei Einnahmequellen vor: Zum einen haben die Kommunen die Möglichkeit, eigene Steuern zu erheben (insbesondere örtliche Verbrauch- und Aufwandsteuern).¹⁹ Steuern dienen der allgemeinen Erzielung von Einnahmen und sind demzufolge unabhängig von einer Gegenleistung (vgl. § 3 Abs. 1 Abgabenordnung – AO). Zum anderen können die Kommunen Abgaben erheben, die an eine Gegenleistung der Kommunen anknüpfen (sogenannte Vorzugslasten). Das Kommunalrecht (§ 64 Abs. 2 BbgKVerf, §§ 3 Abs. 2, 6 Abs. 1 Satz 1 KAG) regelt dabei einen grundsätzlichen Nachrang der Steuerfinanzierung. Dahinter steht die Grundidee, dass diejenigen, die durch eine kommunale Leistung einen besonderen Vorteil erhalten, vorrangig zur Finanzierung dieser Leistung beitragen sollen.

¹⁹ Das Steuererhebungsrecht der Gemeinden ist in Brandenburg in Art. 99 Satz 1 LV verfassungsrechtlich geschützt. Dieses Recht steht Zweckverbände nach § 29 Abs. 5 GKGBbg hingegen nicht zu.

Bei den Vorzugslasten wird insbesondere unterschieden zwischen Gebühren und Beiträgen.²⁰

b) Beiträge

Beiträge sind einmalige Geldleistungen, die der Finanzierung eines bestimmten Investitionsaufwandes für eine öffentliche Einrichtung, beispielsweise für die Herstellung einer Abwassereinrichtung, dienen; laufende Erhaltungs- und Instandsetzungskosten werden hiervon nicht umfasst. Beiträge werden als Gegenleistung für die wirtschaftlichen Vorteile erhoben, die den Grundstückseigentümern²¹ aus der Möglichkeit der Inanspruchnahme der Einrichtung erwachsen. Durch eine Beitragserhebung kann der kommunale Aufgabenträger seinen Investitionsaufwand also sofort und unabhängig von der tatsächlichen Nutzung der Einrichtung finanzieren. Für die Beitragspflichtigen führt dies jedoch oftmals dazu, dass sie mit umfangreichen Zahlungspflichten konfrontiert werden und die Gegenleistung hierfür nicht immer unmittelbar erkennbar ist.

In Brandenburg besteht nach § 8 Abs. 1 Satz 2 KAG lediglich für den (Aus-)Bau von Straßen und Wegen eine Pflicht zur Erhebung von Beiträgen. Im Bereich der leitungsgebundenen Einrichtungen, also auch im Bereich der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, liegt es dagegen grundsätzlich²² im Ermessen des kommunalen Aufgabenträgers, ob er Beiträge erhebt oder nicht.

c) Benutzungsgebühren

Soweit keine Beiträge erhoben oder privatrechtliche Entgelte gefordert werden, werden die Investitionen über Benutzungsgebühren nach § 6 KAG finanziert. Die Gebühren stellen

²⁰ Daneben sehen die §§ 10 und 10a KAG einen Kostenersatz für Haus- und Grundstücksanschlüsse sowie Grundstückszufahrten vor.

²¹ Ist das Grundstück mit einem Erbbaurecht belastet oder besteht ein Nutzungsrecht nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz, so tritt nach § 8 Abs. 2 Satz 3 und 4 KAG an die Stelle des Eigentümers der Erbbauberechtigte bzw. Nutzer. Zur besseren Lesbarkeit wird im Folgenden ausschließlich auf die Grundstückseigentümer abgestellt.

²² Nach einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts soll eine reine Gebührenfinanzierung unzulässig sein, wenn der Anteil der nicht angeschlossenen unbebauten, aber bebaubaren Grundstücke an den Grundstücken, die einen Vorteil von der Einrichtung erlangen, mehr als 20 Prozent beträgt. Dies gilt jedoch nur, wenn die Gebührenmehrbelastung 10 Prozent überschreitet und der Anteil der unbebauten, bebaubaren Grundstücke in einem Veranlagungsgebiet die dargelegte Quantitätsgrenze während eines Zeitraums von etwa vier Jahren fortdauernd überschritten hat. Hintergrund dieser Überlegung ist, dass andernfalls die Gebührenzahler die Investitionen für die bebaubaren, aber noch unbebauten Grundstücke, die keinen Wasserbedarf bzw. Abwasseranfall haben und demzufolge keine Gebühren zahlen müssen, „mitbezahlen“, BVerwG, Urt. vom 16. Sep. 1981, Az. 8 C 48.81, juris.

eine Gegenleistung für die tatsächliche Inanspruchnahme der Einrichtung dar. Dabei können zur Deckung der verbrauchsunabhängigen Vorhaltekosten neben der Leistungsgebühr auch angemessene Grundgebühren erhoben werden. Die Kalkulation der Gebühren erfolgt auf der Grundlage einer Prognose der voraussichtlichen Kosten der Einrichtung innerhalb der Kalkulationsperiode. Zu den Kosten gehören nach § 6 Abs. 2 KAG auch die sogenannten kalkulatorischen Kosten, nämlich Abschreibungen auf der Grundlage der Anschaffungs- oder Herstellungskosten (AHK) sowie eine angemessene Verzinsung des aufgewandten Kapitals.

Zur Verdeutlichung der unterschiedlichen Finanzierungsmöglichkeiten ein (vereinfachtes) Beispiel: Eine Gemeinde hat eine Abwasseranlage für 1 Million Euro errichtet. Aus Steuermitteln, also allgemeinen Haushaltsmitteln darf die Gemeinde diese Maßnahme grundsätzlich nicht finanzieren, da es einen gesetzlich geregelten Vorrang der Vorzugslasten gibt. Daher muss sich die Gemeinde entscheiden, ob sie privatrechtliche Entgelte fordert oder öffentlich-rechtliche Abgaben erhebt. Entscheidet sie sich für öffentlich-rechtliche Abgaben, hat sie die Wahl zwischen Gebühren und Beiträgen. Soll der Investitionsaufwand von 1 Million Euro über Beiträge finanziert werden, erlässt sie eine Beitragssatzung und kalkuliert die Höhe des Beitragssatzes so, dass die Gesamteinnahmen den Betrag von 1 Million Euro erreichen. Sobald mit der Durchführung der Maßnahme begonnen worden ist, kann die Gemeinde eine Vorausleistung bis zur Höhe der voraussichtlichen endgültigen Beitragsschuld verlangen (§ 8 Abs. 8 KAG). Entscheidet sich die Gemeinde für eine Gebührenfinanzierung und hat sie keine anderen Finanzierungsmittel, etwa aus einer Rücklage, so muss sie zunächst einen Kredit aufnehmen. Der Investitionsaufwand in Höhe von 1 Million Euro wird in der Gebührenkalkulation über Abschreibungen und Zinsen berücksichtigt. Bei einer Nutzungsdauer von 10 Jahren, also einer jährlichen linearen²³ Abschreibung von 10 %, und einem Zinssatz von 4 % auf den Restbuchwert²⁴ zu Beginn der Kalkulationsperiode ergeben sich bei einjährigen Kalkulationsperioden folgende Kalkulationspositionen:

²³ Die gleichmäßige Bemessung der Abschreibungen ist in § 6 Abs. 2 Satz 2 KAG vorgeschrieben.

²⁴ Dazu *Liedtke*, in: Becker u.a (Hrsg.), Kommunalabgabengesetz für das Land Brandenburg, Loseblatt Stand 2016, § 6 Rn. 506.

	1. Jahr	2. Jahr	3. Jahr	4. Jahr	...	10. Jahr
AHK=Abschreibungsbasis	1 Mio.	1 Mio.	1 Mio.	1 Mio.		1 Mio.
Kalkulatorische Abschreibung	100.000	100.000	100.000	100.000		100.000
Restbuchwert zu Jahresbeginn=Zinsbasis	1 Mio.	900.000	800.000	700.000		100.000
Kalkulatorische Zinsen	40.000	36.000	32.000	28.000		4.000

Die Gemeinde kann also in jedem Jahr kalkulatorischen Abschreibungen in Höhe von 100.000 Euro einkalkulieren. Über die Abschreibungsdauer von zehn Jahren kann sie demzufolge 1 Mio. Euro einnehmen, also den Betrag, den sie für die Investitionen ausgegeben hat. Zusätzlich fließen in die Kalkulation die kalkulatorischen Zinsen ein. Decken sich Tilgungsdauer, Ratenhöhe und Zinshöhe des aufgenommenen Kredits mit den Ansätzen der Gebührenkalkulation, so entsprechen die kalkulatorischen Kosten den tatsächlichen Auszahlungen an das Kreditinstitut. Dies ist allerdings nicht zwingend. Maßgeblich für die gesetzeskonforme Berechnung der Gebührenhöhe sind nicht die Auszahlungen, sondern die Kosten und damit u.a. die nach den gesetzlichen Vorgaben zu berechnenden kalkulatorischen Kosten. Sind beispielsweise die Kreditzinsen niedriger als der zulässigerweise heranzuziehende Zinssatz für die kalkulatorischen Zinsen, so ergibt sich daraus nicht, dass die Gebührenhöhe rechtswidrig ist bzw. dass es sich um eine nach § 6 Abs. 3 Satz 2 KAG ausgleichspflichtige Kostenüberdeckung handelt.

d) Mischfinanzierung

Da in Brandenburg keine Pflicht zur Erhebung von Beiträgen für leitungsgebundene Einrichtungen besteht, haben die kommunalen Aufgabenträger auch die Möglichkeit, nur einen Teil des Investitionsaufwandes über Beiträge zu finanzieren. Im Übrigen erfolgt dann die Finanzierung über Gebühren (Mischfinanzierung). Beträgt die Beitragsdeckungsquote also beispielsweise nur 60 %, so werden die fehlenden 40 % über Gebühreneinnahmen aufgebracht. Die Anrechnung erfolgt bei der Gebührenkalkulation über das sogenannte „Abzugskapital“. Nach § 6 Abs. 2 Satz 5 KAG bleibt bei der Ermittlung der Verzinsung und

der Abschreibungen der aus Beiträgen aufgebrauchte Eigenkapitalanteil außer Betracht. Im obigen Beispiel werden daher die Abschreibungen²⁵ bei einer Beitragsdeckungsquote von 60 %, also bei Beitragseinnahmen in Höhe von 600.000 €, wie folgt berechnet:

	1. Jahr	2. Jahr	3. Jahr	4. Jahr	...	10. Jahr
AHK	1 Mio.	1 Mio.	1 Mio.	1 Mio.		1 Mio.
Abzugskapital	600.000	600.000	600.000	600.000		600.000
Abschreibungsbasis	400.000	400.000	400.000	400.000		400.000
Kalkulatorische Abschreibung	40.000	40.000	40.000	40.000		40.000

Im Ergebnis können also über die Abschreibungen 400.000 Euro eingenommen werden,²⁶ so dass die gesamten Investitionen in Höhe von 1 Million Euro über Gebühren (400.000 Euro) und Beiträge (600.000 Euro) vollständig finanziert werden können.

Dies zeigt, dass Beiträge und Gebühren wie kommunizierende Röhren miteinander verbunden sind. Höhere Beitragseinnahmen führen zu einem höheren Abzugskapital bei der Gebührenkalkulation und dementsprechend zu niedrigeren Kostenansätzen bei der Gebührenkalkulation. Niedrigere oder fehlende Beitragseinnahmen haben demzufolge höhere Kostenansätze bei der Gebührenberechnung zur Folge.²⁷ Dies bewirkt zudem, dass

²⁵ Die Berechnung der kalkulatorischen Verzinsung unter Einbeziehung von Abzugskapital war aufgrund einer Entscheidung des OVG Brandenburg (Urt. vom 22. Aug. 2002, Az. 2 D 10/02.NE, juris) umstritten. Der Gesetzgeber hat mit einer Änderung des § 6 KAG durch Art. 10 des Gesetzes zur Stärkung der kommunalen Zusammenarbeit die Berechnungsweise geklärt. Danach ist das Abzugskapital zur Berechnung der kalkulatorischen Zinsen grundsätzlich entsprechend den Abschreibungen aufzulösen. Vgl. im Einzelnen dazu die Gesetzesbegründung in LT-Drs. 5/8411, S. 78 f. Die Ausführungen von *Brüning*, Gutachten für das MIK Brandenburg, „Die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen der Entscheidung des BVerfG vom 12. November 2015 (2 BvR 2961/14 u.a.)“, S. 27, geben daher nicht die aktuelle Rechtslage wieder. Das Gutachten ist abrufbar unter folgendem Link:

<http://www.mik.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.446475.de>.

²⁶ Zur Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen wird das Abzugskapital nicht aufgelöst. Ist das Anlagegut abgeschrieben, entfällt auch der Ansatz des Abzugskapitals. Wird ein neues Anlagegut angeschafft, sind Beiträge als Abzugskapital nur anzusetzen, soweit sie hierfür erbracht wurden.

²⁷ Ungenau wäre die Aussage, dass niedrigere Beitragseinnahmen, etwa wegen Rückzahlungen, zu höheren Gebührensätzen führen. Denn denkbar ist, dass andere Kostenpositionen niedriger veranschlagt werden können (z.B. aufgrund von Rationalisierungen) oder dass die Kosten auf mehr Maßstabseinheiten

grundsätzlich keine Doppelfinanzierung erfolgt. Was über Beiträge aufgebracht wurde, kann über die Gebühren nicht noch einmal eingenommen werden. Damit wird dem Verbot der Doppelbelastung und dem Aufwandsüberschreitungsverbot Rechnung getragen.²⁸

e) Wechsel des Finanzierungsmodells

Die Kommunen sind auf ein einmal gewähltes Finanzierungsmodell nicht für alle Zeiten festgelegt. Vielmehr können sie das Finanzierungsmodell wechseln. Insbesondere haben sie also die Möglichkeit, die Beitragsdeckungsquote zu senken, um so die einmalige Abgabenbelastung der Grundstückseigentümer zu senken, oder auf eine reine Gebührenfinanzierung (also auf eine Beitragsdeckungsquote von 0 %)²⁹ umzustellen. Auch in diesem Fall ist das Verbot der Doppelbelastung zu berücksichtigen. Hierfür gibt es nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung³⁰ drei Wege:

Zum einen können die bereits erhobenen Beiträge ganz oder teilweise zurückgezahlt werden, sodass diejenigen, die bereits nach dem alten Modell höhere Beiträge gezahlt haben, und diejenigen, die nach dem neuen Modell niedrigere oder keine Beiträge zahlen müssen, gleichgestellt werden.

Zum anderen ist möglich, dass die Gruppe der bisherigen Beitragszahler über niedrigere Gebührensätze entlastet wird. In diesem Fall sind zwei Gebührensätze festzulegen: ein Gebührensatz für die Gruppe, die nach dem alten Modell bislang noch keine Beiträge gezahlt hat, und ein Gebührensatz für die Gruppe, die nach dem alten Modell die (höheren) Beiträge gezahlt hat (gespaltene oder gesplittete Gebührensätze). Bei einer Umstellung auf ein reines Gebührenmodell wird also das über die Beiträge aufgebrachte Abzugskapital ausschließlich der Gruppe der Beitragszahler zugerechnet. Für diese Gruppe verringert das Abzugskapital die Abschreibungs- und Zinsbasis, sodass ein niedrigerer Gebührensatz als für die Nichtbeitragszahler festgesetzt wird. Bei einer Reduzierung der Deckungs-

ten verteilt werden. Richtig ist aber, dass geringere Beitragseinnahmen tendenziell zu höheren Gebühren führen.

²⁸ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 26. Jan. 2011, Az. OVG 9 B 14.09, juris, Rn. 46. Zur Frage, ob und wie Gebührenzahlungen für die Beitragskalkulation relevant sein können, siehe die Darlegung der unterschiedlichen Ansätze bei VG Cottbus, Urt. vom 9. Jan. 2014, Az. 6 K 1079/12, juris, Rn. 61 f.

²⁹ Siehe aber die in Fn. 22 genannten Einschränkungen.

³⁰ BVerwG, Urt. vom 16. Sep. 1981, Az. 8 C 48.81, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 26. Jan. 2011, Az. OVG 9 B 14.09, juris, Rn. 46; OVG Land Brandenburg, Urt. vom 3. Dez. 2003, Az. 2 A 417/01, juris, Rn. 37 f.

quote ist das Abzugskapital entsprechend der gewählten Höhe der Reduzierung anteilig zu verteilen, sodass auch hier die Gruppe derjenigen, die einen höheren Beitrag gezahlt haben, von entsprechend niedrigeren Gebührensätzen profitieren.

Alternativ zu gespaltenen Gebührensätzen ist es nach der Rechtsprechung auch zulässig, dass ein einheitlicher Gebührensatz festgelegt wird und eine entsprechende Entlastung der Beitragszahler durch Reduzierung der Gebührenhöhe im Wege eines Billigkeitserlasses im Heranziehungsverfahren erfolgt. Dies hat den Vorteil, dass sich Unklarheiten über die richtige Kalkulation der geminderten Gebührensätze nicht auf die Wirksamkeit der Gebührensatzung³¹ auswirken.

Teilweise wird vertreten, dass geringfügige Differenzierungen unter dem Gesichtspunkt der Belastungsgleichheit von Beitragszahlern und Nichtbeitragszahlern hinnehmbar seien.³² Dies dürfte aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung und wegen der Typisierungsbefugnis des Satzungsgebers allerdings nur der Fall sein, wenn eine relativ kleine Gruppe von den Beitragszahlungen ausgenommen war und sich die insoweit fehlenden Beitragseinnahmen nur geringfügig auf die Gebührenhöhe auswirken.³³ Hingegen dürfte es mit dem Gleichheitssatz kaum vereinbar sein, wenn lediglich eine kleine Gruppe zu Beiträgen herangezogen wurde und hierfür keinen Ausgleich erhält.

f) In Brandenburg praktizierte Finanzierungsmodelle

Die kommunalen Aufgabenträger haben in Brandenburg ein breites Spektrum von Möglichkeiten zur Finanzierung der Nachwendeeinvestitionen. Ist ein Aufgabenträger sowohl für die Wasserversorgung als auch für die Abwasserentsorgung zuständig, kann er zudem jeweils unterschiedliche Finanzierungsmodelle wählen. Dementsprechend vielfältig stellt sich auch die kommunale Wirklichkeit dar. Aus einer vom Umweltministerium initiierten Abfrage³⁴ aus dem Jahr 2007 ergab sich folgendes Bild:

³¹ Wie oben bereits dargelegt, führen relevante Fehler beim Satz der Abgabe nach § 2 Abs. 1 Satz 2 KAG zur Gesamtnichtigkeit der Satzung.

³² Vgl. den Hinweis in OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 6. Juni 2007, Az. OVG 9 A 77.05, juris, Rn. 37. Siehe auch das vom Umweltministerium in Auftrag gegebene Gutachten von Confideon und der Kanzlei Gaßner, Groth, Siederer & Coll. zum „Ausmaß der Altanschließerproblematik im Land Brandenburg“, LT-Information 4/148, S. 46, sowie *Brüning* (Fn. 25), S. 29 f., 35.

³³ Vgl. zu denkbaren Größenordnungen Fn. 22.

³⁴ Siehe das in Fn. 32 genannte Gutachten, S. 14 f.

Im Bereich der Abwasserentsorgung hat der weitaus größte Teil der Aufgabenträger (78 %) eine Finanzierung durch Beiträge oder eine Mischfinanzierung aus Gebühren und Beiträgen gewählt. Der Beitragsdeckungsgrad reichte dabei von 16 bis 100 % und lag im Median bei 69 %. Ein kleinerer Teil (18 %) hat sich ausschließlich über Gebühren finanziert. Einige wenige Aufgabenträger forderten private Entgelte, teils in Kombination mit einer Beitragsfinanzierung.

Im Bereich der Wasserversorgung hingegen erhoben weniger als die Hälfte der Aufgabenträger Beiträge bzw. Beiträge und Gebühren. Der Deckungsgrad hatte eine ähnliche Spannweite wie bei der Abwasserentsorgung. 38 % der Aufgabenträger finanzierten sich über private Entgelte, zum Teil ergänzt durch privatrechtliche Baukostenzuschüsse. Die übrigen Aufgabenträger haben ausschließlich Gebühren erhoben.

4. Besonderheiten der Beitragsfinanzierung

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts betraf die Beitragsfinanzierung. Zum weiteren Verständnis bedarf es daher der Erläuterung einiger Besonderheiten des Beitragsrechts.

a) Öffentliche Einrichtungen

Wie oben bereits dargelegt, sind Beiträge ebenso wie Benutzungsgebühren öffentlich-rechtliche Vorzugslasten. Das heißt, sie werden als Gegenleistung für einen bestimmten Vorteil erhoben. Bei den Beiträgen besteht der abzugeltende Vorteil in der rechtlich gesicherten Möglichkeit der Inanspruchnahme einer öffentlichen Einrichtung. Bei der „Einrichtung“, die Bezugspunkt für die Beitragserhebung ist, handelt es sich nicht um jeweils einzelne Anlagenteile, beispielsweise die vor einem Grundstück liegenden Kanäle oder die Kläranlagen, sondern um alle Anlagenteile, die nach dem Organisationsermessen des kommunalen Aufgaben- und Einrichtungsträgers zusammengehören, um dem Einrichtungszweck, also der Wasserversorgung oder Abwasserentsorgung, zu dienen (Gesamtanlagenprinzip).³⁵ Auch mehrere technisch voneinander getrennte Anlagen können demzufolge zu einer gemeinsamen Einrichtung zusammengeschlossen werden.³⁶ Maßgeblich

³⁵ Vgl. hierzu und zum Folgenden *Becker*, in: *Becker u.a. (Hrsg.), Kommunalabgabengesetz für das Land Brandenburg*, Loseblatt Stand 2016, § 8 Rn. 163 ff.

³⁶ OVG Brandenburg, Urt. vom 26. Sep. 2002, Az. 2 D 9/02.NE, juris, Rn. 43. Umgekehrt ist es jedoch in der Regel nicht zulässig, eine technisch zusammenhängende Anlage in zwei Einrichtungen im rechtli-

ist der in der Abwasserbeseitigungs- oder Wasserversorgungssatzung definierte Umfang der Einrichtung, wobei ergänzend Planungsentscheidungen, wie das Abwasserbeseitigungskonzept, oder andere Umstände, wie Anlagennachweise, herangezogen werden können.³⁷

Hinzukommen muss, dass es sich um eine „öffentliche“ Einrichtung handelt. Dies geschieht durch eine Widmung, also eine öffentlich-rechtliche Willenserklärung des Einrichtungsträgers, die den Einrichtungszweck festlegt und die Möglichkeit der Nutzung der Einrichtung durch jedermann oder einen bestimmten Personenkreis eröffnet.³⁸ Für die Einrichtungen der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung erfolgt die Widmung jedenfalls durch die entsprechenden Satzungen des kommunalen Aufgabenträgers, in denen üblicherweise nicht nur die Möglichkeit der Nutzung der Einrichtung geregelt wird, sondern auch die Verpflichtung zur Nutzung (Anschluss- und Benutzungszwang, vgl. § 12 Abs. 2 BbgKVerf).

b) Herstellungsbeiträge/Anschlussbeiträge

§ 8 Abs. 2 Satz 1 KAG konkretisiert, welche Maßnahmen beitragspflichtig sind. Genannt werden die Herstellung, die Anschaffung, Erweiterung, Erneuerung und Verbesserung öffentlicher Einrichtungen oder Teilen davon. Bei den hier in Rede stehenden problematischen, von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts betroffenen Beiträgen handelt es sich um Beiträge für die Herstellung der Einrichtung, also für die erstmalige Schaffung einer solchen öffentlichen Einrichtung. Dies ergibt sich daraus, dass, wie bereits dargelegt, die 1990 neu gegründeten Gemeinden keine Rechtsnachfolger der staatlichen örtlichen Organe waren und demzufolge mit Übergang der Aufgabe neue Einrichtungen im rechtlichen Sinne entstanden. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass mit Übergang der Aufgabe und der Anlagenteile auf die neu gegründeten Gemeinden nicht sofort eine neue, bereits hergestellte öffentliche Einrichtung entstanden ist, sondern die Herstellung der neuen Einrichtungen erst beendet ist, wenn nach den Planungen der Gemeinde der endgültige technische Ausbauzustand der Einrichtung erreicht ist.³⁹ Da nach der Wieder-

chen Sinne aufzuteilen, vgl. *Kluge*, in: Becker u.a (Hrsg.), Kommunalabgabengesetz für das Land Brandenburg, Loseblatt Stand 2016, § 6 Rn. 126 ff.

³⁷ *Becker* (Fn. 35), § 8 Rn. 170; *Kluge* (Fn. 36), § 6 Rn. 54.

³⁸ Vgl. *Rohland*, in: Muth (Hrsg.), Potsdamer Kommentar, Loseblatt Stand 2016, § 12 BbgKVerf Rn. 4.

³⁹ Vgl. OVG Brandenburg, Urt. vom 3. Dez. 2003, Az. 2 A 733/03, juris, Rn. 20 f.

vereinigung, wie gezeigt, umfangreiche Investitionen, insbesondere zur Erhöhung des Anschlussgrades und zur Ertüchtigung der Kläranlagen, getätigt und die Ausbauprogramme und Abwasserbeseitigungskonzepte oftmals geändert und erweitert wurden, reicht(e) die Herstellungsphase der „neuen“ Einrichtungen vielfach bis in die heutige Zeit. Demzufolge werden alle Investitionen, die in diese Herstellungsphase fallen, über „Herstellungsbeiträge“ abgerechnet.⁴⁰

Ist nach den Planungen des Aufgabenträgers die Herstellung beendet und erfolgen danach weitere Investitionen, so können diese über Erneuerungs- oder Verbesserungsbeiträge refinanziert werden (siehe auch § 8 Abs. 3 KAG).⁴¹

In der Praxis wird anstelle des Begriffs „Herstellungsbeitrag“ oftmals der Begriff „Anschlussbeitrag“ verwendet. Auch der Gesetzgeber gebraucht diesen Begriff in § 8 Abs. 4 Satz 3 und Abs. 7 Satz 2 KAG. In § 12 Abs. 3a KAG spricht der Gesetzgeber zudem von einem Beitrag „für den Anschluss an eine leitungsgebundene Einrichtung“. Wie sich aus

⁴⁰ Einen anderen Weg ist der Bundesgesetzgeber im Bereich der Erschließungsbeiträge nach dem Baugesetzbuch (BauGB) gegangen. Nach § 242 Abs. 9 BauGB kann für Erschließungsanlagen oder Teile von Erschließungsanlagen in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrags genannten Gebiet, die vor dem Wirksamwerden des Beitritts bereits hergestellt worden sind, nach diesem Gesetz ein Erschließungsbeitrag nicht erhoben werden. Bereits hergestellte Erschließungsanlagen oder Teile von Erschließungsanlagen sind die einem technischen Ausbauprogramm oder den örtlichen Ausbauepflogenheiten entsprechend fertiggestellten Erschließungsanlagen oder Teile von Erschließungsanlagen. Leistungen, die Beitragspflichtige für die Herstellung von Erschließungsanlagen oder Teilen von Erschließungsanlagen erbracht haben, sind auf den Erschließungsbeitrag anzurechnen. Erschließungsanlagen in diesem Sinne sind insbesondere die Anliegerstraßen. Waren diese also bereits zu DDR-Zeiten nach dem Ausbauprogramm oder den Ausbauepflogenheiten „fertiggestellt“, konnten Beiträge für die Herstellung (Erschließungsbeiträge) nicht mehr verlangt werden. Investitionen für Straßen(aus)baumaßnahmen konnten und können aber nach § 8 KAG insbesondere als Verbesserungsmaßnahmen über Straßenbaubeiträge finanziert werden. Die Wasserversorgungs- und Abwasserbeseitigungsanlagen sind keine Erschließungsanlagen im Sinne des BauGB, sodass diese Regelungen hier nicht gelten (ebenso wie die entsprechende Vorgabe in Anlage I Kap XIV II Nr. 11 des Einigungsvertrages).

⁴¹ Zur genauen zeitlichen Abgrenzung zwischen Herstellungs- und Verbesserungsbeiträgen siehe OVG Brandenburg, Urt. vom 3. Dez. 2003, Az. 2 A 733/03, juris, Rn. 20 f.: „Für die Grundstücke, für die die sachliche Herstellungsbeitragspflicht schon vor der Änderung des Abwasserbeseitigungskonzepts entstanden war, kann ein weiterer Beitrag als Verbesserungsbeitrag erhoben werden, weil sich für diese Grundstücke die Errichtung der Kläranlage als neue (weitere) beitragspflichtige Maßnahme neben der Errichtung bzw. Herstellung der öffentlichen Abwasserentsorgungseinrichtung, für die schon ein Herstellungsbeitrag angefallen war, darstellt. Für die Grundstücke, für die die Herstellungsbeitragspflicht erst nach dem Zeitpunkt der Planungsänderung entsteht, umfasst das Konzept zur Errichtung der öffentlichen Einrichtung schon den Bau der Kläranlage und ist dementsprechend der dadurch vermittelte Vorteil Teil der Vorteilslage, die mit der einheitlichen beitragspflichtigen Herstellungs- bzw. Errichtungsmaßnahme verbunden ist. Er wird für diese Grundstücke folglich mit dem Herstellungsbeitrag abgegolten. Diesem Umstand muss durch eine satzungsmäßige Differenzierung zwischen beiden Beitragsverpflichtungen und eine entsprechende Kalkulation des Herstellungsbeitrages Rechnung getragen werden, wenn und ggf. soweit der Aufwand für den Bau der Kläranlage über Beiträge finanziert werden soll.“

der (missglückten)⁴² Legaldefinition in § 8 Abs. 4 Satz 3 KAG ergibt, beziehen sich Anschlussbeiträge auf leitungsgebundenen Einrichtungen und Anlagen, die der Versorgung oder Abwasserbeseitigung dienen. Das „Anschlussbeitragsrecht“ betrifft also Beiträge für die Herstellung, Verbesserung etc. von solchen Einrichtungen, an welche Häuser oder Grundstücke „angeschlossen“ werden, während das Erschließungs- und Ausbaubeitragsrecht Beiträge für die Herstellung, Verbesserung etc. nichtleitungsgebundener Einrichtungen, also insbesondere der öffentlichen Straßen und Wege, betrifft.

Die Bezeichnung als „Anschlussbeitrag“ führt häufig zu Missverständnissen. Die Empfänger eines solchen Beitragsbescheides gehen oftmals – nachvollziehbar – davon aus, dass sie für die Kosten des Anschlusses selbst herangezogen werden sollen, der nicht selten vor vielen Jahrzehnten erfolgt ist und teilweise auch in Eigenleistung hergestellt wurde. Jedoch ist der Anschluss selbst keine in § 8 Abs. 2 Satz 1 KAG bezeichnete beitragspflichtige Maßnahme. Mit einem Anschlussbeitrag wird also nicht lediglich der Aufwand abgerechnet, der für den Grundstücks- oder Hausanschluss angefallen ist,⁴³ sondern (bei Herstellungsbeiträgen) der Aufwand für die Herstellung der gesamten Einrichtung.

c) Globalkalkulation

Welcher Aufwand nach welchen Methoden berechnet wird, ist in § 8 Abs. 4 KAG im Einzelnen normiert. Bei der vielfach vorzufindenden sogenannten „Globalkalkulation“ wird der gesamte bereits erfolgte Herstellungsaufwand und der für die Zukunft geplante Aufwand bis zur endgültigen Herstellung der Einrichtung angesetzt.⁴⁴ Dabei ist wesentlich, dass nach § 18 KAG der Aufwand für Investitionen in Anlagen der Wasserversorgung oder Abwasserentsorgung, der vor dem 3. Oktober 1990 entstanden ist, nicht beitragsfähig ist. Etwas anderes gilt nur für die Übernahme von Verbindlichkeiten. Über die Herstellungsbeiträge oder Anschlussbeiträge werden also nur Investitionen finanziert, die nach der Wie-

⁴² Die Vorschrift lautet: „Bei leitungsgebundenen Einrichtungen und Anlagen, die der Versorgung oder der Abwasserbeseitigung dienen, kann der durchschnittliche Aufwand für die gesamte Einrichtung oder Anlage veranschlagt und zugrunde gelegt werden (Anschlußbeitrag).“ Der definierende Klammerzusatz könnte dahingehend missverstanden werden, dass Anschlussbeiträge nur im Falle der in der Vorschrift umschriebenen Rechnungsperiodenkalkulation vorliegen.

⁴³ Nach § 10 KAG können die Kommunen u.a. für die Herstellung des Haus- oder Grundstücksanschlusses einen gesonderten Kostenersatz verlangen. Sie können aber auch festlegen, dass diese Anschlüsse Teil der öffentlichen Einrichtung sind. In diesem Fall können diese Baumaßnahmen über die Beiträge mitabgerechnet werden.

⁴⁴ Der Beitragssatz (in Euro pro Maßstabseinheit) ergibt sich aus der Division des umzulegenden Herstellungsaufwands durch die Summe der Maßstabseinheiten.

derevereinigung vorgenommen wurden. Die vielfach geäußerte Sorge, dass zu DDR-Zeiten bereits bezahlte Maßnahmen oder in Eigenleistung erbrachte Baumaßnahmen über die Anschlussbeiträge (nochmals) abgerechnet werden dürfen, ist also unbegründet.

d) Sachliche Beitragspflicht

Mit der sachlichen Beitragspflicht entsteht der abstrakte Beitragsanspruch der Kommune dem Grunde und der Höhe nach. Die sachliche Beitragspflicht ist grundstücksbezogen. Sobald sie entsteht, ruht der Beitrag als öffentliche Last auf dem Grundstück (§ 8 Abs. 10 KAG). Zudem ist die sachliche Beitragspflicht maßgeblich für die Berechnung des Beginns der Festsetzungsverjährung (dazu unter e).

Die sachliche Beitragspflicht entsteht, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den die rechtlichen Grundlagen die Leistungspflicht knüpfen (siehe § 12 Abs. 1 Nr. 2 b KAG i.V.m. § 38 AO). Das KAG selbst regelt keine Abgabepflichten, sondern die Rechtsgrundlagen für die kommunalen Abgabensatzungen. Daher bedarf eine Kommunalabgabe einer wirksamen Abgabensatzung des kommunalen Aufgabenträgers. Ist eine Abgabensatzung nicht erlassen worden oder ist eine Abgabensatzung unwirksam (nichtig), so ist ein Abgabentatbestand demzufolge nicht geregelt und die sachliche Beitragspflicht entsteht nicht.⁴⁵

Da Beiträge Gegenleistungen für den Vorteil der Möglichkeit der Inanspruchnahme einer Einrichtung sind, bedarf es zum Entstehen der sachlichen Beitragspflicht zudem dieser Möglichkeit zur Inanspruchnahme.

Allgemein setzt das Entstehen einer sachlichen Beitragspflicht also stets eine wirksame Beitragssatzung und das Bestehen einer Vorteilslage (die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Einrichtung) voraus.

Für Anschlussbeiträge enthält § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG entsprechende Vorgaben: Für solche Beiträge entsteht die sachliche Beitragspflicht, sobald das Grundstück an die Einrichtung angeschlossen werden kann, frühestens jedoch mit dem Inkrafttreten der rechtswirksamen Satzung; die Satzung kann einen späteren Zeitpunkt bestimmen.

⁴⁵ Siehe OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 12. Dez. 2007, Az. OVG 9 B 44.06, juris, Rn. 55.

Für die Erhebung von Herstellungsbeiträgen für Wasserversorgungs- und Abwasserentsorgungseinrichtungen ist also nicht erforderlich, dass die Gesamteinrichtung nach den Ausbauplänen des kommunalen Aufgabenträgers endgültig fertiggestellt ist. Ausreichend ist die (rechtlich gesicherte) Möglichkeit des Anschlusses an eine betriebsbereite Anlage. Wie oben dargelegt, wird jedoch der gesamte Herstellungsaufwand, also auch ein Aufwand, der erst in künftigen Ausbauphasen realisiert wird, mitabgerechnet.⁴⁶ Für Verbesserungs- und Erneuerungsbeiträge entsteht die sachliche Beitragspflicht gemäß § 8 Abs. 7 Satz 3 KAG demgegenüber erst mit Beendigung der beitragspflichtigen Verbesserungs- oder Erneuerungsmaßnahme.

Der Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht für Herstellungsbeiträge für Wasser- und Abwassereinrichtungen ist vorverlagert.⁴⁷ Dies rechtfertigt sich damit, dass die öffentliche Einrichtung trotz ihrer noch nicht endgültigen Herstellung bereits nutzbar ist und die Herstellung erhebliche Investitionen erfordert, mit deren Finanzierung nicht bis zum Zeitpunkt der endgültigen Herstellung gewartet werden soll. Jedoch hat der Gesetzgeber den Satzungsgeber in § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG ausdrücklich ermächtigt, in diesen Fällen einen späteren Zeitpunkt für das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht in der Satzung zu regeln. Soweit ersichtlich, wurde von dieser Möglichkeit in der Praxis aber kaum Gebrauch gemacht.

e) Persönliche Beitragspflicht

Die persönliche Beitragspflicht entsteht durch Bekanntgabe des Beitragsbescheids gegenüber der beitragspflichtigen Person⁴⁸. Die Bekanntgabe des Beitragsbescheides und damit der Zeitpunkt des Entstehens der persönlichen Beitragspflicht sind maßgeblich für die Berechnung des Beginns der Zahlungsverjährung.

⁴⁶ Damit unterscheiden sich die Herstellungsbeiträge im Bereich der Wasserver- und Abwasserentsorgung von den Erschließungsbeiträgen nach dem BauGB und Straßenausbaubeiträgen nach dem KAG, für die die sachliche Beitragspflicht erst nach Beendigung der Baumaßnahme entsteht (§ 8 Abs. 7 Satz 1 KAG, § 133 Abs. 2 BauGB).

⁴⁷ Vgl. *Becker* (Fn. 35), § 8 Rn. 340 f.

⁴⁸ Beitragspflichtig ist grundsätzlich (zu Ausnahmen siehe Fn. 21) der Grundstückseigentümer. Dabei kann die Satzung festlegen, ob im Falle eines Wechsels des Eigentümers die Person beitragspflichtig ist, die zum Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht oder zum Zeitpunkt der Bekanntgabe des Beitragsbescheides Eigentümerin ist, *Möller*, in: *DrieHaus* (Hrsg.), *Kommunalabgabenrecht*, Loseblatt Stand 2016, § 8 Rn. 2044.

f) Festsetzungsfrist/Festsetzungsverjährung

Die Festsetzungsfrist bezeichnet die Zeitspanne, in der die Beitragsbescheide erlassen werden müssen. Maßgeblich ist nach § 12 Abs. 1 Nr. 4 b KAG i.V.m. § 169 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 AO der Zeitpunkt, zu dem der Bescheid den Bereich der zuständigen Behörde verlassen hat. Nach Ablauf der Festsetzungsfrist tritt die Festsetzungsverjährung ein. Der Beitragsbescheid darf dann nicht mehr erlassen werden (§ 12 Abs. 1 Nr. 4 b KAG i.V.m. § 169 Abs.1 Satz 1 AO) und der Abgabeananspruch erlischt (§ 12 Abs. 1 Nr. 2 b KAG i.V.m. § 47 AO).

Die Festsetzungsfrist beginnt nach § 12 Abs. 1 Nr. 4 b KAG i.V.m § 170 Abs. 1 AO mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem die sachliche Beitragspflicht entstanden ist. Eine wichtige Ausnahme dazu stellt § 12 Abs. 3 KAG dar. Danach beginnt in Fällen, in denen der Beitragspflichtige nicht feststellbar ist, die Festsetzungsfrist erst mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Beitragspflichtige bekannt geworden ist. Nicht feststellbar ist ein Beitragspflichtiger nach § 12 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 KAG unter anderen, wenn bezogen auf das der Beitragspflicht unterliegende Grundstück das Grundbuch „Eigentum des Volkes“ ausweist.

Die Frist beträgt gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 4 b KAG vier Jahre. Eine Ausnahme ist in § 12 Abs. 3a KAG für Anschlussbeiträge geregelt. Hierfür endete die Festsetzungsfrist frühestens mit Ablauf des Jahres 2011, wenn nicht mit Inkrafttreten dieser Neuregelung zum 7. Oktober 2008⁴⁹ schon Festsetzungsverjährung eingetreten war.

Außerdem kann der Ablauf der Frist nach § 12 Abs. 1 Nr. 4 b KAG i.V.m. § 171 AO gehemmt⁵⁰ werden. Ein praktisch besonders bedeutsamer Anwendungsfall für die Hemmung ist § 171 Abs. 3a AO.⁵¹ Wird ein Abgabenbescheid mit einem Widerspruch oder einer Klage angefochten, so läuft die Festsetzungsfrist nicht ab, bevor über den Rechtsbehelf unan-

⁴⁹ Die Änderung trat am Tag nach der Verkündung vom 6. Oktober 2008 in Kraft, Art. 2 des Dritten Gesetzes zur Änderung des Kommunalabgabengesetzes für das Land Brandenburg vom 2. Oktober 2008, GVBl. I, S. 218.

⁵⁰ Hemmung bedeutet, dass der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet wird (vgl. § 209 BGB).

⁵¹ Zur Problematik, dass diese Vorschrift der Abgabenordnung vom KAG zunächst nicht ausdrücklich von der Verweisungsvorschrift des § 12 KAG umfasst wurde, siehe *Gabriel*, Die Hemmung des Ablaufs der abgabenrechtlichen Festsetzungsfrist in Brandenburg in den Jahren 2000 und 2001, LKV 2004, S. 544 ff.

fechtbar entschieden ist. Ist eine Anfechtungsklage gegen den Beitragsbescheid erfolgreich, so ist über den Rechtsbehelf erst dann unanfechtbar entschieden, wenn ein daraufhin neu erlassener⁵² Abgabenbescheid unanfechtbar geworden ist.

Zur Verdeutlichung einige Beispiele:

Die sachliche Beitragspflicht ist für das Grundstück der A am 15. Januar 2000 und für das Grundstück des B am 15. Dezember 2000 entstanden. Am 22. Dezember 2004 wurden die Beitragsbescheide an A und B versandt. Der A ging der Bescheid am 27. Dezember 2004 zu, dem B erst am 2. Januar 2005.

In beiden Fällen begann der Lauf der Festsetzungsfrist mit Ablauf des Jahres 2000, da in diesem Jahr für beide Grundstücke die sachliche Beitragspflicht entstanden ist. Sie endete vier Jahre später, also für beide Grundstücke mit Ablauf des Jahres 2004. Bis zu diesem Zeitpunkt muss der Beitragsbescheid den Bereich der Behörde verlassen haben. Da die Bescheide am 22. Dezember 2004 versandt wurden, wurde in beiden Fällen die Festsetzungsfrist gewahrt.

Die sachliche Beitragspflicht für das Grundstück des A ist am 1. September 2010 entstanden. Am 2. September 2014 erhielt A einen Beitragsbescheid. A erhob Widerspruch und anschließend Anfechtungsklage. Mit rechtskräftigem Urteil des Verwaltungsgerichts Cottbus vom 1. August 2016 wurde der Bescheid aufgehoben, weil er unter einem Formfehler litt. Die Gemeinde erließ daraufhin am 1. September 2016 einen neuen Beitragsbescheid ohne diesen Formfehler. A erhebt erneut nach erfolglosem Widerspruch Anfechtungsklage.

Die Festsetzungsfrist begann hier mit Ablauf des Jahres 2010 und endete daher regulär mit Ablauf des Jahres 2014. Der erste Bescheid wurde also innerhalb der Festsetzungsfrist erlassen. Der zweite Bescheid hingegen wäre eigentlich nach Eintritt der Festsetzungsverjährung ergangen und damit rechtswidrig. Allerdings ist der Fristablauf gem. § 12 Abs. 1 Nr. 4 b i.V.m. § 171 Abs. 3a AO gehemmt, weil über den aufgrund der verwal-

⁵² Eine Frist, innerhalb derer der neue Bescheid zu erlassen ist, sieht § 171 Abs. 3a AO nicht vor. Richtigerweise wird man aber aus Gründen der Belastungsklarheit und –vorhersehbarkeit im Wege einer verfassungskonformen Auslegung davon ausgehen müssen, dass der Bescheid (und ggf. zuvor eine neue wirksame Satzung) alsbald zu erlassen ist; siehe zu dieser Problematik (in Bezug auf die Hemmungsvorschrift in § 171 Abs. 4 AO) BVerfG, Beschl. vom 21. Juli 2016, Az. 1 BvR 3092/15, juris.

tungsgerichtlichen Aufhebung erlassenen neuen Bescheid noch nicht unanfechtbar entschieden worden ist. A kann sich daher nicht auf Festsetzungsverjährung berufen.

Die sachliche Anschlussbeitragspflicht ist für das Grundstück des A am 1. September 2003 und für das Grundstück der B am 1. September 2004 entstanden. Am 31. Dezember 2011 erhalten A und B Beitragsbescheide.

Für das Grundstück des A begann die Festsetzungsfrist mit Ablauf des Jahres 2003 und endete mit Ablauf des Jahres 2007. Die Regelung des § 12 Abs. 3a KAG, wonach für Anschlussbeiträge die Festsetzungsfrist erst Ende 2011 abläuft, gilt für A nicht, weil schon vor Inkrafttreten dieser Sonderregelung am 7. Oktober 2008 für das Grundstück des A Festsetzungsverjährung eingetreten ist. Für das Grundstück der B hingegen hätte die Festsetzungsfrist erst mit Ablauf des Jahres 2008 geendet, daher war am 7. Oktober 2008 noch keine Festsetzungsverjährung eingetreten. Die Festsetzungsfrist endet hier also erst mit Ablauf des Jahres 2011, so dass der Bescheid gegenüber B am 31. Dezember 2011 noch innerhalb der Festsetzungsfrist erlassen worden ist.

Für das Grundstück der A bestand eine Möglichkeit des Anschlusses an die Abwasserbeseitigungsanlage seit 2010. Am 1. September 2016 erlässt die Gemeinde, die ihre Satzung für wirksam hält, einen Beitragsbescheid. Die Beitragssatzung ist jedoch unwirksam.

Die Festsetzungsfrist beginnt mit Ablauf des Jahres, in dem die sachliche Beitragspflicht entstanden ist. Für das Grundstück der A bestand zwar eine Anschlussmöglichkeit. Jedoch setzt eine Beitragspflicht voraus, dass eine gültige Rechtsgrundlage für die Abgabe vorliegt. Ohne Rechtsgrundlage besteht keine Abgabepflicht. Da die Satzung unwirksam war, besteht eine solche Rechtsgrundlage nicht. Die sachliche Beitragspflicht ist also zum 1. September 2016 nicht entstanden. Daher läuft auch noch keine Festsetzungsfrist. Der Bescheid der G an A ist also nicht wegen Festsetzungsverjährung rechtswidrig. Er ist aber rechtswidrig, weil für das Grundstück der A noch keine sachliche Beitragspflicht entstanden ist.

5. Die Altanschießerproblematik

Zum Verständnis der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist die Kenntnis der tatsächlichen und rechtlichen Hintergründe einer besonderen Problematik des Beitragsrechts erforderlich, der sogenannten Altanschießerproblematik. Altangeschlossene Grundstücke sind solche Grundstücke, die bereits vor dem 3. Oktober 1990 an eine be-

triebsfertige technische Anlage angeschlossen waren oder eine entsprechende Anschlussmöglichkeit hatten. Für diese Grundstücke stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang sie ebenso wie Grundstücke, die nach der Wiedervereinigung eine Anschlussmöglichkeit erhalten haben (sogenannte neuangeschlossene Grundstücke), zu Anschluss-/Herstellungsbeiträgen herangezogen werden können.

a) Vorteilslage und Gleichbehandlungsgebot

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, dass Beiträge nur für Investitionen nach der Wiedervereinigung erhoben werden dürfen (§ 18 KAG). Mit den Herstellungsbeiträgen werden insbesondere Investitionen in zentrale Anlagenteile (beispielsweise Kläranlagen), der Ausbau neuer und die Sanierung alter Kanäle⁵³ finanziert. Die Herstellung der Anlage ist erst beendet, wenn nach den Planungen des kommunalen Aufgabenträgers der endgültige Ausbauzustand erreicht ist. Da nach dem Gesamtanlagenprinzip all diese Anlagenteile Bestandteil einer einheitlichen öffentlichen Einrichtung der Wasserversorgung oder Abwasserentsorgung sind, kommen die Investitionen in die endgültige Herstellung der Einrichtung allen Grundstücken, die eine Anschlussmöglichkeit haben, zugute. In der Konsequenz hat das Oberverwaltungsgericht Brandenburg in einem Urteil aus dem Jahr 2003⁵⁴ ausgeführt:

„Anknüpfungspunkt für die Beitragserhebung nach dem KAG sind nicht Anlagen im technischen, sondern öffentliche Einrichtungen und Anlagen im kommunalrechtlichen Sinne. Diese entstanden originär erst, seit die Abwasserentsorgung aufgrund der kommunalverfassungsrechtlichen Vorschriften aus den Händen der VEB WAB wieder auf die Kommunen übergegangen waren. Dementsprechend sind auch die 'altangeschlossenen' Grundstücke durch diese Einrichtungen beitragsrechtlich bevorteilt. Durch die Berechtigung, diese neuen kommunalen öffentlichen Einrichtungen dauerhaft zu nutzen, entstand auch für sie erstmalig eine Vorteilslage im Sinne des § 8 Abs. 6 Satz 1 KAG. Diese rechtfertigte die Beitragserhebung nicht nur, sondern gebot sie sogar vor dem Hintergrund einer gleichmäßigen und gerechten Beteiligung aller durch die Anschlussmöglichkeit zu der öffentlichen Einrichtung bevorteilten Grundstücke, sofern der Einrichtungsträger von dem ihm insoweit

⁵³ Zur Einbeziehung von Sanierungen in den beitragsfähigen Aufwand siehe OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 23. Juli 2013, Az. OVG 9 B 64.11, juris, Rn. 60.

⁵⁴ OVG Land Brandenburg, Urt. vom 3. Dez. 2003, Az. 2 A 733/03, juris, Rn. 26.

durch § 8 Abs. 1 Satz 1 KAG eingeräumten Ermessen, Beiträge zu erheben, Gebrauch machte.“

Wie dargelegt sind die kommunalen Aufgabenträger grundsätzlich nicht verpflichtet, die Investitionen über öffentlich-rechtliche Beiträge zu refinanzieren. Möglich ist auch eine anteilige oder vollständige Gebührenfinanzierung oder die Erhebung privatrechtlicher Entgelte auf vertraglicher Grundlage. Wenn und soweit sich die Aufgabenträger jedoch für eine Beitragsfinanzierung der Investitionen nach dem 3. Oktober 1990 entscheiden, müssen sie für *alle* bevorteilten Grundstücke eine Beitragserhebung vorsehen.

b) Fehlende Veranlagung in der kommunalen Praxis

Tatsächlich jedoch haben viele kommunale Aufgabenträger die altangeschlossenen Grundstücke in ihrem Zuständigkeitsgebiet nicht zu Beiträgen herangezogen.⁵⁵ Teilweise wurden sie in den Satzungsregelungen ausdrücklich ausgenommen,⁵⁶ teilweise wurden diese Grundstücke bei der Beitragskalkulation nicht berücksichtigt oder sie wurden zwar berücksichtigt, aber Beitragsbescheide wurden gleichwohl nicht erlassen.⁵⁷ Eine wesentliche Ursache dürfte gewesen sein, dass die oben ausgeführten Grundlagen des Beitragsrechts, insbesondere die Neubildung der öffentlichen Einrichtungen und die Frage der Dauer der Herstellungsphase für diese Einrichtungen, durch die Rechtsprechung erst nach und nach entwickelt wurden. Die gefundenen Lösungen lagen auch nicht zwingend auf der Hand, da die altangeschlossenen Grundstücke teils seit Jahrzehnten an eine funktionierende Anlage angeschlossen waren und eine Zahlung für eine „Herstellung“ oder, wie der Begriff „Anschlussbeitrag“ suggeriert, für einen „Anschluss“ nach dem alltäglichen Gebrauch dieser Begriffe nicht nahelag. Zudem ist der Bundesgesetzgeber im Bereich des Erschließungsbeitragsrechts einen anderen Weg gegangen, indem er Erschließungsbeiträge (also Beiträge insb. für die erstmalige Herstellung der Erschließungsanlagen) für Anlieger von bereits zu DDR-Zeiten fertig hergestellten Straßen ausgeschlossen hat.⁵⁸ Die Finanzierung von Straßenausbaumaßnahmen erfolgt in diesen Fällen also nicht über Herstellungsbeiträge, sondern über Verbesserungs- oder Erneuerungsbeiträge nach den

⁵⁵ Bis zum Jahr 2008 wurden Beiträge in Höhe ca. 25 Mio. Euro von altangeschlossenen Grundstücken erhoben, siehe das in Fn. 32 zitierte Gutachten, S. 26 f.

⁵⁶ Siehe hierzu den Sachverhalt bei VG Cottbus, Urt. vom 23. Juni 2016, Az. 6 K 435/12, juris.

⁵⁷ Siehe dazu das in Fn. 32 zitierte Gutachten, S. 34 ff.

⁵⁸ Siehe Fn. 40.

Kommunalabgabengesetzen der Länder. Auch das Ministerium des Innern und die unteren Kommunalaufsichtsbehörden sind bei ihrer Rechtsberatung anfänglich nicht von einer Pflicht zur gleichmäßigen Beitragserhebung für neuangeschlossene und altangeschlossene Grundstücke ausgegangen.⁵⁹

Hingegen wurden für neuangeschlossene Grundstücke von den Aufgabenträgern, die eine (anteilige) Beitragsfinanzierung der Investitionen vorsahen, in der Regel flächendeckend und innerhalb der 4-jährigen Festsetzungsfrist Anschlussbeiträge erhoben.⁶⁰ Hier ist der Vorteil der Schaffung der Anschlussmöglichkeit oder des Anschlusses sowohl für die kommunalen Aufgabenträger als auch für die Eigentümer des Grundstücks evident, so dass im Bereich der Heranziehung der Neuanschießer jedenfalls bezüglich des „Ob“ der Heranziehung zu Beiträgen vergleichbare Probleme nicht auftraten.

c) Ablauf der Festsetzungsfrist?

Als die kommunalen Aufgabenträger, die sich für Herstellungsbeiträge entschieden haben, erkannten, dass sie auch die altangeschlossenen Grundstücke zu Herstellungsbeiträgen heranziehen müssen, stellte sich die Frage, ob dies noch zulässig ist. Wie oben dargelegt, beträgt die Festsetzungsfrist grundsätzlich nur vier volle Jahre ab Entstehen der sachlichen Beitragspflicht. Die Vorteilslage einer rechtlich gesicherten Anschlussmöglichkeit ist für die altangeschlossenen Grundstücke aber spätestens mit Inkrafttreten des Grundgesetzes am 3. Oktober 1990 eingetreten. Eine deutlich spätere Heranziehung, beispielsweise Ende der 90er Jahre, könnte demzufolge wegen Festsetzungsverjährung nicht mehr zulässig gewesen sein.

aa) Unwirksame Beitragssatzungen

Hier kommt jedoch die eingangs (B.I.1.) erwähnte Problematik der unwirksamen Abgabensatzungen ins Spiel. Denn das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht setzt, wie erörtert, nicht nur voraus, dass eine Vorteilslage vorhanden ist, für die der Beitrag die Gegenleistung darstellt, sondern auch, dass eine wirksame Beitragssatzung erlassen wurde. Ohne wirksame Beitragssatzung entsteht die sachliche Beitragspflicht nicht. Eine niemals entstandene Beitragspflicht unterliegt auch nicht der Festsetzungsverjährung. Eine unun-

⁵⁹ Vgl. *Schmidt-Wottrich*, Alte Anlagen – Neue Probleme?, LKV 2008, S. 355.

⁶⁰ Bis 2008 wurden von neuangeschlossenen Grundstücken Beiträge in Höhe von fast 1,2 Mrd. Euro erhoben, siehe das in Fn. 32 zitierte Gutachten, S. 26 f.

terbrochene Reihe unwirksamer Beitragssatzungen führt also dazu, dass die vierjährige Festsetzungsfrist nicht zu laufen beginnt und keine Festsetzungsverjährung eintreten kann. Altangeschlossene Grundstück hätten demnach also noch lange Zeit nach Eintritt der Vorteilslage zu Beiträgen herangezogen werden können.

bb) Das Urteil des OVG Brandenburg von Juni 2000: Pflicht zur Rückbewirkung der ersten wirksamen Beitragssatzung

An diesem Punkt setzt die Entscheidung des OVG Brandenburg vom 8. Juni 2000⁶¹ an. Vor dem Hintergrund einer theoretisch niemals beginnenden Festsetzungsfrist bei unwirksamen Satzungen und nach eingehender Analyse der Bestimmungen des KAG hat das Oberverwaltungsgericht die Regelung über den Beginn der sachlichen Beitragspflicht in § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG in der zu dieser Zeit geltenden Fassung⁶² einschränkend ausgelegt. Danach bleibt es zwar dabei, dass das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht neben dem Eintritt der Vorteilslage (also der Möglichkeit des Anschlusses an die Einrichtung) eine wirksame Satzung voraussetzt.⁶³ Allerdings hat die erste unwirksame Satzung nach dieser Gerichtsentscheidung gleichwohl eine wesentliche Funktion. Denn sie legt den Zeitpunkt fest, zu dem eine spätere wirksame Satzung – gegebenenfalls rückwirkend – in Kraft zu setzen ist.⁶⁴ Maßgeblich ist der Zeitpunkt, zu dem der Aufgabenträger die erste Satzung in Kraft setzen wollte.⁶⁵ Auch hier zur Verdeutlichung ein Beispiel:

Das Grundstück des A ist seit 1962 an eine betriebsbereite Abwasseranlage angeschlossen. Die Gemeindevertretung der Gemeinde G, in deren Gebiet das Grundstück liegt, hat am 20. Dezember 1993 erstmals eine Abwasserbeitragssatzung beschlossen. Die Satzung wurde am 22. Dezember 1993 öffentlich bekannt gemacht. § 15 der Satzung sah ein

⁶¹ Az. 2 D 29/98.NE, juris.

⁶² Die Vorschrift lautete: „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 In-Kraft-Treten der Satzung; die Satzung kann einen späteren Zeitpunkt bestimmen“.

⁶³ Die Formulierungen waren allerdings missverständlich, vgl. dazu BVerfG, Beschl. vom 12. Nov. 2015, Az. 1 BvR 2961/14 und 1 BvR 3051/14, juris, Rn. 61; klarstellend OVG Berlin-Brandenburg, Ur. vom 12. Dez. 2007, Az. OVG 9 B 44.06, juris, Rn. 55.

⁶⁴ Das OVG Brandenburg hat sich hierbei an eine Entscheidung des OVG NRW aus dem Jahr 1999 zur gleichlautenden Vorschrift im nordrhein-westfälischen KAG angelehnt. Allerdings hatte das OVG NRW bis zum Jahr 1999 diese Vorschrift nicht einengend ausgelegt. Mit dem Urteil von Mai 1999 wurde diese abweichende frühere Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben, siehe OVG NRW, Ur. vom 18. Mai 1999, Az. 15 A 2880/96, juris, Rn. 39 ff.

⁶⁵ Wurde in der ersten (unwirksamen) Satzung von der Möglichkeit nach § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG Gebrauch gemacht, einen späteren Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht zu bestimmen, so ist dieser spätere Zeitpunkt für die Rückbewirkung einer wirksamen Satzung maßgeblich.

Inkrafttreten zum 1. März 1994 vor. Die Satzung war jedoch nichtig, weil der Beitragssatz fehlerhaft berechnet wurde. Eine weitere Satzung aus dem Jahr 1996 stellte sich 1998 ebenfalls als nichtig heraus. Im Jahr 1999 möchte die Gemeinde eine neue, nunmehr wirksame Satzung erlassen.

Die Gemeinde musste bei der neuen Satzung nach der Rechtsprechung des OVG Brandenburg beachten, dass diese Satzung rückwirkend auf den von der ersten unwirksamen Satzung fixierten Zeitpunkt in Kraft zu setzen ist. Maßgeblich ist der Zeitpunkt, in dem die erste Satzung in Kraft treten sollte. Hier musste die neue Satzung aus dem Jahr 1999 also rückwirkend zum 1. März 1994 in Kraft gesetzt werden.

Für die sachliche Beitragspflicht altangeschlossener Grundstücke bedeutet dies, dass die Beitragspflicht zwar bis zum Zeitpunkt des Erlasses der wirksamen Satzung nicht entstanden ist, aber mit Erlass dieser wirksamen Satzung rückwirkend zum Zeitpunkt, den die erste unwirksame Satzung festgesetzt hat, zum Entstehen gebracht werden muss.

Daraus folgt für die Festsetzungsverjährung, die an die sachliche Beitragspflicht geknüpft ist, dass die Festsetzungsfrist zwar mangels wirksamer Satzung nicht zu laufen beginnt. Wird aber eine wirksame Satzung erlassen und misst diese sich die nach der OVG-Entscheidung gebotene Rückwirkung auf den von der ersten unwirksamen Satzung fixierten Zeitpunkt zu, so berechnet sich die Festsetzungsfrist auch nach diesem vergangenen Zeitpunkt. Eine Beitragsfestsetzung auf der Grundlage der neuen wirksamen rückwirkenden Satzung ist daher wegen Festsetzungsverjährung nicht mehr möglich, wenn seit dem ersten Satzungsversuch vier volle Jahre verstrichen sind.

Für das oben genannte Beispiel bedeutet dies Folgendes:

Für das Grundstück des A ist im Jahr 1999 zunächst keine Festsetzungsverjährung eingetreten. Denn mangels wirksamer Satzungen bis zu diesem Jahr konnte eine sachliche Beitragspflicht noch nicht entstehen und demzufolge konnte auch keine Festsetzungsfrist laufen. Die erste wirksame Satzung aus dem Jahr 1999 musste aber rückwirkend zum 1. März 1994 in Kraft gesetzt werden. Damit lag rückwirkend zum 1. März 1994 eine wirksame Satzung vor. Da für das Grundstück des A, das seit 1962 an eine technische Anlage angeschlossen war, spätestens zum 3. Oktober 1990 eine beitragsrelevante Vorteilslage vorlag, ist die sachliche Beitragspflicht also durch den rückwirkenden Erlass der wirksamen Satzung im Jahr 1999 nachträglich zum 1. März 1994 entstanden. Damit begann die

vierjährige Festsetzungsfrist mit Ablauf des Jahres 1994 und sie endete mit Ablauf des Jahres 1998. Im Jahr 1999 ist damit nachträglich Festsetzungsverjährung im Hinblick auf das Grundstück des A eingetreten. Der A durfte daher zu einem Beitrag nicht mehr herangezogen werden.

Hat die Gemeinde im Jahr 1999 noch keine wirksame Satzung erlassen und hätte sie im Januar 1999 gefragt, ob sie den A noch rechtmäßig zu einem Beitrag heranziehen kann, so wäre ihr zu antworten gewesen: A kann sich nicht auf Festsetzungsverjährung berufen, denn eine Beitragspflicht ist mangels wirksamer Satzung noch nicht entstanden. Aber ohne wirksame Satzung darf ein Beitragsbescheid auch nicht erlassen werden. Also muss die G zunächst eine wirksame Satzung erlassen. Diese Satzung muss aber rückwirkend zum 1. März 1994 in Kraft gesetzt werden. Sobald die wirksame Satzung in Kraft gesetzt ist, entsteht die Beitragspflicht. Dann aber läuft auch die Festsetzungsfrist. Sie endet mit Ablauf des Jahres 1998 und im Januar 1999 wäre Festsetzungsverjährung eingetreten. Wegen dieser „hypothetischen“ Festsetzungsverjährung hätte die G den A nicht mehr in rechtmäßiger Weise zu einem Beitrag heranziehen können.

Da in der Praxis die meisten Aufgabenträger innerhalb der ersten vier vollen Jahre nach Inkrafttreten der ersten unwirksamen Satzung keine Beiträge von altangeschlossenen Grundstücken erhoben haben und auch von der in § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG vorgesehenen Möglichkeit, in der ersten Satzung einen späteren Zeiten für das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht festzulegen, nicht Gebrauch gemacht haben, ist für sehr viele altangeschlossene Grundstücke diese „hypothetische“ Festsetzungsverjährung eingetreten. „Hypothetisch“ ist die Festsetzungsverjährung deshalb, weil mangels wirksamer Satzungen keine sachliche Beitragspflicht entstanden ist und somit die Festsetzungsverjährung noch nicht eintreten konnte. Erst mit Erlass einer wirksamen Satzung, die sich Rückwirkung beimessen lassen muss, würde die sachliche Beitragspflicht rückwirkend entstehen und eine „juristische Sekunde“ später würde Festsetzungsverjährung eintreten, wenn ein Beitragsbescheid nicht innerhalb von vier vollen Jahren erlassen worden ist oder noch erlassen werden könnte. Die Aufgabenträger konnten altangeschlossenen Grundstücke daher in diesen Fällen zu Beiträgen nicht mehr heranziehen.

cc) Änderung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG zum 1. Februar 2004

Mit Wirkung zum 1. Februar 2004 hat der Landesgesetzgeber die Regelung über die sachliche Beitragspflicht in § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG um das Wort „rechtswirksamen“ ergänzt.⁶⁶ Die Änderung sieht vor, dass die sachliche Beitragspflicht nunmehr frühestens mit dem Inkrafttreten der „rechtswirksamen“ Satzung entsteht. In der Gesetzesbegründung der Landesregierung wurde dazu ausgeführt:

„§ 8 Abs. 7 Satz 2 in der bisherigen Fassung bestimmt, dass die sachliche Beitragspflicht im Falle der Erhebung eines Anschlussbeitrages entsteht, 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. Der Gesetzgeber hat beim Erlass dieser Vorschrift unterstellt, dass es sich um eine rechtswirksame Satzung handeln muss, um die sachliche Beitragspflicht entstehen zu lassen. Die Vorschrift wurde durch die Rechtsprechung im Land Brandenburg jedoch dahingehend ausgelegt, dass es auf eine rechtswirksame Satzung nicht ankomme, sondern für die Entstehung der Beitragspflicht eine Satzung auch dann genüge, wenn sie nach ihrem Inkrafttreten der Nichtigkeit anheim fällt. Dies hat in der Vergangenheit zu großen Beitragsausfällen bei den Aufgabenträgern geführt, da Ansprüche nicht mehr innerhalb der Festsetzungsverjährungsfrist geltend gemacht werden konnten. Um künftige Beitragsausfälle bei den Gemeinden und anderen Aufgabenträgern zu vermeiden, wird mit der Gesetzesänderung eine Klarstellung vorgenommen, indem die Voraussetzung einer rechtswirksamen Satzung ausdrücklich festgeschrieben wird.“

Auf den ersten Blick scheint diese Änderung wenig spektakulär, regelt sie doch etwas ohnehin Selbstverständliches, nämlich dass im Kommunalabgabenrecht das Entstehen einer Abgabepflicht eine wirksame kommunale Abgabensatzung voraussetzt. Daher geht die Gesetzesbegründung wohl auch von einer bloßen „Klarstellung“ aus. Dem liegt aber augenscheinlich ein Fehlverständnis der Entscheidung des OVG Brandenburg aus dem Jahr 2000 zugrunde. Das Gericht hat nicht das Erfordernis einer wirksamen Satzung für das Entstehen der Beitragspflicht in Abrede gestellt. Es hat vielmehr, wie oben gezeigt, lediglich entschieden, dass die erste unwirksame Satzung den Zeitpunkt fixiert, zu dem die (zwingend erforderliche) spätere wirksame Satzung rückwirkend in Kraft gesetzt werden

⁶⁶ Durch Art. 5 des Zweiten Gesetzes zur Entlastung der Kommunen von pflichtigen Aufgaben vom 7. Dez. 2003, GVBl I, S. 294.

muss. Vor diesem Hintergrund hatte die Änderung eine weitergehende Folge: Mit der Neuregelung entfiel die Möglichkeit, § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG einengend in der Weise auszulegen, wie es das OVG Brandenburg bis dahin angenommen hat. Jedenfalls für zukünftige Fallgestaltungen entfiel damit die Pflicht, eine wirksame Beitragssatzung rückwirkend in Kraft zu setzen.

dd) Rechtsprechung zum zeitlichen Geltungsbereich des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F.

Durch die Gesetzesänderung stellte sich die Frage, ob die Neuregelung auch für Grundstücke gilt, die schon vor Inkrafttreten am 1. Februar 2004 eine Anschlussmöglichkeit hatten, also insbesondere für altangeschlossene Grundstücke. Das Gesetz selbst enthält hierzu keine ausdrückliche Regelung. Demzufolge oblag es den Gerichten, darüber zu befinden, ob auch für diese Grundstücke die Pflicht zur rückwirkenden Inkraftsetzung der ersten wirksamen Satzung gemäß § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG neuer Fassung (n.F.) entfällt oder ob für diese Grundstücke die bis zum 1. Februar 2004 bestehende Rechtslage nach § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG alter Fassung (a.F.) fortgilt.

(1) Brandenburger Verwaltungsgerichte

Soweit ersichtlich, befassten sich erstmalig das Verwaltungsgericht Frankfurt (Oder) und im Berufungsverfahren das OVG Berlin-Brandenburg in seinem Urteil vom 12. Dezember 2007⁶⁷ eingehend mit dieser Fragestellung. Dem lag folgender (hier vereinfacht dargestellter) Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin ist Eigentümerin eines Grundstücks, das bereits vor 1990 an die zentrale Abwasserentsorgung angeschlossen war. Im August 2004 erließ der beklagte Zweckverband einen Abgabenbescheid, mit dem die Klägerin zu einem Herstellungsbeitrag für die Abwasserentsorgung herangezogen wurde. Der beklagte Zweckverband beschloss am 17. Mai 1993 erstmals eine Beitragssatzung, die am 1. Oktober 1993 in Kraft treten sollte. In den folgenden Jahren wurden weitere Beitragssatzungen erlassen. Sämtliche Satzungen waren unwirksam. Ende 2004 wurde dann eine wirksame Satzung erlassen, die rückwirkend zum 1. April 2004 in Kraft trat.

⁶⁷ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 12. Dez. 2007, Az. OVG 9 B 44.06, juris; siehe auch die auf einem ähnlichen Sachverhalt beruhende Parallelentscheidung zu dem Az. OVG 9 B 45.06.

Das VG Frankfurt (Oder)⁶⁸ gab der Anfechtungsklage statt und hob den Bescheid auf. Zur Begründung hat es im Wesentlichen Folgendes⁶⁹ ausgeführt: Zwar stehe der Beitragsfestsetzung keine Festsetzungsverjährung entgegen, weil die sachliche Beitragspflicht für das Grundstück der Klägerin in Ermangelung einer früheren gültigen Satzung jedenfalls nicht vor dem Inkrafttreten Satzung aus dem Jahr 2004 entstanden sei. Gleichwohl sei eine Heranziehung der Klägerin zu einem Herstellungsbeitrag für ihr altangeschlossenes Grundstück aus Gründen des Vertrauensschutzes endgültig ausgeschlossen. Bis zum 31. Januar 2004 habe nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Brandenburg zu § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. eine weitere zeitliche Grenze für die Erhebung von Anschlussbeiträgen gegolten, weil eine wirksame Satzung, die die Beitragspflicht begründen sollte, sich Rückwirkung bis zu dem durch den ersten Satzungsgebungsversuch fixierten Zeitpunkt beilegen musste, um Grundlage der Beitragserhebung sein zu können. Hätte sie das getan, so wäre mit dem (rückwirkenden) Inkrafttreten der Satzung die Frist zur Beitragsfestsetzung in Gang gesetzt worden und in einer „juristischen Sekunde“ abgelaufen. Dies bedeute für alle Grundstücke, die bereits im Zeitpunkt des „Inkrafttretens“ der ersten – unwirksamen – Satzung anschließbar oder angeschlossen gewesen seien, dass sie nur dann rechtmäßig hätten veranlagt werden können, wenn innerhalb von vier Jahren nach dem Ende des Jahres dieses ersten Satzungserlasses ein Beitragsbescheid ergangen sei. Danach sei eine Heranziehung der Klägerin nach dem bis zum 31. Januar 2004 geltenden Recht nicht mehr möglich gewesen; sie sei auch nach § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. bei gebotener verfassungskonformer Auslegung ausgeschlossen. Es spreche schon einiges dafür, dass der zu regelnde Sachverhalt mit dem endgültigen Ausschluss der Inanspruchnahme nach der alten Rechtslage abgeschlossen gewesen sei und eine Wiedereröffnung der Veranlagungsmöglichkeit durch Anwendung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. deshalb als (generell unzulässige) echte Rückwirkung zu beurteilen sein könnte. Selbst wenn man davon ausgehe, dass lediglich ein Fall der tatbestandlichen Rückanknüpfung oder unechten Rückwirkung vorliege, stünden Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes der Heranziehung der Klägerin entgegen. Diese hätte nach alter Rechtslage nicht mehr mit der Heranziehung zu einer Beitragszahlung rechnen müssen, sie also auch nicht bei ihren Dispositionen berücksichtigen müssen.

⁶⁸ VG Frankfurt (Oder), Urt. vom 28. Aug. 2006, Az. 5 K 2024/04 und Az. 5 K 439/05, juris, dort auch Hinweise auf Vorüberlegungen des OVG in Rn. 38 ff.

⁶⁹ Siehe die Wiedergabe der wesentlichen Gründe in OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 12. Dez. 2007, Az. OVG 9 B 44.06, juris, Rn. 37.

Das OVG Berlin-Brandenburg hingegen gab der Berufung statt und wies die Klage gegen den Beitragsbescheid ab. Es führte dazu im Wesentlichen aus:

§ 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. sei anwendbar, obwohl das Grundstück der Klägerin schon vor Inkrafttreten der Neufassung am 1. Februar 2004 an die öffentliche Abwasserentsorgung angeschlossen war. Denn auch ohne ausdrückliche Rückwirkungsanordnung finde § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. vorliegend Anwendung, weil die Vorschrift zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Satzung mit Wirkung zum 1. April 2004 und zum Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Bescheides bereits galt. Eine einschränkende Interpretation sei insbesondere nicht durch Verfassungsrecht geboten.

Zwar sei eine Veranlagung des Grundstücks der Klägerin zu einem Herstellungsbeitrag gemäß § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. nicht mehr möglich gewesen. Es unterliege jedoch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unter dem Gesichtspunkt des Rückwirkungsverbots, wenn nunmehr die Möglichkeit der Heranziehung durch die Neufassung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG, die für das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht auf das Inkrafttreten der ersten rechtswirksamen Satzung abstellt, (neu) eröffnet werde. Die Anwendung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. auf den vorliegenden Sachverhalt stelle keine echte Rückwirkung dar. Es liege kein rückwirkender Eingriff in einen abgeschlossenen Sachverhalt vor, weil § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. Wirkung nur für Fallkonstellationen entfalte, in denen vor Inkrafttreten der Neuregelung keine rechtswirksame Beitragssatzung erlassen worden war. Ohne rechtswirksame Satzung könne keine sachliche Beitragspflicht entstehen und daher auch keine Festsetzungsverjährung eintreten. Die Klägerin habe lediglich die Erwartung hegen können, dass es dem Beklagten bei unveränderter Gesetzeslage nicht mehr möglich sein werde, in Anknüpfung an die bestehende Vorteilslage die sachliche Beitragspflicht für sein Grundstück zu begründen und die Beitragsforderung durch Bescheid geltend zu machen. Es gebe aber keine schutzwürdige Rechtsposition des Inhalts, dass es bei einer Rechtslage, nach der Abgaben nicht erhoben werden (können), verbleibt.

Daher sei allenfalls eine unechte Rückwirkung gegeben. Diese sei nur unzulässig, wenn das Gesetz einen entwertenden Eingriff vornimmt, mit dem der Betroffene nicht zu rechnen brauchte, den er also bei seinen Dispositionen nicht berücksichtigen konnte, und wenn das Vertrauen des Betroffenen schutzwürdiger ist als die mit dem Gesetz verfolgten Anliegen. Diese Voraussetzungen seien nicht gegeben. Denn mit einer Gesetzesänderung

habe die Klägerin rechnen müssen, so dass ein überwiegendes schutzwürdiges Vertrauen in die Beibehaltung der früheren Rechtslage zu verneinen sei. Für den Bereich des Abgabenrechts gelte, dass die bloße Erwartung, das geltende Recht werde unverändert fortbestehen, grundsätzlich nicht geschützt werde. Es müssten auf Seiten der Klägerin gewichtige Interessen angeführt werden, die dem öffentlichen Interesse, Beitragsausfälle zu vermeiden, vorgehen würden. Daran fehle es. Nach dem dem Kommunalabgabengesetz zu Grunde liegenden Konzept der Gesamtfinanzierung durch spezielle Entgelte sollen kommunale öffentliche Einrichtungen, die überwiegend dem Vorteil einzelner Personen oder Personengruppen dienen, nicht aus dem allgemeinen Haushalt, sondern durch den bevorteilten Personenkreis finanziert werden. Daher könne derjenige, dem ein solcher wirtschaftlicher Vorteil geboten wird, grundsätzlich kein schutzwürdiges Vertrauen darauf entwickeln, diese öffentliche Leistung auf Dauer ohne Gegenleistung zu bekommen. Zudem sei ein Vertrauen der Klägerin auf das Fortbestehen der früheren Rechtslage auch nach den Besonderheiten der rechtlichen Entwicklung auf dem Gebiet des Anschlussbeitragsrechts im Land Brandenburg nicht in besonderem Maße schutzwürdig. Aufgrund der Rechtsprechung aus dem Jahr 2000 zu § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. sei mit einer Regelung durch den Gesetzgeber zu rechnen gewesen, um eine Klärung zwischen früherem Verständnis der Vorschrift und ihrer Auslegung durch das Oberverwaltungsgericht herbeizuführen. Zudem sei in Brandenburg lange Zeit ungeklärt gewesen, ob altangeschlossene Grundstücke überhaupt zu Herstellungsbeiträgen nach dem KAG herangezogen werden konnten.

Die Verwaltungsgerichte Cottbus,⁷⁰ Frankfurt (Oder)⁷¹ und Potsdam⁷² übernahmen diese Rechtsprechung.

(2) *Bundesverwaltungsgericht*

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Entscheidungen der Brandenburger Verwaltungsgerichte mehrfach bestätigt. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts gehe die Kritik an der Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg fehl. Denn es lasse keine unrichtige Anwendung bundes(verfassungs)rechtlicher Maßstäbe erkennen, wenn das Oberver-

⁷⁰ Urt. vom 13. Sep. 2012, Az. VG 6 K 306/12, juris, Rn. 90 ff.

⁷¹ Beschl. vom 27. Juni 2012, Az. 5 L 31/12, juris, Rn. 9.

⁷² Beschl. vom 6. März 2012, Az. 8 L 816/11, juris, Rn. 24 f.

waltungsgericht eine echte Rückwirkung im Hinblick darauf verneint habe, dass eine Beitragspflicht vor der Neuregelung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG nicht rechtswirksam entstanden war und der Gesetzgeber lediglich für die Zukunft neue abgabenrechtliche Folgerungen an eine andauernde Vorteilslage geknüpft und mithin keinen abgeschlossenen Tatbestand geregelt habe. Dasselbe gelte, soweit das Oberverwaltungsgericht aufgrund seiner tatsächlichen Feststellungen zum Ergebnis gekommen ist, ein schutzwürdiges Vertrauen des Klägers auf die Beibehaltung der für ihn günstigen Rechtslage bestehe nicht.⁷³

(3) *Landesverfassungsgericht*

Im Jahre 2012 schließlich hatte sich auch das Verfassungsgericht des Landes Brandenburg mit dieser Rechtsfrage auseinanderzusetzen.⁷⁴ Das Landesverfassungsgericht gelangte – einstimmig – zu der Überzeugung, dass die Heranziehung mit der Landesverfassung vereinbar ist. Zwar entfalte die Anwendung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. auf altangeschlossene Grundstücke Rückwirkung, auch wenn der Gesetzgeber lediglich von einer Klarstellung ausgegangen sei. Allerdings handele es sich nicht um eine echte, sondern um eine unechte Rückwirkung. Denn es fehle an einem abgeschlossenen Sachverhalt. Es seien durch die Gesetzesänderungen keine verjährten Forderungen „wiederbelebt“ worden. Vielmehr könne eine Beitragspflicht noch nicht entstanden sein, solange keine wirksame Satzung vorliege.

Allerdings liege eine unechte Rückwirkung vor. Denn die Neufassung des KAG habe den möglichen Zeitpunkt, zu dem die sachliche Beitragspflicht zum Entstehen gebracht werden muss, neu festgelegt. Eine solche unechte Rückwirkung sei landesverfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig. Erst wenn kein angemessener Ausgleich zwischen dem Vertrauen auf den Fortbestand der bisherigen Rechtslage und der Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens für die Allgemeinheit erfolge, sei die unechte Rückwirkung verfassungswidrig. Das Verfassungsgericht verkenne nicht, dass es aus Sicht eines Betroffenen zunächst nur einen geringfügigen Unterschied machen mag, ob die Festsetzungsverjährung schon eingetreten ist oder er davon ausgehen kann, dass sofort Verjährung eintreten würde, wenn der Versorgungsträger zukünftig eine rechtswirksame Satzung erlasse. In rechtli-

⁷³ BVerwG, Beschl. vom 14. Juli 2008, Az. 9 B 22/08, juris, Rn. 7; im Ergebnis ebenso BVerwG, Beschl. vom 24. Sep. 2009, Az. 9 BN 1/09, juris.; siehe auch BVerwG, Beschl. vom 11. Sep. 2014, Az. 9 B 21/14, juris: Zurückweisung der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des OVG Berlin-Brandenburg, das der BVerfG-Entscheidung zugrunde lag.

⁷⁴ BbgVerfG, Beschl. vom 21. Sep. 2012, Az. 46/11, juris

cher Hinsicht würden sich diese Fallgestaltungen aber ganz erheblich unterscheiden. Während die Verjährung eine gesetzlich angeordnete Rechtsfolge darstelle, in die der Gesetzgeber rückwirkend allenfalls unter sehr engen Voraussetzungen eingreifen darf, sei die Rechtsposition des Beschwerdeführers weit weniger geschützt. Er habe lediglich erwarten können, dass seine Inanspruchnahme bei gleichbleibender Gesetzeslage und unveränderter Rechtsprechung nicht möglich sein werde. Eine besondere Schutzwürdigkeit seines Vertrauens habe dies nicht rechtfertigen können, weil die Rechtsprechung des OVG aus dem Jahr 2000 nur dreieinhalb Jahre Bestand gehabt habe, Obergerichtspräsidenten anderer Länder zu wortgleichen Vorschriften eine andere Auffassung vertreten hätten und bereits relativ kurze Zeit nach dem OVG-Urteil aus dem Jahr 2000 eine Änderung des KAG erwogen worden sei. Außerdem begründe das Anschlussbeitragsrecht eine verminderte Schutzwürdigkeit, da den betroffenen Grundstückseigentümern durch die Anschlussmöglichkeit ein Dauervorteil zukomme. Nach der Konzeption des KAG seien die Kosten hierfür nicht der Allgemeinheit aufzubürden.

ee) Reaktion des Landesgesetzgebers auf die Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg von Dezember 2007

Der Landesgesetzgeber hat die Entscheidung des OVG aus dem Jahr 2007 zum Anlass genommen, zunächst in § 12 Abs. 3a KAG die Festsetzungsfrist für die Erhebung von Anschlussbeiträgen im Bereich der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung bis zum 31. Dezember 2011 (soweit nicht vor dieser Gesetzesänderung bereits Festsetzungsverjährung eingetreten ist) zu verlängern.⁷⁵ Ziel dieser Regelung war es, die für die Sachaufklärung und die Prüfung von Lösungsvarianten erforderliche Zeit zu gewinnen, ohne dass dies mit negativen Konsequenzen für die Aufgabenträger einhergeht.⁷⁶

Sodann hat der Gesetzgeber im Jahr 2009 mit der Neuregelung des § 8 Absatz 4a KAG den kommunalen Aufgabenträgern die Möglichkeit eröffnet, in Anlehnung an die Rechtslage in Sachsen-Anhalt für altangeschlossene Grundstücke einen geringeren Herstellungsbeitrag zu erheben als für neuangeschlossenen Grundstücke.⁷⁷ Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollten die Aufgabenträger weiterhin die Möglichkeit haben, auf Basis

⁷⁵ Drittes Gesetz zur Änderung des Kommunalabgabengesetzes für das Land Brandenburg vom 2. Oktober 2008, GVBl. I, S. 218.

⁷⁶ Gesetzentwurf der Landesregierung, LT- Drs. 4/6422, S. 3.

⁷⁷ Viertes Gesetz zur Änderung des Kommunalabgabengesetzes für das Land Brandenburg vom 27. Mai 2009, GVBl. I, S. 160.

der bestehenden Rechtslage Herstellungsbeiträge zu erheben. Zugleich sollten aber wegen der Vielgestaltigkeit der Situation bei den verschiedenen Aufgabenträgern die Handlungsoptionen erweitert werden, um sachgerechte Lösungen unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse zu ermöglichen.⁷⁸

Ergänzend wurden Regelungen über Billigkeitsmaßnahmen (Stundung, Erlass) ins KAG aufgenommen (§ 12c). Zudem wurde in § 18 KAG klargestellt, dass Aufwand, der vor dem 3. Oktober 1990 entstanden ist, nicht beitragsfähig ist (soweit nicht Verbindlichkeiten übernommen wurden).

ff) Kommunale Praxis nach der Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg von Dezember 2007

Die kommunalen Aufgabenträger sahen sich nach der Entscheidung des OVG aus dem Jahr 2007 (erneut) mit der Frage der Heranziehung der altangeschlossenen Grundstücke konfrontiert. Da die meisten Aufgabenträger zu diesem Zeitpunkt noch nicht über wirksame Satzungen verfügten und demzufolge für die altangeschlossenen Grundstücke die sachliche Beitragspflicht noch nicht entstanden war und daher die Festsetzungsfrist noch nicht begonnen hatte, konnten die meisten Aufgabenträger⁷⁹ auf Grundlage der Neuregelung in § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG in der Auslegung des OVG die altangeschlossenen Grundstücke nunmehr in (aus damaliger Sicht) rechtmäßiger Weise heranziehen, indem sie die erste wirksame Satzung nicht rückwirkend in Kraft setzten, sondern als Zeitpunkt des Inkrafttretens beispielsweise den Tag nach der öffentlichen Bekanntgabe der Satzung festlegten.

Da der Gleichbehandlungsgrundsatz die gleichmäßige Heranziehung der Grundstücke für die Investitionen nach dem 3. Oktober 1990 gebot, haben zahlreiche Aufgabenträger auf Grundlage der (bisherigen) Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte und des Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg Beitragsbescheide erlassen. Einige Aufgabenträger haben zur Abmilderung der Beitragsbelastung den Deckungsgrad gesenkt oder auf eine reine Gebührenerhebung umgestellt. Einige wenige Aufgabenträger haben von der

⁷⁸ Gesetzentwurf der Fraktionen der SPD und der CDU, LT-Drs. 4/7225, S. 9.

⁷⁹ Soweit sie ein „Altanschließerproblem“ hatten, siehe zum Begriff und zur Dimension der Problematik das in Fn. 32 zitierte Gutachten, S. 17 ff.

Möglichkeit eines geringeren Beitrages für altangeschlossene Grundstücke nach § 8 Abs. 4a KAG Gebrauch gemacht.⁸⁰

Nach der Umfrage des Umweltministeriums aus dem Jahr 2008 bestand auf Grundlage der Änderung des KAG im Jahr 2004 und der Auslegung durch die Rechtsprechung ein erhebbares Beitragsaufkommen von Altanschließern in Höhe von 344 Mio. EUR (bei Beibehaltung des bisherigen Deckungsgrades) bzw. 396 Mio. EUR (bei Beibehaltung des bisherigen Beitragssatzes) im Bereich der Abwasserentsorgung und in Höhe von 100 Mio. EUR (bei Beibehaltung des bisherigen Beitragssatzes) bzw. 118 Mio. EUR (bei Beibehaltung des bisherigen Deckungsgrades) im Bereich der Wasserversorgung.⁸¹

6. Exkurs: Die BVerfG-Entscheidung von 2013 zur zeitlichen Obergrenze für die Festsetzung von Vorzugslasten

Aufgrund der Änderung in § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG im Jahr 2004 war es in Brandenburg im Bereich des Anschlussbeitragsrechts denkbar, dass Abgabepflichtige auch viele Jahre oder Jahrzehnte nach Entstehen der Vorteilslage (also der Anschlussmöglichkeit) zu Beiträgen herangezogen werden konnten. Dies war immer dann der Fall, wenn es dem kommunalen Aufgabenträger bis dahin nicht gelungen war, eine rechtswirksame Satzung zu erlassen. In diesem Fall war er seit dem 1. Februar 2004 nicht mehr verpflichtet, die erste rechtswirksame Satzung rückwirkend auf den von der ersten unwirksamen Satzung fixierten Zeitpunkt in Kraft zu setzen. Sollte die erste wirksame Satzung daher beispielsweise am Tage nach ihrer öffentlichen Bekanntgabe in Kraft treten, berechnete sich auch die Festsetzungsfrist nach diesem (nicht in der Vergangenheit liegenden) Datum. Daher war es denkbar, dass eine Festsetzungsverjährung erst viele Jahrzehnte nach Eintritt der Vorteilslage eingetreten wäre.

Mit einer vergleichbaren Problematik hatte sich das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2013 zu einer anders gelagerten Konstellation⁸² im bayerischen Kommunalabgabengesetz

⁸⁰ Siehe die schriftliche Antwort der Landesregierung auf eine Mündliche Anfrage, PIProt. 5/54, S. 4503.

⁸¹ Siehe das in Fn. 32 zitierte Gutachten, S. 26.

⁸² Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 b) cc) Spiegelstrich 2 des Bayerischen Kommunalabgabengesetzes sah vor, dass im Fall der Ungültigkeit einer Satzung die Festsetzungsfrist erst mit Ablauf des Kalenderjahres zu laufen beginnt, in dem die gültige Satzung bekanntgemacht worden ist. Nach Brandenburger Rechtslage ist hingegen nicht auf die Bekanntmachung, sondern auf das Inkrafttreten der Satzung abzustellen gewesen. Die Motive für diese bayerischen Regelungen erinnern aber stark an die Überlegungen des brandenburgischen Gesetzgebers aus dem Jahr 2004. In der Rechtsprechung des BayVGH sei umstritten

zu befassen.⁸³ Es entschied, dass die rechtsstaatlichen Gebote der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit Regelungen verlange, die sicherstellen, dass Abgaben zum Vorteilsausgleich nicht zeitlich unbegrenzt nach Erlangung des Vorteils festgesetzt werden können.

Der Landesgesetzgeber war der Auffassung, dass diese Rechtsprechung auch für die oben genannte Fallkonstellation nach dem Brandenburger KAG von Relevanz war.⁸⁴ Daher wurde im Jahr 2013⁸⁵ in § 19 KAG eine eigenständige Frist zur Festsetzung von Bescheiden über Vorzugslasten, also auch für Beitragsbescheide, festgelegt, die unabhängig von dem Entstehen der sachlichen Beitragspflicht und damit unabhängig von der Wirksamkeit der Abgabensatzungen ist, sondern die allein an das Entstehen der Vorteilslage knüpft. Nach § 19 Abs. 1 KAG dürfen Abgaben zum Vorteilsausgleich mit Ablauf des 15. Kalenderjahres, das auf den Eintritt der Vorteilslage folgt, nicht mehr festgesetzt werden. Aufgrund der Sondersituation nach der Deutschen Einheit war der Lauf dieser Frist bis zum 3. Oktober 2000 gehemmt.

Für altgeschlossenen Grundstücke, für die die Vorteilslage spätestens am 3. Oktober 1990 entstanden ist, folgt daraus, dass seit dem 1. Januar 2016 Herstellungsbeiträge⁸⁶ nicht mehr erhoben werden dürfen.⁸⁷

gewesen, ob in den Fällen, in denen eine nichtige Satzung rückwirkend durch eine gültige Satzung ersetzt werde, die Festsetzungsfrist mit dem Zeitpunkt des rückwirkenden Inkrafttretens der Satzung oder erst mit Ablauf des Jahres zu laufen beginne, in dem die rückwirkende Satzung bekanntgemacht worden sei. Mit der Änderung des Art. 13 BayKAG solle Letzteres gesetzlich klargestellt werden. Nach der gegenteiligen Ansicht könne nämlich eine rückwirkend entstandene Forderung gleichzeitig festsetzungsverjährt sein, wenn sich die Rückwirkungsfrist über die Verjährungsfrist hinaus erstrecke, LT-Drs. 12/8082, S. 13.

⁸³ BVerfG, Beschl. vom 5. März 2013, Az. 1 BvR 2457/08, juris.

⁸⁴ Siehe Begründung des Gesetzentwurfs der Landesregierung, LT-Drs. 5/7642; ebenso später auch das BVerfG, Beschl. vom 3. Sep. 2013, Az. 1 BvR 1282/13, juris. Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung siehe OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. vom 10. Jan. 2014, Az. OVG 9 S 64.13, juris, Rn. 15, und ausführlich VG Cottbus, Urt. vom 9. Jan. 2014, Az. 6 K 1079/12, juris, Rn. 110 ff.; zu anderen Ländern siehe die Antwort der Landesregierung auf die Frage 4 der Kleinen Anfrage Nr. 6/1196, LT-Drs. 6/3027.

⁸⁵ Sechstes Gesetz zur Änderung des Kommunalabgabengesetzes für das Land Brandenburg vom 6. Dezember 2013, GVBl. I Nr. 40.

⁸⁶ Sofern nach der endgültigen Herstellung eine neue, zusätzliche Vorteilslage entsteht, etwa durch eine Verbesserung oder Erneuerung, steht diese zeitliche Obergrenze einer Heranziehung zu entsprechenden (Verbesserungs- oder Erneuerungs-)Beiträgen nicht entgegen.

⁸⁷ Die praktische Relevanz der Obergrenze beschränkt sich daher künftig wohl vor allem auf die Erschließungsbeiträge nach dem BauGB, deren Heranziehung sich nach den landesrechtlichen Regelungen

II. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und ihre Umsetzung durch die Verwaltungsgerichte

Erst im November 2015, also elf Jahre nach Änderung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG und gut acht Jahre nach der Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg zur Anwendbarkeit der Neuregelung auf altangeschlossenen Grundstücke, erhielt das Bundesverfassungsgericht die Gelegenheit, über die Verfassungsmäßigkeit der oben beschriebenen Auslegung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. zu entscheiden.

Zunächst nahm das Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerden einer kommunal getragenen Wohnungsbaugesellschaft nicht zur Entscheidung an. Denn juristische Personen des Privatrechts, die von der öffentlichen Hand gehalten oder beherrscht werden, seien nicht grundrechtsfähig und damit nicht beschwerdebefugt.⁸⁸

Mit Beschluss vom 12. November 2015⁸⁹ nahm die Zweite Kammer des Ersten Senats dann zwei Verfassungsbeschwerden wegen Beitragsbescheiden der Stadt Cottbus zur Entscheidung an und gab ihnen statt. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts verletzen die angegriffenen Entscheidungen, also die Bescheide der Stadt und die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte, die Beschwerdeführerinnen in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes aus Art. 20 Abs. 3 GG. Die Anwendung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. in Fällen, in denen Beiträge nach § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. nicht mehr hätten erhoben werden können, verstoße gegen das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot.

1. Sachverhalt

Dieser Entscheidung lagen folgende Fallgestaltungen zugrunde:

Die Beschwerdeführerin im Verfahren 1 BvR 2961/14 (Beschwerdeführerin 1) ist Eigentümerin eines Grundstücks, das bereits vor dem 3. Oktober 1990 an die Schmutzwasserkanalisation im Gebiet der Stadt Cottbus angeschlossen wurde. Die erste Kanalanschlussbeitragsatzung der Stadt, die sich in der Folge als unwirksam erwies, sollte zum 30. Juni

richtet; zur (fehlenden) Relevanz für Straßenbaubeiträge und Gebühren siehe die Begründung des Gesetzentwurfs der Landesregierung, LT-Drs. 5/7642.

⁸⁸ BVerfG, Beschl. vom 3. Nov. 2015, Az. 1 BvR 1766/15, 1 BvR 1783/15, 1 BvR 1815/15, juris; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 2. Nov. 2015, Az. 1 BvR 1530/15, 1 BvR 1531/15, juris.

⁸⁹ BVerfG, Beschl. vom 12. Nov. 2015, Az. 1 BvR 2961/14 und 1 BvR 3051/14, juris.

1993 in Kraft treten. Nach den Feststellungen der Verwaltungsgerichte gelang es der Stadt erst mit der Satzung vom 1. Dezember 2008, die zum 1. Januar 2009 in Kraft trat, eine wirksame Beitragssatzung zu erlassen. Die Stadt zog die Beschwerdeführerin 1 mit Bescheid vom 29. November 2011 für das Grundstück zu einem Kanalanschlussbeitrag in Höhe von 2.520,25 € heran.

Die Beschwerdeführerin im Verfahren 1 BvR 3051/14 (Beschwerdeführerin 2) ist ebenfalls Eigentümerin eines Grundstücks im Gebiet der Stadt Cottbus. Das Grundstück wurde im Jahr 2003 an die Schmutzwasserkanalisation der Beklagten angeschlossen. Die Möglichkeit des Anschlusses der Grundstücke hatte nach den Angaben der Beschwerdeführerin 2 allerdings bereits kurz nach dem 3. Oktober 1990 bestanden. Mit Bescheid vom 12. Mai 2009 zog die Stadt die Beschwerdeführerin 2 für das Grundstück zu einem Kanalanschlussbeitrag in Höhe von 7.284,50 € heran.

2. Entscheidungsgründe

Die wesentlichen Gründe der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts entsprechen den Überlegungen des VG Frankfurt (Oder)⁹⁰ aus dem Jahr 2006, dessen Entscheidung durch die Berufungsentscheidung des OVG Berlin-Brandenburg von Dezember 2007 aufgehoben worden war.

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts bedeute die Anwendung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. in den Fällen der Beschwerdeführerinnen entgegen der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts eine echte Rückwirkung. Zwar sei in diesen Fällen nach der Auslegung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. durch das Oberverwaltungsgericht die sachliche Beitragspflicht mangels einer vor der Neuregelung erlassenen wirksamen Satzung noch nicht entstanden und damit auch nicht wegen Festsetzungsverjährung erloschen. Ein nachträglicher Eingriff in einen abgeschlossenen Sachverhalt liege aber dennoch vor. Denn eine Veranlagung der Grundstücke der Beschwerdeführerinnen zu einem Herstellungsbeitrag wäre rechtlich nicht mehr möglich gewesen, wenn es bei der seinerzeitigen Gesetzeslage geblieben wäre. Die sachliche Beitragspflicht konnte für diese Grundstücke nach § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. nicht mehr wirksam entstehen. Wäre eine auf den 30. Juni 1993 – den Tag des Inkrafttretens der ersten unwirksamen Satzung – rückwirkende

⁹⁰ Siehe Fn. 68.

wirksame Beitragssatzung beschlossen worden, wäre die vierjährige Festsetzungsfrist in Lauf gesetzt worden und Festsetzungsverjährung mit Ablauf des 31. Dezember 1997 eingetreten. Die Forderungen wären dann in der „juristischen Sekunde“ ihres Entstehens erloschen. § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. habe damit in Fällen, in denen Beiträge nach der alten Rechtslage nicht mehr erhoben werden konnten, erneut die Möglichkeit eröffnet, die Beitragsschuldner zu Anschlussbeiträgen heranzuziehen.

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Unzulässigkeit echter Rückwirkungen vermochte das Bundesverfassungsgericht für diese Fälle nicht zu erkennen. Es komme hierfür nur die Fallgruppe der Vorhersehbarkeit einer Neuregelung wegen Unklarheit und Verworrenheit der ursprünglichen Gesetzeslage in Betracht. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts mussten die Betroffenen vorliegend jedoch nicht mit einer Rechtsänderung rechnen. Angesichts des klärenden Urteils des Oberverwaltungsgerichts Brandenburg vom 8. Juni 2000 habe bis zur Neuregelung nichts dafür gesprochen, dass der Gesetzgeber die Vorschrift des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. entgegen der Auslegung durch das Oberverwaltungsgericht rückwirkend abändern würde.

In einer Hilferwägung legt das Bundesverfassungsgericht dar, dass die mit der Verfassungsbeschwerde angefochtenen Entscheidungen auch dann als verfassungswidrig anzusehen seien, wenn mit der formalen Begründung des Oberverwaltungsgerichts lediglich eine unechte Rückwirkung vorläge. Denn für den von einer Beitragspflicht betroffenen Bürger mache es keinen Unterschied, ob die Beitragsforderung bereits wegen Verjährung erloschen ist oder nicht mehr wirksam zur Entstehung gebracht werden kann, weil sie in der logischen Sekunde ihres Entstehens wegen Verjährung erloschen wäre. Für den Vertrauensschutz des Bürgers komme es vielmehr darauf an, ob er auf der Grundlage der geltenden Rechtslage noch mit der Heranziehung zu einem Beitrag rechnen musste. Schreibe das geltende Recht in seiner Auslegung durch die Gerichte die rückwirkende Inkraftsetzung einer Satzung auf einen Zeitpunkt vor, der länger zurückliegt als die Festsetzungsfrist von vier Jahren, sei dies nicht der Fall.

Ergänzend fügt das Gericht hinzu, dass hier auch das öffentliche Interesse an der Finanzierung der öffentlichen Abwasserbeseitigungsanlage die rückwirkende Abgabenbelastung nicht rechtfertige. Zwar sei durch die Herstellung der Abwasserbeseitigungsanlage der Wert der angeschlossenen Grundstücke dauerhaft erhöht worden. Die Bürger hätten einen Sondervorteil empfangen, für den sie grundsätzlich die volle nach dem Gesetz ent-

standene Gegenleistung zu erbringen haben. Jedoch hätten die Gemeinden und Zweckverbände durchaus die Möglichkeit gehabt, Beitragsforderungen rechtzeitig geltend zu machen und so keine finanziellen Einbußen zu erleiden. § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. habe den Gemeinden und Zweckverbänden bereits bei der Satzungsgebung die Möglichkeit eingeräumt, die Beitragspflicht nicht schon mit dem Inkrafttreten der Satzung entstehen zu lassen, sondern durch Satzung einen späteren Zeitpunkt für die Entstehung der Beitragspflicht zu bestimmen. Diese Ausnahmeregelung habe es den Gemeinden und Zweckverbänden ermöglicht, auch in Ansehung der Aufbausituation in Brandenburg zunächst die Voraussetzungen für die verwaltungsmäßig ordnungsgemäße Abwicklung einer Vielzahl gleichzeitig anfallender Beitragsverfahren zu schaffen. Verzichten die Gemeinden und Zweckverbände auf die Inanspruchnahme dieser sie begünstigenden Ausnahmeregelung, dokumentieren sie damit nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts, dass sie des hierdurch gewährten Schutzes nach eigener Einschätzung nicht mehr bedürfen.

Zudem hätten nach Auffassung des Gerichts die Gemeinden und Zweckverbände vor der Neuregelung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG auch nicht davon ausgehen können, dass ihnen nach dem Erlass der ersten Beitragssatzung mehr als die gesetzliche vierjährige Festsetzungsfrist bleiben würde, um Beitragsbescheide gegenüber den Beitragspflichtigen zu erlassen. Denn sie hätten bei pflichtgemäßem Verhalten wenigstens selbst von der Wirksamkeit der eigenen Beitragssatzung ausgehen müssen. Sie hätten damit Anlass gehabt, die Beitragspflichtigen innerhalb von vier Jahren nach Ablauf des Jahres ihres ersten Satzungsbeschlusses zu veranlassen. Dass die beklagte Stadt dies in den vorliegenden Fällen nicht rechtzeitig getan hat, falle in ihren Verantwortungsbereich

3. Umsetzung durch die Verwaltungsgerichte

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bindet gem. § 93c Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 31 Abs. 1 Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden. Da das Bundesverfassungsgericht die Sache an das OVG Berlin-Brandenburg zurückverwiesen hatte, musste das OVG wegen dieser Bindungswirkung die Bescheide, mit denen die Stadt Cottbus die Beschwer-

deführerinnen zu Anschlussbeiträgen herangezogen hatte, aufheben. Dies ist durch Urteile vom 11. Februar 2016⁹¹ geschehen.

Rechtlich hat das OVG dies so begründet, dass die Beitragssatzung für die Grundstücke, die von der hypothetischen Festsetzungsverjährung betroffen sind, „ins Leere“ gehe. Eine Beitragssatzung könne die sachliche Beitragspflicht für ein bestimmtes Grundstück nur dann zur Entstehung bringen, wenn ihr zeitlicher Geltungsbereich den gesetzlich vorgegebenen (ggf. in der Vergangenheit liegenden) Zeitpunkt erfasst, zu dem die sachliche Beitragspflicht entstehen muss.

Nach § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. erfülle die erste wirksame Satzung diese Anforderung „gleichsam automatisch“, da der Zeitpunkt ihres Inkrafttretens den Zeitpunkt der Entstehung der sachlichen Beitragspflicht bestimmt.

Allerdings habe das Bundesverfassungsgericht eine verfassungskonforme Auslegung der Neufassung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG vorgegeben. Danach sei die neue, seit dem 1. Februar 2004 geltende Fassung nicht für diejenigen Fälle anzuwenden, in denen zum Zeitpunkt der Gesetzesänderung Festsetzungsverjährung eingetreten wäre, wenn der Satzungsgeber die erste wirksame Satzung rückwirkend auf den nach der alten Fassung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG vorgegebenen Zeitpunkt, der durch die erste unwirksame Satzung fixiert wurde, in Kraft gesetzt hätte. Dies ergebe sich aus dem Rückwirkungsverbot.

Aufgrund dieser Einschränkung des zeitlichen Anwendungsbereichs des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. wird zugleich der zeitliche Geltungsbereich des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. und damit die Pflicht zur Rückbewirkung der ersten wirksamen Satzung erweitert. Erfasst sind nicht nur die Fälle, in denen sich der Bescheid auf eine bis zum 31. Januar 2004 erlassene Satzung stützt, sondern auch die Fälle der hypothetischen Festsetzungsverjährung.

Bei der Beschwerdeführerin 1 sei diese hypothetische Festsetzungsverjährung eingetreten. Hätte die Stadt Cottbus bis zum 31. Januar 2004 eine wirksame Satzung erlassen, hätte diese sich Rückwirkung auf den von der ersten unwirksamen Satzung fixierten Zeitpunkt beimessen lassen müssen, hier also auf den 30. Juni 1993.⁹² Das Grundstück war

⁹¹ Az. OVG 9 B 1.16 und OVG 9 B 43.15 (OVG 9 B 35.12), juris.

⁹² Das OVG Berlin-Brandenburg legt also § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. nach wie vor so aus wie das OVG Brandenburg im Jahr 2000. Sofern das Gericht zur Auffassung gelangt wäre, dass die alte Fassung des

bereits zu DDR-Zeiten angeschlossen, so dass die Vorteilslage schon vor diesem Zeitpunkt entstanden sei. Die sachliche Beitragspflicht wäre also am 30. Juni 1993 entstanden. Die Festsetzungsverjährung wäre also mit Ablauf des Jahres 1997 eingetreten. Einen rechtzeitigen Beitragsbescheid habe die Stadt nicht erlassen.

Demzufolge gelte hier § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. Die erste wirksame Satzung der Stadt hätte also für das betroffene Grundstück rückwirkend auf den 30. Juni 1993 in Kraft gesetzt werden müssen. Da dies nicht geschehen ist, finde der Beitragsbescheid in der Satzung keine Stütze und sei daher mangels rechtlicher Grundlage rechtswidrig.

Das Gericht weist jedoch darauf hin, dass die Satzung für die Grundstücke, die nicht von der hypothetischen Festsetzungsverjährung betroffen sind, Gültigkeit habe und nicht (gesamt-)nichtig sei.

Eine Besonderheit ergab sich bei der Beschwerdeführerin 2. Hier stellte sich heraus, dass entgegen den Annahmen des Bundesverfassungsgerichts die Vorteilslage nicht schon 1990, sondern erst 2003 entstanden ist. In diesem Fall wäre nach Auffassung des OVG eine hypothetische Festsetzungsverjährung nicht gegeben. Gleichwohl hat es den Bescheid aufgehoben, weil die Beurteilung des Bundesverfassungsgerichts, dass der Bescheid grundgesetzwidrig war, für das OVG verbindlich war.

Die Verwaltungsgerichte Cottbus,⁹³ Frankfurt (Oder)⁹⁴ und Potsdam⁹⁵ haben ihre Rechtsprechung ebenfalls an die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts angepasst.

4. Einordnung der Entscheidungen

Den Gerichtsentscheidungen lag eine Konstellation zugrunde, die rechtlich nicht eindeutig zuzuordnen ist.

KAG eine Rückbewirkung der ersten wirksamen Satzung nicht gebietet, die früheren Entscheidungen das KAG also falsch ausgelegt haben, hätte sich die Frage gestellt, ob es auch ein schützenswertes Vertrauen in Gerichtsentscheidungen gibt; vgl. dazu zuletzt etwa BVerfG, Beschl. vom 5. Nov. 2015, Az. 1 BvR 1667/15, juris.

⁹³ Urt. vom 18. Feb. 2016, Az. 6 K 129/13, juris.

⁹⁴ Urt. vom 25. Mai 2016, Az. VG 5 K 227/13, juris.

⁹⁵ Urt. vom 22. Juni 2016, Az. 8 K 56/16, juris.

Einerseits war bis zum Inkrafttreten der ersten wirksamen Satzung der Stadt zum 1. Januar 2009 eine Beitragsforderung nie entstanden. Eine Forderung konnte daher auch nicht (festsetzungs-)verjähren. Eine Anwendung dieser Satzung auf den Beitragsbescheid gem. § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. hätte also nicht dazu geführt, dass eine schon verjährte Forderung noch einmal zum Entstehen gebracht worden wäre. Daher haben die Brandenburger Verwaltungsgerichte, das Bundesverwaltungsgericht und das Landesverfassungsgericht in der Anwendung der Neufassung des KAG in diesen Konstellationen eine (zulässige) unechte Rückwirkung gesehen.

Andererseits hätte eine Beitragsforderung bis zur Änderung des KAG im Jahr 2004 von der Stadt nicht mehr rechtmäßig geltend gemacht werden können, wenn sie bis dahin zum Entstehen gebracht worden wäre. Wegen der nach der alten Fassung des KAG geltenden Pflicht zur Rückwirkung einer wirksamen Satzung auf das Jahr 1993 wäre sofort Festsetzungsverjährung eingetreten. Deswegen hat das Bundesverfassungsgericht eine (unzulässige) echte Rückwirkung angenommen, wenn die Neufassung des KAG auch auf diese Fälle angewandt wird.

Angesichts dieser „Zwischenstellung“ der Fallkonstellationen verwundern unterschiedliche rechtliche Bewertungen nicht. Bemerkenswert an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist daher weniger das Ergebnis als die Tatsache, dass die Entscheidung von einer Kammer des Gerichts getroffen wurde. Dies ist nach § 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG nur zulässig, wenn die für die Beurteilung der Verfassungsbeschwerde maßgebliche verfassungsrechtliche Frage durch das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden wurde und die Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet ist. Aus Sicht der drei Bundesverfassungsrichter stellte sich die grundgesetzliche Rechtslage somit in der Analyse der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts eindeutiger da, als dies die anderen Gerichte bis dahin angenommen haben. Da nach § 93c Abs. 1 Satz 2 BVerfGG eine Kammerentscheidung einer Senatsentscheidung gleichsteht, kommt ihr die Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG gegenüber allen Verfassungsorganen, Behörden und Gerichten zu. Die Rechtsfrage ist damit geklärt.⁹⁶

⁹⁶ Selbstverständlich steht es der Rechtswissenschaft frei, die Entscheidung zu hinterfragen. Für die gesetzlichen, gerichtlichen und behördlichen Entscheidungen ist dies jedoch ohne Relevanz.

Da eine Kammer gem. § 93c Abs. 1 Satz 3 BVerfGG nicht entscheiden darf, dass ein Gesetz mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht unvereinbar oder nichtig ist, haben die Verwaltungsgerichte zu Recht angenommen, dass eine verfassungskonforme Auslegung des KAG möglich und geboten ist. Die rechtsdogmatische Konstruktion des OVG Berlin-Brandenburg, wonach Satzungen, die auf der Grundlage der Neufassung des KAG in Kraft gesetzt wurden, wirksam bleiben, aber für die Fälle der hypothetischen Festsetzungsverjährung keine Geltung haben, überzeugt.

III. Von den Entscheidungen erfasste Fallgruppen

Für die Analyse der rechtlichen Folgen der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und der Verwaltungsgerichte ist es erforderlich, diejenigen Fallgruppen herauszuarbeiten, die von diesen Entscheidungen betroffen sind. Dies ist u.a. maßgeblich für die Prüfung einer Pflicht zur Aufhebung eines Bescheides oder für haftungsrechtliche Fragen. Die Rückerstattung von Beitragszahlungen wiederum ist relevant für die Gebührenkalkulation und haushaltsrechtliche Fragen.

1. Ausgangsfrage: Ist eine hypothetische Festsetzungsverjährung eingetreten?

Als allgemeine Regel kann festgehalten werden, dass Beitragsbescheide betroffen sind, wenn sie Grundstücke zu Beitragsforderungen heranziehen, die der hypothetischen Festsetzungsverjährung unterliegen. Der hypothetischen Festsetzungsverjährung unterliegen Beitragsforderungen, die bei Anwendung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. aufgrund des erweiterten zeitlichen Geltungsbereichs der alten Fassung des § 8 KAG unmittelbar nach ihrem Entstehen verjährt wären. Allgemein sind also zwei Fragen zu beantworten:

Ist § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. im von der Rechtsprechung erweiterten zeitlichen Geltungsbereich anzuwenden?

Falls dies der Fall ist: Ist der Beitragsbescheid zu einem Zeitpunkt erlassen worden, in dem bei Inkrafttreten der ersten wirksamen Satzung zu dem von der ersten unwirksamen Satzung fixierten Zeitpunkt Festsetzungsverjährung eingetreten wäre?

a) Anwendbarkeit des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG alter Fassung im erweiterten zeitlichen Geltungsbereich

In einem ersten Schritt sind alle Fallgestaltungen auszufiltern, in denen § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte auch vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts anzuwenden war.⁹⁷ Wurde in diesen Fällen die Pflicht zur Rückbewirkung der ersten wirksamen Satzung missachtet, wären verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklagen auch vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erfolgreich gewesen. Diese Bescheide sind also nicht von der Verfassungsgerichtsentscheidung betroffen. Die neue Fassung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG trat am 1. Februar 2004 in Kraft. Stützt sich ein Bescheid also auf eine Satzung, die vor diesem Tag in Kraft gesetzt⁹⁸ wurde, gelten für diese Satzung der § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. und damit die Rückbewirkungspflicht nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, ohne dass es auf die Frage der hypothetischen Festsetzungsverjährung ankommt.

In einem zweiten Schritt ist der erweiterte zeitliche Anwendungsbereich der alten Fassung des § 8 KAG zu bestimmen. Maßgeblich für die Anwendbarkeit von § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. aufgrund der gebotenen verfassungskonformen Auslegung des KAG ist der Zeitpunkt, zu dem die sachliche Beitragspflicht entstanden wäre, wenn die erste Satzung wirksam⁹⁹ gewesen wäre.

Liegt dieser Zeitpunkt nach dem Außerkrafttreten des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F., also nach dem 31. Januar 2004, ist unzweifelhaft die neue Fassung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG anzuwenden.

⁹⁷ Die Verwaltungsgerichte behandeln diese Fallgruppe in ihren Entscheidungen nicht. Dies ist auch folgerichtig, da die Fragestellung der Gerichte nicht lautet: Welche Bescheide sind von der BVerfG-Entscheidung betroffen? Die Verwaltungsgerichte prüfen vielmehr, ob der Bescheid rechtswidrig ist. Gilt § 8 Abs. 7 Satz 2 a.F. ohnehin, weil die Satzung, auf die sich der Bescheid stützt, vor dem 1. Februar 2004 in Kraft treten sollte, stellt sich für die Gerichte die Frage einer hypothetischen Verjährung nicht.

⁹⁸ Da zum Zeitpunkt des Inkrafttretens einer Satzung die zu diesem Zeitpunkt geltenden Regelungen gelten, ist für die Anwendbarkeit nach hiesiger Auffassung nicht der Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses oder der Bekanntmachung maßgeblich, so dass auch ein rückwirkendes Inkraftsetzen einer späteren Satzung auf einen Zeitpunkt vor dem 1. Februar 2004 zur Anwendbarkeit des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. führt.

⁹⁹ Diese Fiktion der Wirksamkeit der ersten Satzung führt im Allgemeinen zu denselben Ergebnissen wie die hypothetische Prüfung des Zeitpunkts, zu dem die sachliche Beitragspflicht entstanden wäre, wenn die erste wirksame Satzung zu dem von der ersten unwirksamen Satzung festgelegten Zeitpunkt in Kraft gesetzt worden wäre. Die Wirksamkeitsfiktion ist im Vergleich dazu einfach zu prüfen und im Fall der von der ersten Satzung nicht umfassten Grundstücke etwas präziser, siehe dazu unter 2. a).

Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung¹⁰⁰ hat mittlerweile zudem herausgearbeitet, dass § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. auch in Fallgestaltungen angewendet werden kann, in denen die sachliche Beitragspflicht am 1. Januar 2000 oder später entstanden wäre, wenn die erste Satzung wirksam gewesen wäre.

Dies ergibt sich aus Folgendem: Wäre die sachliche Beitragspflicht beispielsweise im Laufe des Jahres 2000 entstanden, so hätte der Lauf der vierjährigen Festsetzungsfrist mit Ablauf des Jahres 2000 begonnen. Festsetzungsverjährung wäre demzufolge vier Jahre später, also mit Ablauf des Jahres 2004 zum 1. Januar 2005 eingetreten. Im Zeitpunkt der Änderung des KAG am 1. Februar 2004 wäre demzufolge die hypothetische Festsetzungsverjährung noch nicht eingetreten. Zu diesem Zeitpunkt konnten die Betroffenen demzufolge nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung auch noch nicht darauf vertrauen, dass sie nicht mehr zu Beiträgen herangezogen werden können. Demzufolge greift die neue Regelung des KAG in diesen Fällen nicht in einen abgeschlossenen Sachverhalt ein.

Legt man dies zugrunde, ergeben sich daraus folgende Fallgestaltungen, die nicht von der BVerfG-Entscheidung betroffen sind:

- Die Satzung, auf die sich der Bescheid stützt, ist vor dem 1. Februar 2004 in Kraft getreten.
- Die Vorteilslage ist am 1. Januar 2000 oder später eingetreten.

Das ist insbesondere der Fall, wenn die Vorteilslage (die Möglichkeit eines Anschlusses an die öffentliche Einrichtung¹⁰¹) erst nach diesem Zeitpunkt gegeben war. Dass dies nicht immer einfach festzustellen ist, zeigt auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in der das Verfassungsgericht von einem anderen Zeitpunkt des Entstehens der Vorteilslage ausgegangen ist als später das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg. Eine Vorteilslage scheidet auch aus, wenn das Grundstück trotz Anschlussmöglichkeit insbesondere aus baurechtlichen Grün-

¹⁰⁰ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 11. Feb. 2016, Az. OVG 9 B 1.16, juris, Rn. 32.

¹⁰¹ Zur Problematik, welche öffentliche Einrichtung damit im Fall eines Zuständigkeitswechsels gemeint ist, siehe unter B.III.2.c).

den nicht so nutzbar ist, dass die Anschlussmöglichkeit einen wirtschaftlichen Vorteil bietet.¹⁰²

- Die erste (unwirksame) Satzung sollte zum 1. Januar 2000 oder später in Kraft treten.

Da zumeist Anfang der 90er Jahre die ersten Satzungsversuche unternommen wurden und nicht anzunehmen ist, dass diese Satzungen ein weit in der Zukunft liegendes Datum für das Inkrafttreten vorgesehen haben, dürfte diese Fallgestaltung zu vernachlässigen sein.

- Die erste (unwirksame) Satzung sah vor, dass die sachliche Beitragspflicht zum 1. Januar 2000 oder später entstehen sollte.

Die Möglichkeit, dass die Satzung einen späteren Zeitpunkt für das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht bestimmt, sah und sieht § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG ausdrücklich vor. Allerdings dürften nur wenige Aufgabenträger hiervon Gebrauch gemacht haben.

b) Eintritt der Festsetzungsverjährung bei Satzungserlass auf Grundlage des § 8 Abs. 7 Satz 2 a.F.

Von den Gerichtsentscheidungen ebenfalls nicht betroffen sind die Fälle, in denen die hypothetische Festsetzungsverjährung nicht eingetreten ist, weil der Beitragsbescheid innerhalb der hypothetischen vierjährigen Festsetzungsfrist, also so rechtzeitig erlassen worden ist, dass Festsetzungsverjährung nicht eingetreten wäre, wenn die sachliche Beitragspflicht (im Fall einer bestehenden wirksamen Satzung) entstanden wäre.

Hierfür sind auch die oben (I.4.f) geschilderten Regelungen über den späteren Beginn der Festsetzungsfrist in § 12 Abs. 3 KAG bei nicht feststellbarem Eigentümer und über die Ablaufhemmung in § 12 Abs. 1 Nr. 4 b KAG i.V.m. § 171 AO zu beachten. Nicht maßgeblich für die vorliegenden Fälle ist allerdings die Regelung in § 12 Abs. 3a KAG, wonach die Festsetzungsfrist für Anschlussbeiträge erst mit Ablauf des Jahres 2011 endet. Denn diese Regelung gilt ausdrücklich nicht, wenn im Jahr 2008 schon Festsetzungsverjährung eingetreten ist. In den Fallgestaltungen, die von der BVerfG-Entscheidung erfasst sind, tritt die hypothetische Festsetzungsverjährung spätestens mit Ablauf des Jahres 2003 und

¹⁰² Grünewald, in: Driehaus (Fn. 48), § 8 Rn. 567.

damit vor dem Jahr 2008 ein, so dass eine Verlängerung der hypothetischen Festsetzungsfrist aufgrund des § 12 Abs. 3a KAG ausscheidet.

c) Prüfraster und Beispiele

Zur Prüfung, ob ein Bescheid von den Entscheidungen zur hypothetischen Festsetzungsverjährung erfasst ist, kann folgendes Raster dienen:

I. Stützt sich der Bescheid auf eine Satzung, die vor dem 1. Februar 2004 in Kraft gesetzt worden ist?

Wenn ja: Bescheid nicht erfasst.

Wenn nicht: weiter zu II.

II. Es wird fingiert, dass die erste Satzung wirksam war.

1. Hat diese Satzung von der Möglichkeit in § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG Gebrauch gemacht, einen besonderen, späteren Zeitpunkt für die Entstehung der sachlichen Beitragspflicht festzulegen, der im Jahr 2000 oder später liegt?

Wenn ja: Bescheid nicht erfasst.

Wenn nicht: weiter zu 2.

2. Sollte diese Satzung im Jahr 2000 oder später in Kraft treten?

Wenn ja: Bescheid nicht erfasst.

Wenn nicht: weiter zu 3.

3. Ist die Vorteilslage im Jahr 2000 oder später eingetreten?

Wenn ja: Bescheid nicht erfasst.

Wenn nicht: weiter zu 4.

4. Ist der Bescheid innerhalb der Festsetzungsfrist erlassen worden?

Wenn ja: Bescheid nicht erfasst.

Wenn nein: Bescheid erfasst, sofern keine Besonderheiten vorliegen.

Die Fälle seien anhand einiger Beispiele verdeutlicht:

A ist Eigentümer eines Grundstücks in der Gemeinde G. Das Grundstück verfügt seit den 60er Jahren über einen Abwasseranschluss. Die G erließ im Jahr 1993 eine Anschlussbeitragsatzung, die im Mai 1993 in Kraft treten sollte, und 1994 auf der Grundlage dieser Satzung einen Beitragsbescheid gegenüber A.

Der Bescheid ist nicht von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts betroffen. Die Satzung, auf die sich der Bescheid stützt, wurde vor dem 1. Februar 2004 erlassen. Außerdem ist die sachliche Beitragspflicht frühestens im Jahr 1993 mit Inkrafttreten der ersten Satzung entstanden, so dass der Bescheid im Jahr 1994 innerhalb der Festsetzungsfrist erlassen wurde.

Abwandlung zum obigen Beispiel: Die G erließ den Bescheid erst im Jahr 2005, gestützt auf eine neue, zweite Satzung aus dem Jahr 2001, die sich Rückwirkung auf Mai 1993 beigemessen hat.

Der Bescheid ist von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht betroffen. Denn die Satzung, auf die sich der Bescheid stützt, ist vor dem 1. Februar 2004 erlassen worden. A hätte sich gegen den Bescheid wegen Festsetzungsverjährung erfolgreich wehren können. Die Satzung musste sich aufgrund der Rechtsprechung des OVG aus dem Jahr 2000 nach § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. Rückwirkung auf den von der ersten unwirksamen Satzung fixierten Zeitpunkt beimessen. Dies ist erfolgt, so dass die sachliche Beitragspflicht im Mai 1993 entstanden ist. Hätte die Satzung sich keine Rückwirkung beigemessen, wäre der Bescheid auch rechtswidrig gewesen, da § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. die Rückwirkung der Satzung gebot. Dieses Beispiel zeigt, dass es Fälle geben kann, in denen der von der ersten Satzung fixierte Zeitpunkt und der Eintritt der Vorteilslage vor dem Jahr 2000 liegen, Festsetzungsverjährung vorliegt und der Bescheid gleichwohl von der BVerfG-Entscheidung nicht betroffen ist.

Weitere Abwandlung: G erließ den Bescheid im Jahr 2005, gestützt auf eine neue Satzung, die am 1. Oktober 2004 in Kraft gesetzt wurde.

Für die neue Satzung galt bis zur Entscheidung des BVerfG § 8 Abs. 7 Satz 2 n.F. Denn die Satzung wurde nach dem 31. Januar 2004 in Kraft gesetzt. Jedoch ist hier nach der neuen Rechtsprechung § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. anzuwenden. Denn die erste Satzung

enthielt keine eigene Regelung zum Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht und der Zeitpunkt ihres Inkrafttretens und des Eintritts der Vorteilslage lag vor dem Jahr 2000. Im Jahr 2005 wäre Festsetzungsverjährung eingetreten. Der Bescheid ist daher von der BVerfG-Entscheidung betroffen.

B ist Eigentümerin eines Grundstücks in der Gemeinde G, das 1997 an die Schmutzwasserkanalisation angeschlossen wurde. Die erste unwirksame Satzung der G sollte zum 1. Januar 1995 in Kraft treten. Die erste wirksame Satzung erließ die G mit Wirkung zum 1. Januar 2011. Mit Bescheid aus dem Jahr 2012 zog G die B zu einem Herstellungsbeitrag heran.

Der Bescheid ist von der BVerfG-Entscheidung betroffen. Die Satzung, auf die sich der Bescheid stützt, wurde nach Inkrafttreten der Neufassung des § 8 KAG erlassen. Die erste Satzung fixierte den 1. Januar 1995 als Zeitpunkt des Inkrafttretens einer wirksamen Satzung. Die Vorteilslage entstand im Jahr 1997. Daher wäre mit Ablauf des Jahres 2001 Festsetzungsverjährung eingetreten. Nach der neuen Rechtsprechung findet der Bescheid aus dem Jahr 2012 in der Satzung aus dem Jahr 2011 daher keine Stütze.

Abwandlung: Die G zieht die B erst im Jahr 2016 heran.

Der Bescheid ist ebenfalls von der BVerfG-Entscheidung betroffen, denn er ist wegen der hypothetischen Festsetzungsverjährung rechtswidrig. Dass der Bescheid aus dem Jahr 2016 nach Ablauf der Festsetzungsfrist auf der Grundlage der wirksamen Satzung aus dem Jahr 2011 erlassen wurde, spielt keine Rolle. Zum einen stützt diese Satzung den Bescheid gerade nicht, zum anderen ist es für die Frage der Betroffenheit eines Bescheides von der BVerfG-Entscheidung nicht relevant, ob der Bescheid unter einem weiteren Fehler leidet. Daher ist es hierfür auch nicht relevant, dass der Bescheid im Übrigen auch deshalb rechtswidrig ist, weil mit Ablauf des Jahres 2015 die zeitliche Obergrenze nach § 19 KAG für Fälle greift, in denen die Vorteilslage im Jahr 2000 oder früher entstanden ist.

Die Fälle zeigen, dass die von der BVerfG-Entscheidung betroffenen Grundstücke nicht identisch sind mit den altangeschlossenen Grundstücken. So ist es denkbar, dass ein altangeschlossenes Grundstück nicht von den Entscheidungen betroffen ist, etwa weil ein Beitragsbescheid innerhalb der ersten vier Jahre nach Inkrafttreten der ersten (unwirksamen) Satzung erlassen wurde. Umgekehrt ist es auch denkbar, dass neuangeschlossene

Grundstücke von der Entscheidung betroffen sind, nämlich wenn die Schaffung der Anschlussmöglichkeit vor dem Jahr 2000 erfolgt ist. Allerdings ist davon auszugehen, dass die BVerfG-Entscheidung typischerweise altangeschlossene Grundstücke betrifft. Denn die altangeschlossenen Grundstücke wurden aus den oben genannten Gründen im Regelfall nicht innerhalb von vier Jahren herangezogen, während die neuangeschlossenen Grundstücke typischerweise innerhalb der Festsetzungsfrist veranlagt wurden.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass aus der Tatsache, dass eine Fallgestaltung nicht unter die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts fällt, nicht geschlossen werden kann, dass der Beitragsbescheid rechtmäßig ist, da selbstredend eine Vielzahl weiterer Gründe, die zur Rechtswidrigkeit eines Bescheides führen, vorliegen können. Das ist insbesondere der Fall, wenn die Bescheide nicht von einer wirksamen Abgabensatzung gedeckt sind.

2. Problematische Fälle

Ausgehend von der allgemeinen Regel ergeben sich eine Reihe problematischer Fallgestaltungen, zu denen die Verwaltungsgerichte teilweise bereits Stellung genommen haben. Die nachfolgenden Fallgruppen erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Im Gegenteil, es ist davon auszugehen, dass aufgrund der Vielgestaltigkeit der kommunalen Praxis im Bereich der Finanzierung der Wasserver- und Abwasserentsorgung eine Vielzahl weiterer Abgrenzungsprobleme zu erörtern sein werden.

a) Von erster Satzung nicht umfasste Grundstücke

Fraglich ist, wie diejenigen Fälle zu behandeln sind, in denen die erste unwirksame Satzung bestimmte Grundstücke nicht erfasst hat bzw. ausdrücklich von der Geltung der Beitragssatzung ausgenommen hat.

Das Verwaltungsgericht Cottbus hat sich mit dieser Frage bereits auseinandergesetzt.¹⁰³ Es ging um eine (unwirksame) Satzung, die eine Anschlussbeitragspflicht mit dem Inkrafttreten der Satzung regelt, jedoch nur für Grundstücke, die ab dem 27. Juni 1991 angeschlossen werden konnten oder angeschlossen wurden. Das Verwaltungsgericht sah in dieser Regelung keine Bestimmung eines späteren Zeitpunktes für das Entstehen der

¹⁰³ VG Cottbus, Urt. vom 23. Juni 2016, Az. 6 K 435/12, juris, Rn. 21 ff.

sachlichen Beitragspflicht in der Satzung. Zudem überzeuge das Argument des beklagten Zweckverbandes nicht, dass die Eigentümer der vor dem in der Satzung genannten Datum anschließbaren Grundstücke keinen Vertrauensschutz in eine hypothetische Festsetzungsverjährung geltend machen könnten. Dies begründete das Verwaltungsgericht Cottbus damit, dass für die Bildung von Vertrauen das KAG in seiner alten Fassung maßgebend sei und nicht das unwirksame Satzungswerk des Verbandes.

Dieses Ergebnis erscheint nicht zweifelsfrei. Zwar ist es zutreffend, dass in dem Ausschluss bestimmter Grundstücke von der Beitragspflicht kein „späterer Zeitpunkt“ für das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht liegt. Allerdings ist zwingend festzustellen, ob auf der Grundlage der alten Fassung des KAG eine Rückwirkung überhaupt erforderlich war. Nur in diesem Fall können sich die betroffenen Grundstückseigentümer auf Vertrauensschutz berufen. Erforderlich ist also eine Auslegung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F.

Hier könnte argumentiert werden, dass die Ausnahme der altangeschlossenen Grundstücke aus dem Geltungsbereich der Beitragssatzung gegen den Gleichheitssatz verstößt, eine gleichmäßige Heranziehung also von vornherein geboten gewesen wäre. Da der Aufgabenträger aus einem solchen Rechtsverstoß keinen Vorteil ziehen darf, muss er sich so behandeln lassen, als hätte er von vornherein die altangeschlossenen Grundstücke in die Satzung einbezogen.

Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass ein wesentliches Argument für die Rückwirkungspflicht nach altem Recht darin lag, dass der Aufgabenträger von der Rechtmäßigkeit seiner eigenen Satzung auszugehen hatte und demzufolge auf Grundlage der Satzung innerhalb der Festsetzungsfrist Bescheide erlassen musste. Auch das Bundesverfassungsgericht weist in der Begründung auf diesen Umstand hin.¹⁰⁴ Legt man dies zugrunde, hat der Aufgabenträger aufgrund der unwirksamen Satzung, die die altangeschlossenen Grundstücke ausnimmt, gerade keinen Anlass gehabt, Beitragsbescheide für diese Grundstücke zu erheben. Dies spricht dafür, dass nach § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. eine Rückwirkung der ersten wirksamen Satzung auf die erste unwirksame Satzung nur im Rahmen des Geltungsbereichs der ersten unwirksamen Satzung erforderlich ist. Ist der Geltungsbereich der ersten unwirksamen Satzung durch eine zweite, ebenfalls unwirksa-

¹⁰⁴ BVerfG, Beschl. vom 12. Nov. 2015, Az. 1 BvR 2961/14 und 1 BvR 3051/14, juris, Rn. 69.

me Satzung erweitert worden, hat sich die erste wirksame Satzung insoweit Rückwirkung auf den von der zweiten unwirksamen Satzung fixierten Zeitpunkt beizumessen.

Jedenfalls wenn die Einschränkung des Geltungsbereichs, anders als in dem vom Verwaltungsgericht Cottbus zu entscheidenden Fall, rechtmäßig ist, etwa weil erst spätere Ausbauplanungen einen Anschluss für ein bestimmtes Gebiet vorgesehen haben, und dieses Gebiet demzufolge erst in einer späteren Satzung einbezogen wird, muss sich eine wirksame Satzung auf Grundlage des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. Rückwirkung erst nach Maßgabe dieser späteren Satzung beimessen.

b) Eigentümerwechsel

Weiterhin ist fraglich, wie mit Fällen umgegangen werden muss, in denen zwischenzeitlich der Eigentümer gewechselt hat. Könnte sich beispielsweise der Eigentümer eines Grundstücks, das im Jahr 1992 angeschlossen wurde, gegenüber einem Beitragsbescheid aus dem Jahr 2014 auf die hypothetische Festsetzungsverjährung berufen, so stellt sich die Frage, ob dies auch der Fall ist, wenn dieser Eigentümer das Grundstück erst im Jahr 2013 erworben hat. Es könnte vorgetragen werden, dass dieser Eigentümer ein Vertrauen auf die Nichterhebbarkeit nicht entwickeln konnte, da im Jahr 2013 bereits die Neufassung des KAG galt. Dies greift jedoch nicht. Denn die Beitragspflicht ist eine grundstücksbezogene Pflicht. § 8 Abs. 10 KAG bringt dies auch dadurch zum Ausdruck, dass der Beitrag als öffentliche Last auf dem Grundstück ruht. Da bezogen auf das Grundstück jedoch eine hypothetische Festsetzungsverjährung eingetreten ist, kann sich auch der neue Grundstückseigentümer hierauf berufen.

c) Veränderungen in der Gebietsstruktur des Aufgabenträgers

Dürften demzufolge die Fälle, in denen in Bezug auf ein Grundstück ein Eigentümerwechsel stattfindet, wenig problematisch sein, sind hingegen die Fälle, in denen in Bezug auf ein Grundstück ein Wechsel des Aufgabenträgers stattgefunden hat, rechtlich äußerst komplex.

aa) Hypothetische Festsetzungsverjährung beim bisherigen Aufgabenträger

Ein solcher Fall kann eintreten, wenn eine Gemeinde als Aufgabenträgerin im Wege einer Gebietsreform einer anderen Gemeinde beitrifft oder sich mit einer anderen Gemeinde zusammenschließt, wenn eine Gemeinde als Aufgabenträgerin einem Zweckverband beitrifft,

der neuer Aufgabenträger wird, oder wenn ein Zweckverband einem anderen Zweckverband beitrifft oder sich mit einem anderen Zweckverband zusammenschließt.

Das VG Cottbus¹⁰⁵ und wohl auch das OVG Berlin-Brandenburg¹⁰⁶ gehen von folgenden Überlegungen aus: Der Beitrag wird erhoben für die Möglichkeit des Anschlusses an eine bestimmte öffentliche Einrichtung. Denn mit dem Herstellungsbeitrag werden Maßnahmen zur Herstellung dieser öffentlichen Einrichtung finanziert. Die Einrichtung bezieht sich immer auf einen bestimmten Aufgabenträger. Wechselt der Aufgabenträger, so handelt es sich um eine öffentliche Einrichtung des neuen Aufgabenträgers und damit um eine neue öffentliche Einrichtung. Mit dem Zeitpunkt des Wechsels des Aufgabenträgers entsteht daher eine neue Vorteilslage. Damit entsteht die sachliche Beitragspflicht bezogen auf diesen Aufgabenträger mit dem Zeitpunkt des Zuständigkeitswechsels. Dieser Zeitpunkt des Zuständigkeitswechsels ist daher maßgeblich für die Berechnung der hypothetischen Festsetzungsverjährung.

Ein Zuständigkeitswechsel kann also, bezogen auf das Grundstück, den Beginn der hypothetischen Festsetzungsverjährung hinausschieben. Fand der Wechsel im Jahr 2000 oder später statt, könnte sich der Eigentümer auf die hypothetische Festsetzungsverjährung nicht mehr berufen, da in diesen Fällen § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. Anwendung findet.

Diese Rechtsprechung überzeugt nicht. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass ein neuer Aufgabenträger die vom alten Aufgabenträger übernommene Einrichtung nicht zwingend mit der eigenen Einrichtung zu einer einheitlichen Einrichtung zusammenfassen muss. Denkbar ist vielmehr, dass zwei getrennte öffentliche Einrichtungen mit demzufolge unterschiedlichen Abrechnungen bestehen bleiben. Darüber hinaus kann der Zuständigkeitswechsel, etwa bei einer Eingliederung eines Zweckverbandes in einen anderen, zu einer Gesamtrechtsnachfolge¹⁰⁷ führen. Jedenfalls in diesen Fällen der Gesamtrechtsnachfolge und des Beibehaltens von zwei getrennten öffentlichen Einrichtungen entsteht im Verhältnis zu den betroffenen Grundstücken keine rechtlich neue öffentliche Einrichtung. Vielmehr tritt der neue Aufgabenträger mit allen Rechten und Pflichten in die Rechtsbeziehungen, die sich aus der bisherigen öffentlichen Einrichtung ergaben, ein.

¹⁰⁵ VG Cottbus, Urt. vom 28. April 2016, Az. 6 K 1376/14, juris, Rn. 39 und 42 f.

¹⁰⁶ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 11. Feb. 2016, Az. OVG 9 B 43.15 (OVG 9 B 35.12), juris, Rn. 27.

¹⁰⁷ § 35 Abs. 1 Satz 5 GKGBbg.

Aber auch in anderen Fällen, also einer bloßen Funktionsnachfolge, insbesondere bei Beitritt einer Gemeinde in einen Zweckverband, oder im Falle einer Zusammenfassung der beiden Einheiten zu einer einheitlichen rechtlichen Einrichtung, muss sich der neue Aufgabenträger eine gegenüber dem alten Aufgabenträger bereits eingetretene hypothetische Festsetzungsverjährung entgegenhalten lassen. Dies ergibt sich nach hier vertretener Auffassung aus der Grundstücksbezogenheit der Beitragspflicht. Ebenso wie die Beitragspflicht als öffentliche Last auf dem Grundstück ruht, ist eine (hypothetische) Festsetzungsverjährung an das Grundstück geknüpft. Der neue Aufgabenträger übernimmt daher die an dem Grundstück haftende Festsetzungsverjährung, sodass sich der Grundstückseigentümer auch gegenüber dem neuen Verband darauf berufen kann.

Die abweichende, rechtsdogmatisch in sich durchaus schlüssige Auffassung der genannten Verwaltungsgerichte wäre schwerlich mit dem Gedanken des Vertrauensschutzes zu vereinbaren. Denn nach dieser Auffassung wäre durch einen Wechsel des Aufgabenträgers und damit der öffentlichen Einrichtung eine sachliche Beitragspflicht immer wieder neu zu begründen und die betroffenen Grundstückseigentümer könnten sich niemals darauf verlassen, dass trotz hypothetischer Festsetzungsverjährung nicht doch eines Tages Herstellungsbeiträge erhoben werden.

Allerdings dürfte der Vertrauensschutz nur so weit gehen, wie die hypothetische Festsetzungsverjährung gegenüber dem alten Aufgabenträger gewirkt hat. Fasst der neue Aufgabenträger die bisherigen Einrichtungen zu einer (neuen) einheitlichen Einrichtung zusammen, so kann dieser auch von den neuen Grundstückseigentümern, die gegenüber dem alten Aufgabenträger die hypothetische Festsetzungsverjährung einwenden konnten, Herstellungsbeiträge insoweit erheben, als es um Herstellungsmaßnahmen für die neue Einrichtung geht, die über die Herstellungsmaßnahmen für die Einrichtung des alten Aufgabenträgers hinausgehen.

Zu demselben Ergebnis kommt auch das VG Potsdam¹⁰⁸ unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung für die Fälle, in denen der neue Einrichtungsträger bereits früher geleistete Beitragszahlungen auf den neu festgesetzten Beitrag angerechnet hat. Nach Auffassung des Gerichts müssen hierbei auch Beiträge angerechnet werden, die wegen hypothetischer Festsetzungsverjährung nicht mehr hätten erhoben werden können. Die durch

¹⁰⁸ VG Potsdam, Urt. vom 22. Juni 2016, Az. 8 K 2979/14, juris, Rn. 37 ff.

die hypothetische Festsetzungsverjährung erworbene Rechtsposition stehe einer Zahlung im Wesentlichen gleich und müsse daher gleichbehandelt werden. Andernfalls käme es zu einer vollständigen Entwertung der vom Bundesverfassungsgericht zuerkannten Rechtsposition. Zudem hinge die Beitragspflicht andernfalls von dem für den Beitragspflichtigen bloß zufälligen Ereignis ab, ob nach Eintritt der hypothetischen Verjährung durch Beitritt einer Kommune zu einem Zweckverband oder erstmalige Gründung eines Zweckverbandes ein Beitrag für die erstmalige Herstellung der Einrichtung wieder in voller Höhe erhoben werden könnte.

bb) Hypothetische Festsetzungsverjährung beim neuen Aufgabenträger

Von dieser Problematik zu unterscheiden sind Fallgestaltungen, in denen sich der Grundstückseigentümer auf eine hypothetische Festsetzungsverjährung beruft, weil das Grundstück beim neuen (und nicht wie oben erörtert beim alten) Aufgabenträger nicht mehr herangezogen werden könnte, wenn es von Anfang an in dessen Aufgabengebiet belegen gewesen wäre.

Auch hierzu hat das VG Potsdam¹⁰⁹ bereits Stellung bezogen. Hier lag der Fall so, dass sich gegenüber dem neuen Aufgabenträger diejenigen Eigentümer von Grundstücken, die schon zuvor im Zuständigkeitsbereich des Aufgabenträgers lagen, auf die hypothetische Festsetzungsverjährung berufen konnten. Wäre das klägerische Grundstück also von Anfang an im Zuständigkeitsbereich des neuen Aufgabenträgers gewesen, wäre auch in Bezug auf dieses Grundstück hypothetische Festsetzungsverjährung eingetreten.¹¹⁰ Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts Potsdam würde daher eine Heranziehung des neu hinzugekommenen Grundstückes gegen den Gleichheitssatz verstoßen. Die Ungleichbehandlung zwischen altbelegenen und neubelegenen Grundstücken sei nicht zu rechtfertigen. Die zeitlichen Zufälligkeiten der Aufnahme in das Verbandsgebiet könnten die unterschiedliche Heranziehung der in gleicher Weise bevorteilten Grundstückseigentümer nicht legitimieren. Andernfalls würden gerade die Eigentümer privilegiert, die den Vorteil schon lange nutzen.

¹⁰⁹ VG Potsdam, Urt. vom 22. Juni 2016, AZ. 8 K 56/16, juris, Rn. 30 ff.

¹¹⁰ Wenn man so will, lag eine „hypothetische hypothetische Festsetzungsverjährung“ vor.

Die Anwendung des Gleichheitssatzes gegenüber den altbelegenen Grundstücken des neuen Aufgabenträgers, wie ihn das VG Potsdam entwickelt hat, ist nicht überzeugend. Die Argumentation ließe sich auf die hypothetische Festsetzungsverjährung allgemein übertragen. Der Einwendung, dass ein zufälliger Termin des Trägerwechsels über die Heranziehbarkeit entscheidet, ist entgegenzuhalten, dass Gleiches für den Zeitpunkt der Anschlussmöglichkeit gilt. Richtigerweise liegt der eine ungleiche Behandlung rechtfertigende Differenzierungsgrund darin, dass die eine Gruppe von Grundstückseigentümern ein berechtigtes Vertrauen auf die hypothetische Festsetzungsverjährung entwickelt hat und die andere Gruppe noch nicht.¹¹¹ Dies gilt bei einem Wechsel des Aufgabenträgers in gleicher Weise. Haben die Eigentümer der im Altgebiet des Aufgabenträgers belegenen Grundstücke Vertrauen entwickeln können, die Eigentümer der neu in das Aufgabenträgergebiet gewechselten Grundstücke hingegen noch nicht, so rechtfertigt sich die ungleiche Heranziehung ebenfalls durch das unterschiedliche Vertrauen in die Heranziehbarkeit.

Zusammengefasst lässt sich daher festhalten, dass es nach hiesiger Auffassung nicht maßgeblich ist, ob in Bezug auf den neuen Aufgabenträger die hypothetische Festsetzungsverjährung eingetreten wäre, sondern ob beim alten Aufgabenträger die hypothetische Festsetzungsverjährung eingetreten ist. Die bisherige verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung geht hingegen teilweise genau umgekehrt vor: Eine hypothetische Festsetzungsverjährung beim alten Aufgabenträger ist danach nicht maßgeblich, während eine hypothetische Festsetzungsverjährung, die gegenüber dem neuen Aufgabenträger eingetreten wäre, wenn das Grundstück schon immer in dessen Gebiet gelegen hätte, unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes einer Beitragserhebung entgegensteht.

d) Die öffentliche Hand als Abgabenschuldnerin

Als besonders problematisch stellt sich auch die Frage dar, ob sich die öffentliche Hand als Beitragsschuldnerin ebenfalls auf die hypothetische Festsetzungsverjährung aus Gründen des Vertrauensschutzes berufen kann. Dies betrifft sowohl öffentlich-rechtliche Verwaltungsträger, also beispielsweise den Bund, das Land und die Kommunen, als auch privatrechtlich organisierte Rechtspersonen, die mehrheitlich von der öffentlichen Hand getragen werden. Denn diese Personen können sich nach der Rechtsprechung des Bun-

¹¹¹ Vgl. zu diesen Aspekt OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 11. Feb. 2016, Az. OVG 9 B 1.16, juris, Rn. 39.

desverfassungsgerichts nicht auf die Grundrechte berufen.¹¹² Demzufolge hat das Bundesverfassungsgericht eine Verfassungsbeschwerde einer kommunalen Wohnungsbau-gesellschaft gegen Anschlussbeitragsbescheide verworfen.¹¹³

Gleichwohl hat das Verwaltungsgericht Cottbus¹¹⁴ einer Anfechtungsklage eines Landkreises gegen einen Anschlussbeitragsbescheid unter dem Gesichtspunkt der hypothetischen Festsetzungsverjährung stattgegeben. Das Verwaltungsgericht Cottbus vertrat die Auffassung, dass auch Nicht-Grundrechtsträger in den Genuss des rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbot kommen. Dies ergebe sich zum einen aus der Bindungswirkung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Denn das Bundesverfassungsgericht habe in seinem Beschluss personelle Einschränkungen nicht vorgenommen. Zum anderen würden die Regelungen des KAG und der AO über die Festsetzungsverjährung für alle Personen und damit auch für die öffentliche Hand gelten. Auch Nicht-Grundrechtsträger könnten daher die geschützte einfachrechtliche Position der hypothetischen Festsetzungsverjährung erworben haben. Gleiches folge aus den objektiv-rechtlichen Wirkungen des Rechtsstaatsprinzips. Daraus ergebe sich, dass Rechtspositionen wie die hypothetische Festsetzungsverjährung auch von Nicht-Grundrechtsträgern nur unter Beachtung des Vertrauensschutzes beschränkt werden dürfen.

Eine abweichende Entscheidung hingegen hat das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg¹¹⁵ in Bezug auf eine kommunalgetragene Wohnungsbaugesellschaft getroffen. Unter Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung des Verwaltungsgerichts Potsdam hat es die Auffassung vertreten, dass sich juristische Personen, die nicht Grundrechtsträger sind, also auch privatrechtlich organisierte, aber von einer Kommune mehrheitlich getragene GmbHs, nicht auf den Vertrauensschutz berufen können, so dass für diese Personen § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. auch in den Fällen Anwendung findet, in denen die Vorteilslage vor dem Jahr 2000 entstanden ist.

¹¹² BVerfG, Beschl. vom 3. Nov. 2015, Az. 1 BvR 1766/15, 1 BvR 1783/15, 1 BvR 1815/15, juris; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 2. Nov. 2015, Az. 1 BvR 1530/15, 1 BvR 1531/15, juris

¹¹³ Fn. 112.

¹¹⁴ VG Cottbus, Urt. vom 17. März 2016, Az. 6 K 554/14, juris, Rn. 21 ff.; zustimmend *Brüning* (Fn. 25), S. 84 f.

¹¹⁵ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 15. Juni 2016, Az. OVG 9 B 31.14, juris, Rn. 17 und 45 ff.

Zur Begründung führt das Oberverwaltungsgericht aus, die klagende Wohnungsbaugesellschaft sei zwar nicht grundrechtsfähig, aber gleichwohl klagebefugt nach § 42 VwGO. Denn sie sei den Regelungen über Kommunalabgaben unterworfen, so dass ihr prozessual die gleichen Rechte zustehen wie jedem Abgabenschuldner auch. Die Klage sei aber unbegründet. Bei Nicht-Grundrechtsträgern sei § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. auch in Fällen einer hypothetischen Festsetzungsverjährung anzuwenden. Das Bundesverfassungsgericht habe nichts Abweichendes mit Bindungswirkung entschieden, da es bei den zulässigen Verfassungsbeschwerden um Beschwerden von Grundrechtsträgern gegangen sei. Nicht näher geklärt werden müsse, ob und in welchen Fällen für die öffentliche Hand überhaupt das grundsätzliche Verbot einer echten Rückwirkung gelte. Jedenfalls sei auch hier zu prüfen, ob die Rückwirkung ausnahmsweise gerechtfertigt sei. Dabei müsse die besondere Stellung der öffentlichen Hand berücksichtigt werden, die stärker dem Gemeinwohl verpflichtet sei als der Bürger. Das Land dürfe sich als Gesetzgeber ohnehin rückwirkend belasten. Die Gemeinden als Mitglieder eines Zweckverbandes hätten über die Vertreter in der Verbandsversammlung Einfluss auf das Verwaltungshandeln nehmen können. Im Übrigen diene die Anwendung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. der Herstellung von Beitragsgerechtigkeit und damit dem Gemeinwohl. Denn auch der öffentlichen Hand erwachse aus der Anschlussmöglichkeit ein eigener Vorteil. Zudem seien juristische Personen des öffentlichen Rechts in ihrer Existenz oder Fähigkeit zur Aufgabenerfüllung nicht ernstlich gefährdet. Bei von der öffentlichen Hand beherrschten juristischen Personen gelte nichts anderes. Diese seien zwar möglicherweise wirtschaftlich stärker betroffen. Insofern könnten aber die sie beherrschenden Verwaltungsträger einen Ausgleich vornehmen. Außerdem könne sich ein Hoheitsträger durch Verlagerung von Aufgaben auf eine von ihm beherrschte juristische Person des Privatrechts keinen besonderen geschützten Bereich verschaffen.

Das Oberverwaltungsgericht sieht hier jedoch eine grundsätzliche, noch nicht geklärte Rechtsfrage, so dass es die Revision zum Bundesverwaltungsgericht zugelassen hat.

Nach hiesiger Auffassung ist die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts kritisch zu hinterfragen. Denn das Oberverwaltungsgericht bejaht die Zulässigkeit der Klage und damit eine Klagebefugnis. Die Klagebefugnis ist nach § 42 Abs. 2 VwGO allerdings nur gegeben, wenn sich der Kläger auf ein subjektives öffentliches Recht berufen kann. Die öffentliche Hand kann sich zur Abwehr von Abgabenbescheiden jedenfalls nicht auf die Grundrechte und damit auch nicht auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen, der für Privatpersonen

das Abwehrgrundrecht gegen Abgabenbescheide darstellt. Wenn das Oberverwaltungsgericht gleichwohl eine Klagebefugnis und damit ein subjektives öffentliches Recht annimmt, so scheint es ein solches Recht dem einfachen Gesetzesrecht zu entnehmen. Das Oberverwaltungsgericht sagt hierzu lediglich, dass der abgabenunterworfenen öffentlichen Hand die gleichen prozessualen Rechte zustehen müssten wie Privaten. Damit sagt das Gericht lediglich aus, dass eine Klagebefugnis gegeben ist, weil eine Klagebefugnis gegeben sein muss. Aus welchem subjektiven Recht sich die Klagebefugnis ergibt, wird nicht erwähnt. Prozessuale Rechte genügen jedenfalls nicht, eine Klagebefugnis wegen eines Abgabenbescheides zu begründen.

Auch in der Prüfung der Begründetheit lässt das Oberverwaltungsgericht offen, ob und welche Rechtspositionen hier einer echten Rückwirkung entgegenstehen könnten. Es nennt hier lediglich beispielhaft die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung und das im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Willkürverbot. Die Festlegung des subjektiven Rechts ist jedoch erforderlich. Denn nur dadurch kann für den Einzelfall abgewogen werden, ob die vom OVG allgemein bejahte Ausnahme vom Rückwirkungsverbot gerechtfertigt ist. So vermag sich der Vertrauensschutz einer von Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Kommune möglicherweise in gleicher Weise durchzusetzen wie ein grundrechtlich verankerter Vertrauensschutz, während dies beispielsweise bei einer verfassungsrechtlich nicht vergleichbar geschützten berufsständigen Kammer als juristischer Person des öffentlichen Rechts ggf. anders zu bewerten sein könnte.

Eine abschließende Klärung ist daher erst durch die vom Oberverwaltungsgericht zugelassene Revision beim Bundesverwaltungsgericht zu erwarten, wobei zu berücksichtigen ist, dass das Bundesverwaltungsgericht zu einer Auslegung und Anwendung des Landesrechts nicht berufen ist, sondern sich auf Bundesrecht beschränken muss, hier also insbesondere auf das Verwaltungsprozessrecht und die grundgesetzlichen Vorgaben für einen Vertrauensschutz der öffentlichen Hand sowie die Reichweite der Bindungswirkung der BVerfG-Entscheidung nach § 31 BVerfGG.

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass die Frage, welche Beitragsbescheide von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erfasst werden, alles andere als trivial ist. Maßgeblich sind die erste unwirksame Satzung, die Entstehung der Vorteilslage und der Erlass des Beitragsbescheides sowie die Satzung, auf die sich der Bescheid stützt. Darüber hinaus ergeben sich Sonderfälle, die etwa für die öffentliche Hand als Abgaben-

schuldnerin oder für einen Wechsel der Aufgabenträgerschaft wiederum komplexe Rechtsprobleme aufwerfen.

IV. Beitragsrechtliche Folgen

Zu prüfen ist, welche Auswirkungen die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in den Fällen hat, die nicht unmittelbar Gegenstand des Verfassungsbeschwerdeverfahrens waren und in denen daher das Bundesverfassungsgericht keine Entscheidung in der Sache getroffen hat. Hier sind mehrere Fallgruppen zu unterscheiden.

1. Erfasste nicht bestandskräftige Beitragsbescheide

Soweit Adressaten von Beitragsbescheiden, die in die oben beschriebenen Fallgruppen der von der BVerfG-Entscheidung erfassten Bescheide fallen, gegen diese Bescheide Widerspruch bzw. Klage erhoben haben, über die noch nicht unanfechtbar entschieden wurde, ist dem Widerspruch bzw. der Klage stattzugeben und der Bescheid aufzuheben. Denn die Bescheide sind rechtswidrig und verletzen die Betroffenen in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Dies folgt aus der Bindungswirkung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG. Zwar hat dieses – wie bereits ausgeführt – § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. nicht für verfassungswidrig oder nichtig erklärt, sondern eine verfassungskonforme Auslegung vorgegeben. Jedoch entfaltet auch eine solche Entscheidung für sachlich vergleichbare Fälle Bindungswirkung.¹¹⁶ Die Brandenburger Verwaltungsgerichte haben dem durch eine Änderung der Rechtsprechung, wie dargelegt, Rechnung getragen.

Da Widerspruch und Klage gegen Beitragsbescheide der fraglichen Art gem. § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung haben,¹¹⁷ dürften in vielen Fällen bereits Zahlungen erfolgt sein. Da mit der Aufhebung des Beitragsbescheids der Rechtsgrund entfällt, sind bereits gezahlte oder vollstreckte Beträge zurückzuerstatten. In diesen Fällen kann das Gericht gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO auch anordnen, dass die Behörde den Vollzug des aufgehobenen Verwaltungsaktes durch Rückzahlung der gezahlten

¹¹⁶ Siehe dazu auch unter dem Gesichtspunkt des § 79 BVerfGG BVerfG, Beschluss vom 6. Dez. 2005, Az. 1 BvR 1905/02, juris, Rn. 38 ff.; BVerfG, Beschluss vom 19. Dez. 2006, Az. 1 BvR 2723/06, juris, Rn. 12 f.

¹¹⁷ Siehe hierzu etwa OVG Bautzen, Beschl. vom 4. März 2004, Az. 5 BS 119/02, juris, Rn. 36 f. Auch in diesem Fall ging es um einen Abwasserbeitragsbescheid.

(oder vollstreckten) Beträge rückgängig zu machen hat (sog. Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch).¹¹⁸

2. Erfasste unanfechtbare Bescheide mit unvollständiger Zahlung

Vorgaben für die von der BVerfG-Entscheidung erfassten unanfechtbaren Bescheide, auf die noch nicht vollständig gezahlt wurde, könnten sich aus § 79 Abs. 2 BVerfGG ergeben, dessen Geltung in § 12 Abs. 1 Nr. 6a KAG i.V.m. § 251 Abs. 2 Satz 1 AO ausdrücklich angeordnet wird. Nach § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG bleiben die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen, die auf einer vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt. Allerdings ist die Vollstreckung solcher Entscheidungen gem. § 79 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG unzulässig.

§ 79 Abs. 2 BVerfGG gilt dem Wortlaut nach nur für Nichtigerklärungen. Die Vorschrift findet nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedoch entsprechende Anwendung in den Fällen, in denen das Bundesverfassungsgericht eine Entscheidung über die Auslegung der Norm durch die Behörden und Gerichte getroffen und hierbei Maßstäbe für eine verfassungskonforme Auslegung vorgegeben hat.¹¹⁹

Danach besteht in Fällen, in denen zwar bestandskräftige Bescheide oder rechtskräftige, klageabweisende Gerichtsentscheidungen vorliegen, aber eine Zahlung nicht oder nicht vollständig erfolgt ist, ein Vollstreckungshindernis. Nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Brandenburg ist die Vollstreckung daher auszusetzen.

Fraglich ist der Zeitpunkt, ab wann das Vollstreckungshindernis eintritt, da die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nur den Beteiligten zugestellt wird. Jedenfalls mit Kenntnis der Behörde von der BVerfG-Entscheidung ist von einem Vollstreckungshindernis auszugehen. Sofern das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidung auf seiner Internetseite veröffentlicht hat, dürfte dies genügen, um zum Zeitpunkt der Veröffentlichung das Vollstreckungshindernis zu begründen.

¹¹⁸ Siehe hierzu z.B. für einen vergleichbaren Fall aus Thüringen VG Gera, Urt. vom 27. Juli 2011, Az. 2 K 2398/09 Ge, juris, Rn. 42.

¹¹⁹ Siehe Fn. 116; ausführlich zu Bedeutung und Reichweite der Vorschrift im Teil II dieses Gutachtens zu den haftungsrechtlichen Fragen.

3. Erfasste unanfechtbare Bescheide mit (vollständiger) Zahlung

Sofern auf der Grundlage von erfassten unanfechtbaren Bescheiden bereits (ein Teilbetrag) gezahlt wurde, sind Rückzahlungsansprüche in entsprechender Anwendung des § 79 Abs. 2 Satz 4 BVerfGG ausgeschlossen.¹²⁰ Solange und soweit die Bescheide zwar rechtswidrig, aber wirksam sind, stellen sie den Rechtsgrund für die Zahlungen und damit für das Einbehalten der gezahlten Beiträge dar.

Damit stellt sich die Frage, ob die Bescheide nichtig und damit unwirksam sind. Ist dies nicht der Fall, kann die Wirksamkeit möglicherweise durch Aufhebung der Bescheide im Wege des Wiederaufgreifens des Verfahrens oder eine Rücknahme des Bescheides beseitigt werden.

a) Keine Nichtigkeit der Beitragsbescheide

Möglicherweise sind die von der BVerfG-Entscheidung erfassten Bescheide wegen des Verfassungsverstoßes nichtig. Ist ein Beitragsbescheid nicht nur rechtswidrig, sondern nichtig, so entfaltet er gem. § 12 Abs. 1 Nr. 3 b KAG i.V.m. § 124 Abs. 3 AO von Anfang an keine Rechtswirkungen.¹²¹ Aufgrund eines nichtigen Bescheides geleistete Zahlungen sind gem. § 12 Abs. 1 Nr. 2 b KAG i.V.m. § 37 Abs. 2 Satz 1 AO zurückzuerstatten.

Die Voraussetzungen für die Nichtigkeit der Bescheide ergeben sich aus § 12 Abs. 1 Nr. 3 b KAG i.V.m. § 125 AO. Die in § 125 Abs. 2 AO besonders genannten Nichtigkeitsgründe (z.B. die Nichterkennbarkeit der erlassenden Behörde oder das Verlangen einer strafbaren Handlung) sind nicht einschlägig. In Betracht kommt daher nur eine Nichtigkeit nach der Generalklausel des § 125 Abs. 1 AO. Hiernach muss der Bescheid zwei Voraussetzungen erfüllen:

- er muss unter einem besonders schwerwiegenden Fehler leiden und
- dieser Fehler muss offenkundig sein.

¹²⁰ Siehe hierzu etwa bei *Graßhof*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Auflage, 2005, § 79 BVerfGG Rn. 33 f.

¹²¹ Nichtige Verwaltungsakte entfalten unabhängig von einer gerichtlichen Aufhebungsentscheidung keine Rechtswirkungen. Daher sieht § 44 Abs. 1 VwGO auch konsequenterweise nur die „Feststellung der Nichtigkeit“ durch die Verwaltungsgerichte und nicht etwa die „Anordnung der Nichtigkeit“ o.ä. vor. Siehe zu diesem Zusammenhang beispielsweise OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. vom 20. Jan. 2016, Az. OVG 10 S. 29.15, juris, Rn. 5 ff.

Das VG Schwerin¹²² hatte dies im Hinblick auf Abwasserbeitragsbescheide in Mecklenburg-Vorpommern Anfang 2016 zu prüfen und dabei Folgendes ausgeführt:

„Der Verwaltungsakt muss nach dem Gesetz an einem besonders schweren und offenkundigen Mangel leiden, er muss seine grobe Fehlerhaftigkeit also gewissermaßen auch ´auf der Stirn´ tragen bzw. diese muss ´mit den Händen zu greifen sein´. Besonders schwerwiegend ist nur ein Fehler, der den Verwaltungsakt als schlechterdings unerträglich erscheinen lässt, d. h. mit tragenden Verfassungsprinzipien oder der Rechtsordnung immanenten wesentlichen Wertvorstellungen unvereinbar ist. Dabei bezieht sich ´schwerwiegend´ auf den Bescheid und nicht auf das Verhalten der Behörde, sodass für die Beurteilung, ob ein solcher schwerwiegender Fehler dem Verwaltungsakt innewohnt, das Verhalten der Behörde unbeachtlich ist. Offenkundig ist ein Fehler nur, wenn jeder verständige Dritte, dem die Kenntnis aller in Betracht kommenden Umstände unterstellt werden kann, in der Lage ist, den Fehler in seiner besonderen Schwere zu erkennen [...]. Nichtigkeit eines Verwaltungsakts ist daher nur dann anzunehmen, wenn die an eine ordnungsmäßige Verwaltung zu stellenden Anforderungen in so erheblichem Maße verletzt werden, dass von niemandem erwartet werden kann, den Verwaltungsakt als verbindlich anzuerkennen.“

Zwar könnte daran gedacht werden, dass eine verfassungswidrige Auslegung des einfachen Rechts (hier § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F.) einen schwerwiegenden Rechtsfehler darstellt. Dem steht aber schon die beschriebene Wertung des § 79 Abs. 2 BVerfGG entgegen, aus der gerade deutlich wird, dass allein das Verdikt der Verfassungswidrigkeit keine Aufhebung oder gar Rückabwicklung bestandskräftiger Entscheidungen auslöst oder erfordert. Dementsprechend hat das VG Cottbus¹²³ zu einem Anschlussbeitragsbescheid ausgeführt, dass der Verstoß eines Verwaltungsakts gegen materielles Recht in der Regel keine Nichtigkeit begründe, auch nicht ein Verstoß gegen höherrangiges Recht. Ein Verwaltungsakt sei nicht ohne weiteres nichtig, wenn sich aufgrund einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts herausstellt, dass er auf einer verfassungswidrigen gesetzlichen Grundlage oder Auslegung beruht.

¹²² VG Schwerin, Urt. vom 16. Feb 2016, Az. 4 A 152/15, juris, Rn. 52 ff.

¹²³ VG Cottbus, Urt. vom 5. Dez. 2013, Az. 6 K 856/13, juris, Rn. 15.

Jedenfalls fehlt es an der Offenkundigkeit des Fehlers. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht eine aus seiner Sicht „offensichtliche“ Begründetheit der Verfassungsbeschwerden angenommen. Mit diesem Tatbestandsmerkmal werden die Prüfanforderungen der Kammer hinsichtlich ihrer Sachentscheidungskompetenz für eine stattgebende Entscheidung spezifiziert.¹²⁴ „Offensichtlich“ begründet ist eine Verfassungsbeschwerde dann, wenn die Vorentscheidung der maßgeblichen Rechtsfrage durch das Bundesverfassungsgericht eindeutig ist.¹²⁵ Diese „Offensichtlichkeit“ ist also nicht gleichzusetzen mit der Offenkundigkeit, die sich auf „jeden verständigen Dritten“ bezieht. Hier haben zahlreiche mit gleichliegenden Fällen befasste Gerichte (alle brandenburgischen Verwaltungsgerichte, das OVG Berlin-Brandenburg, das Bundesverwaltungsgericht und das Verfassungsgericht des Landes Brandenburg) die (bisherige) Praxis für rechts- und verfassungskonform erachtet, so dass im Sinne des § 125 AO kein offenkundiger Fehler vorlag.

Die fehlende Offenkundigkeit ergibt sich zudem daraus, dass der Rechtsfehler bei den betroffenen Bescheiden in der Missachtung der (hypothetischen) Festsetzungsverjährung liegt. Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs liegt keine Nichtigkeit eines Bescheides gem. § 125 Abs. 1 AO vor, wenn dieser trotz eingetretener Festsetzungsverjährung erlassen worden ist. Ein solcher Fehler sei nicht offenkundig, sondern nur unter Heranziehung der Akten zur Berechnung der Festsetzungsfrist feststellbar.¹²⁶

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass alleine aus der vom Bundesverfassungsgericht festgestellten verfassungswidrigen Auslegung von § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. keine Nichtigkeit der darauf beruhenden Beitragsbescheide folgt.¹²⁷

b) Kein Wiederaufgreifen des Verfahrens

Eine Überwindung der Bestandskraft der unanfechtbaren Bescheide könnte durch Wiederaufgreifen des (Abgaben-)Verfahrens in Betracht kommen. Die verwaltungsverfahrensrechtliche Rechtsgrundlage hierfür stellt § 1 Abs. 1 Satz 1 VwVfGBbg i.V.m. § 51 VwVfG

¹²⁴ *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 7. Aufl. 2015, § 93 Rn. 14.

¹²⁵ Siehe auch BVerfG, Beschl. vom 12. Nov. 2015, Az. 1 BvR 2961/14 und 1 BvR 3051/14, juris, Rn. 33.

¹²⁶ Vgl. hierzu BFH, Beschl. vom 6. Mai 1994, Az. V B 28/94, juris, Rn. 4. Von der Notwendigkeit der Prüfung des Akteninhalts zur Klärung der Frage der Festsetzungsverjährung dürfte in den betroffenen Fällen im Regelfall auszugehen sein.

¹²⁷ Vgl. *Herrmann*, „Klarstellungen“ im Anschlussbeitragsrecht – und wieder ist alles offen, LKV 2016, S. 54 (59).

dar. Nach § 51 Abs. 1 bis 4 VwVfG hat die Behörde auf Antrag des Betroffenen unter bestimmten Voraussetzungen über die Aufhebung oder Änderung eines unanfechtbaren Verwaltungsaktes zu entscheiden. Nach § 51 Abs. 5 VwVfG bleiben die Vorschriften der §§ 48 und 49 VwVfG über die Rücknahme und den Widerruf unberührt.

Jedoch findet § 51 VwVfG im Bereich des Kommunalabgabenrechts keine Anwendung, da das Verwaltungsverfahrensgesetz nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 VwVfGBbg nicht für Verwaltungsverfahren gilt, in denen Vorschriften der Abgabenordnung anzuwenden sind. Dies ist in den Verfahren nach dem KAG wegen des Verweises auf die Abgabenordnung in § 12 KAG der Fall.¹²⁸

Eine Parallelvorschrift zu § 51 VwVfG enthalten die Regelungen der Abgabenordnung, auf die § 12 KAG verweist, nicht. Zwar eröffnen die §§ 172 ff. AO die Möglichkeit, ggf. über die Änderung von Steuerbescheiden eine spätere Rechtsprechungsänderung bzw. eine nach dem Bescheiderlass ergangene Entscheidung des BVerfG zu berücksichtigen. Aber diese Vorschriften über Steuerbescheide finden nach § 12 Abs. 1 Nr. 4 b KAG keine Anwendung.

Auch für eine analoge Anwendung des § 51 VwVfG ist kein Raum. Die Verweisung auf die AO ist eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gewesen.¹²⁹ Es fehlt somit an einer unbewussten Lücke, die Grundlage für eine Analogie sein könnte.¹³⁰ Ferner eröffnen die in § 12 Abs. 1 Nr. 3 b KAG genannten Vorschriften der Abgabenordnung eine Aufhebungs- bzw. Änderungsmöglichkeit. Auch dies spricht gegen eine durch eine Analogie zu schließende Lücke. Aus dem gleichen Grund besteht auch kein Bedarf, ein Wiederaufgreifen des Verfahrens auf Grundlage eines ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsatzes zu ermöglichen.¹³¹

Ein Wiederaufgreifen des Verfahrens ist daher in den betroffenen Fällen nicht möglich.

¹²⁸ Anders VG Halle, Urt. vom 14. Dez. 2015, Az. 4 A 4/15, juris, Rn. 16 f., zur Rechtslage in Sachsen-Anhalt. Dort ist im VwVfG allerdings eine Anwendung nur ausgeschlossen, „soweit“ die Vorschriften der AO Anwendung finden, während in Brandenburg der Ausschluss schon immer dann gilt, wenn Vorschriften der AO Anwendung finden.

¹²⁹ So auch *Herrmann*, in: Becker u.a (Hrsg.), Kommunalabgabengesetz für das Land Brandenburg, Loseblatt Stand 2016, § 12 Rn. 9.

¹³⁰ Siehe zu diesem Erfordernis als Voraussetzung für einen statthaften Analogieschluss z.B. OLG Celle, Beschl. vom 6. Feb 2013, Az. 17 W 13/12, juris, Rn. 37 ff.

¹³¹ Vgl. dazu *Brüning* (Fn. 25), S. 46.

c) Rücknahme gem. § 12 Abs. 1 Nr. 3 b KAG i.V.m. § 130 AO

In Betracht kommt eine Rücknahme der von der BVerfG-Entscheidung erfassten Bescheide gem. § 12 Abs. 1 Nr. 3 b KAG i.V.m. § 130 AO. Da es vorliegend um Beitragsbescheide, also nicht um die Betroffenen begünstigende Verwaltungsakte geht, sind die Rücknahmebeschränkungen nach § 130 Abs. 2 AO nicht zu beachten. Vielmehr ist § 130 Abs. 1 AO maßgeblich. Danach steht die Rücknahme eines rechtswidrigen belastenden Verwaltungsakts im Ermessen der Behörde.

aa) Rücknahmesperren

Eine Rücknahme auf der Grundlage des § 130 AO ist nicht möglich, soweit aufgrund einer besonderen Vorschrift eine Rücknahme ausgeschlossen ist (Rücknahmesperre).

(1) Keine Rücknahmesperre aus § 79 Abs. 2 BVerfGG

Nach § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG bleiben unanfechtbare Entscheidungen von der BVerfG-Entscheidung unberührt. Daraus kann allerdings nicht geschlossen werden, dass eine Rücknahme von Verwaltungsakten untersagt ist. Denn das Rückabwicklungsverbot des § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG bezweckt nicht, den von der BVerfG-Entscheidung erfassten Bescheiden eine stärkere Bestandskraft zu verschaffen, als sie aufgrund der allgemeinen Regeln besitzen.¹³² Aus dem Rückabwicklungsverbot folgt also keine absolute Rücknahmesperre.¹³³

(2) Keine Rücknahmesperre aus § 12 Abs. 1 Nr. 4 b KAG i.V.m. § 169 Abs. 1 Satz 1 AO

Eine Rücknahmesperre könnte sich aus § 12 Abs. 1 Nr. 4 b KAG i.V.m. § 169 Abs. 1 Satz 1 AO ergeben. Danach sind eine Abgabefestsetzung sowie ihre Aufhebung oder Änderung nicht mehr zulässig, wenn die Festsetzungsfrist abgelaufen ist.

Da in den vom BVerfG entschiedenen Fällen eine hypothetische Festsetzungsverjährung eingetreten ist, könnte daran gedacht werden, dass gem. § 169 Abs. 1 Satz 1 AO be-

¹³² Vgl. BayVGh, Beschl. vom 29. Nov. 2011, Az. 19 BV 11.1915, juris, Rn. 41.

¹³³ Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Loseblatt Stand 2016, § 79 Rn. 56 m.w.N., a.A. allerdings Rüsken, in: Klein (Hrsg.), AO, 13. Aufl. 2016, § 130 Rn. 23.

standskräftige Beitragsbescheide nicht mehr aufgehoben werden können. Dieser Überlegung stehen aber mehrere Gesichtspunkte entgegen.

(a) Kein Ablauf der Festsetzungsfrist

In den von der BVerfG-Entscheidung betroffenen Fällen greift die Rücknahmesperre des § 169 Abs. 1 Satz 1 AO im Regelfall schon deshalb nicht, weil keine Festsetzungsverjährung eingetreten ist.¹³⁴ Dies ergibt sich aus Folgendem:

Bei Anschlussbeiträgen beginnt die Festsetzungsfrist mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Abgabe entstanden ist (§ 170 Abs. 1 AO). Wie bereits dargelegt, erfordert das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht im Kommunalabgabenrecht stets eine wirksame satzungsrechtliche Grundlage.

An einer wirksamen Satzungsgrundlage für die betroffenen Bescheide fehlt es aber, da die derzeit geltenden Satzungen die betroffenen Fälle aufgrund der notwendigen Beschränkung der zeitlichen Anwendbarkeit der Satzung unter Berücksichtigung der verfassungskonformen Auslegung des BVerfG nicht erfassen (siehe oben unter II.3). Die Satzungen gehen insoweit ins Leere. Daher konnte die sachliche Beitragspflicht noch nicht entstehen und damit die Festsetzungsfrist noch nicht anlaufen. Unmaßgeblich ist hier, dass die betroffenen Beitragsforderungen einer hypothetischen Festsetzungsverjährung unterliegen. Wie die Bezeichnung schon ausdrückt, handelt es sich nicht um eine tatsächliche Verjährung. Hiermit wird lediglich ausgedrückt, dass die Beitragsforderungen nach alter Rechtslage nicht mehr erhebbar gewesen wären. D.h., die hypothetische Festsetzungsverjährung wirkt aus Gründen des Vertrauensschutzes zugunsten der Beitragsschuldner. Eine Ausdehnung der Rücknahmesperre des § 169 AO auf die Fälle einer hypothetischen Festsetzungsverjährung würde dazu führen, dass diese Hypothese nun zu ihren Lasten Anwendung finden würde. Dies würde den Wertungen, die der Rechtsfigur der hypothetischen Verjährung zugrunde liegen, widersprechen.

Da mithin die Rücknahmesperre in § 169 AO nur auf die tatsächliche Festsetzungsverjährung abstellt, greift diese Sperre für die betroffenen Bescheide nicht.¹³⁵

¹³⁴ Zu diesem Erfordernis vgl. VG Cottbus, Beschl. vom 4. Feb. 2014, Az. 6 L 338/13, juris, Rn. 12.

(b) *Wortlaut des § 169 Abs. 1 AO*

Ein weiterer Gesichtspunkt, der gegen eine Rücknahmesperre aus § 169 Abs. 1 AO spricht, ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift.¹³⁶ Die Abgabenordnung kennt zwei unterschiedliche Regelungskomplexe, die sich mit der Änderung von Verwaltungsakten befassen. Dies sind zum einen die Normen der §§ 130 ff. AO für alle Verwaltungsakte, die keine Steuerbescheide oder gleichgestellte Verwaltungsakte¹³⁷ sind, und die Regelungen der §§ 172 ff. AO, die nur für Steuerbescheide gelten.¹³⁸

Die Begrifflichkeiten in diesen beiden Normkomplexen unterscheiden sich. In den §§ 172 ff. AO über die Änderung von Steuerbescheiden ist von „Aufhebung“ oder „Änderung“ die Rede. In § 130 AO wird von „Rücknahme“ gesprochen, in § 131 AO von „Widerruf“, womit der Sprachgebrauch des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts aus den §§ 48, 49 VwVfG übernommen wird. § 169 AO, der systematisch zum Regelkontext der „Steuerfestsetzung“ gehört, spricht ebenfalls von „Aufhebung oder Änderung“. Jedoch verweist § 12 Abs. 1 KAG hinsichtlich der Abänderung von Verwaltungsakten gerade nicht auf die Regelungen der §§ 172 ff. AO, sondern nur auf die allgemeinen Regelungen der §§ 126 ff. AO.¹³⁹ Insoweit ist schon aus sprachlichen und systematischen Gründen fraglich, ob – hier zulasten der Beitragspflichtigen – die Ausschlusswirkung von § 169 AO zur Anwendung kommen kann.¹⁴⁰

(c) *Gespaltene Bezugnahme in § 12 Abs. 1 KAG*

Schließlich ist auf § 12 Abs. 1 KAG hinzuweisen. Der Verweis enthält eine genaue und enumerative Aufzählung der anwendbaren Vorschriften der AO und differenziert zwischen verschiedenen Gesichtspunkten des Verfahrens. In der ursprünglichen Fassung des KAG¹⁴¹ sah § 12 KAG einen pauschalen Verweis auf die Verfahrensregelungen der AO vor. Eine Differenzierung wurde erst mit dem „Gesetz zur Verbesserung der rechtlichen

¹³⁵ Jedenfalls sofern nicht mittlerweile eine diese Bescheide zeitlich ebenfalls erfassende rückwirkende Satzung erlassen wurde. Da eine solche Satzung nur die Herbeiführung einer tatsächlichen Festsetzungsverjährung im Moment ihres Inkrafttretens bewirkt, ergibt solch ein Satzungserlass wenig Sinn.

¹³⁶ Dazu *Brüning* (Fn. 25), S. 55 ff.

¹³⁷ Siehe § 155 AO.

¹³⁸ Hierzu bei *Brüning* (Fn. 25), S. 56, und *Rüsken* (Fn. 133), § 172 Rn. 1.

¹³⁹ Zu diesen „getrennten Regelungskomplexen“ siehe auch *Rüsken* (Fn. 133), § 130 Rn. 2 m.w.N.

¹⁴⁰ Ablehnend *Brüning* (Fn. 25), S. 56 f.

¹⁴¹ Vom 27. Juni 1991, GVBl. I, S. 200.

Bedingungen der Daseinsvorsorge¹⁴² eingeführt. Im Gesetzentwurf¹⁴³ wurde diese Änderung damit begründet, dass schon länger entsprechende differenzierende Bezugnahmen in allgemeinen Verwaltungsvorschriften enthalten gewesen seien, die aber im Widerspruch zum ranghöheren KAG gestanden hätten. Um diese Normunklarheit zu beseitigen, würden nun die Regelungen der Verwaltungsvorschriften in das Gesetz übernommen.¹⁴⁴ Infolge dieser Änderung wird nicht mehr auf die Regelungen der AO zur Änderung von Steuerbescheiden verwiesen. Der Verweis auf § 169 AO steht seitdem gem. § 12 Abs. 1 Nr. 4 b KAG unter der Überschrift „Durchführung der Besteuerung“. Da aber auf die Regelungen zur Änderung von Steuerbescheiden gerade nicht Bezug genommen wurde, finden die in § 12 Abs. 1 Nr. 3 b KAG in Bezug genommenen Regelungen aus dem Bereich „allgemeine Verfahrensvorschriften“ Anwendung. Diese kennen eine zeitliche Befristung nach § 169 AO gerade nicht.

Zusammenfassend lässt sich daher sagen, dass die Rücknahmesperre des § 169 Abs. 1 Satz 1 AO für die von der BVerfG-Entscheidung erfassten Bescheide nicht greift.

(3) Rücknahmesperre bei rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen

(a) Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage zur Überwindung der Rechtskraft

Soweit rechtskräftige gerichtliche Entscheidungen ergangen sind, die eine Klage gegen einen Beitragsbescheid wegen fehlender Rechtswidrigkeit abweisen, steht einer Rücknahme die Rechtskraft der Entscheidung gem. § 121 VwGO entgegen. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht in einem Fall entschieden, in dem der Kläger auf Grundlage der dem § 130 Abs. 1 AO entsprechenden Vorschrift des § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG des Landes Baden-Württemberg von der Behörde die Rücknahme einer Ausweisung begehrte, gegen die eine Anfechtungsklage erfolglos geblieben ist.¹⁴⁵ Das Gericht hat hierzu Folgendes ausgeführt:

„Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Rücknahme der Ausweisung nach § 48 Abs. 1 Satz 1 LVwVfG

¹⁴² Vom 7. April 1999, GVBl. I, S. 90. Die maßgebliche Änderungsvorschrift findet sich in Art. 2 Nr. 7 des Gesetzes.

¹⁴³ Siehe LT-Drs. 2/5822.

¹⁴⁴ Siehe Gesetzentwurf (Fn. 143), Einzelbegründung zu Artikel 2, Nummer 7, S. 39 f.

¹⁴⁵ BVerwG, Urt. vom 22. Okt. 2009, Az. 1 C 26/08, juris; ebenso *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 51 m.w.N. in Fn. 98.

nicht vorliegen. Nach dieser Vorschrift kann ein rechtswidriger belastender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Nachdem der Kläger die Ausweisungsverfügung gerichtlich angefochten und das Verwaltungsgericht deren Rechtmäßigkeit – rechtskräftig – bestätigt hat, steht zwischen den Beteiligten – ungeachtet der tatsächlichen Rechtslage – bindend fest, dass die Ausweisung im für die damalige gerichtliche Überprüfung maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung in der Tatsacheninstanz rechtmäßig war. Gemäß § 121 Nr. 1 VwGO binden rechtskräftige Urteile die Beteiligten und ihre Rechtsnachfolger, soweit über den Streitgegenstand entschieden ist. [...].

Die Rechtskraftbindung des § 121 VwGO kann daher nur auf gesetzlicher Grundlage überwunden werden. Dies ist der Fall, wenn der Betroffene nach § 51 LVwVfG einen Anspruch auf ein Wiederaufgreifen des Verfahrens hat oder die Behörde das Verfahren im Ermessenswege wieder aufgreift [...]. Solange diese Voraussetzungen nicht vorliegen, steht § 121 VwGO einer Rücknahme der Ausweisung entgegen.

Liegen die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 bis 3 LVwVfG nicht vor, kann die Behörde ein abgeschlossenes Verwaltungsverfahren nach pflichtgemäßem Ermessen zugunsten des Betroffenen wiederaufgreifen und eine neue - der gerichtlichen Überprüfung zugängliche - Sachentscheidung treffen (sog. Wiederaufgreifen im weiteren Sinne). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts geht der Senat davon aus, dass es sich bei dieser Möglichkeit des Wiederaufgreifens nicht um einen ungeschriebenen Rechtsgrundsatz des Verwaltungsverfahrensrechts handelt, sondern sie nach Inkrafttreten der Verwaltungsverfahrensgesetze ihre Rechtsgrundlage in § 51 Abs. 5 LVwVfG i.V.m. §§ 48, 49 LVwVfG findet. In Fällen, in denen – wie hier – ein Verwaltungsakt gerichtlich bestätigt worden ist, bedarf es zur Überwindung der Rechtskraft einer gesetzlichen Grundlage (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 1988 – 2 BvR 260/88 – NVwZ 1989, 141). Diese findet sich – außerhalb der in § 51 Abs. 1 bis 3 LVwVfG geregelten zwingenden Wiederaufgreifensgründe – in § 51 Abs. 5 LVwVfG. Die dort verankerte Ermächtigung der Behörden, ein abgeschlossenes Verwaltungsverfahren im Ermessenswege wieder aufzugreifen [...], ermöglicht auch bei rechtskräftig bestätigten Verwaltungsakten die nachträgliche Korrektur inhaltlich unrichtiger Entscheidungen [...]. Trifft die Behörde eine positive Entscheidung zum Wiederaufgreifen (Stufe 1), wird hierdurch die Rechtskraft durchbrochen und der Weg für eine erneute Sachentscheidung (Stufe 2) eröffnet [...].“

Legt man diese Rechtsprechung zugrunde,¹⁴⁶ fehlt es hier an einer gesetzlichen Grundlage für die Überwindung der Rechtskraft. Denn wie gezeigt gelten für das kommunalabgabenrechtliche Verfahren die Vorschriften über das Wiederaufgreifen des Verfahrens nicht. Die dem § 48 VwVfG entsprechende Regelung des § 130 AO genügt für sich genommen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht.

(b) Prozessuale Möglichkeiten zur Beseitigung der Rechtskraft

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Adressat eines gerichtlich bestätigten Bescheides im Regelfall keine prozessualen Möglichkeiten hat, die Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung zu beseitigen. Die VwGO als einschlägige gerichtliche Verfahrensordnung enthält hierzu keine speziellen Regelungen, sondern verweist in § 153 Abs. 1 VwGO auf die entsprechenden Vorschriften des Vierten Buches der Zivilprozessordnung (§§ 578 ff. ZPO). Nach § 578 ZPO bestehen zwei Möglichkeiten, rechtskräftige Entscheidungen der (Zivil-)Gerichte zu beseitigen: die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage.

Die in § 579 ZPO näher geregelte Nichtigkeitsklage ist dann einschlägig, wenn im gerichtlichen Verfahren erhebliche Fehler erfolgt sind, insbesondere Richter mitgewirkt haben, die nach dem Gesetz nicht hätten mitwirken dürfen oder eine Partei nicht ordnungsgemäß vertreten war. Solche Fälle mag es im Einzelfall gegeben haben. Aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts jedoch lässt sich kein Grund für eine Nichtigkeitsklage herleiten.

Daneben könnte eine Restitutionsklage nach § 580 ZPO in Erwägung gezogen werden. In Betracht käme allenfalls eine (analoge) Anwendung von § 580 Nr. 8 ZPO. Nach dieser Vorschrift ist eine Restitutionsklage möglich, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte einen Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention festgestellt hat und das (angegriffene) Urteil auf diesem Konventionsverstoß beruht. Einem Analogieschluss steht jedoch entgegenstehen, dass der Gesetzgeber eine bewusste Beschränkung auf Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte getroffen

¹⁴⁶ Allerdings ist diese Rechtsprechung in mehrfacher Hinsicht diskussionswürdig. So stellt sich die Frage, warum Landesverwaltungsverfahrenrecht Regelungen zur Überwindung der bundesgesetzlich geregelten Rechtskraft vorsehen können soll. Zudem ist fraglich, warum der bloße Verweis in § 51 Abs. 5 VwVfG auf §§ 48, 49 VwVfG als Rechtsgrundlage ausreichen soll, die Aufhebungsvorschriften allein jedoch nicht. Außerdem hätte in Erwägung gezogen werden können, dass jedenfalls ein Widerruf möglich gewesen wäre. Vgl. zum Ganzen *Traulsen*, Aktuelle Rechtsfragen des Wiederaufgreifens des Verwaltungsverfahrens, *VerwArch* 103 (2012), S. 337 ff.

hat, da diese Entscheidungen zwar einen Konventionsverstoß feststellen und ggf. den Betroffenen eine Entschädigung zusprechen können, aber keinen Einfluss auf die angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen haben. Hinsichtlich der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bestehen hingegen Regelungen in den §§ 31, 79, 95 BVerfGG. Es fehlt damit an einer unbewussten Regelungslücke.

(4) Zwischenergebnis

Von der BVerfG-Entscheidung betroffene Bescheide, die durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung bestätigt worden sind, können unter Zugrundlegung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wegen entgegenstehender Rechtskraft nicht aufgehoben werden. Zur Überwindung der Rechtskraft fehlt eine dem § 51 VwVfG entsprechende Regelung über das Wiederaufgreifen des Verfahrens im KAG. Im Übrigen bestehen keine Rücknahmesperren, so dass insoweit eine Anwendung des § 130 AO möglich ist.

bb) Rechtswidrigkeit des zurückzunehmenden Verwaltungsaktes

In den oben genannten Fallgruppen, in denen die Entscheidung des BVerfG vom November 2015 einschlägig ist, ist die Rechtswidrigkeit des Beitragsbescheides gegeben.

cc) Überlegungen zum Rücknahmeermessen

(1) Allgemeine Grundsätze

Nach dem über § 12 Abs. 1 Nr. 3 b KAG anzuwendenden § 130 Abs. 1 AO steht die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes im Ermessen der Behörde. Eine nähere Konditionierung des Ermessens enthält die Norm nicht, so dass auf die allgemeine Regelung zum Ermessen gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 1 b KAG i.V.m. § 5 AO zurückgegriffen werden kann. Danach hat die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

Daraus folgt, dass die Betroffenen nur einen Anspruch auf ermessenfehlerfreie (Rücknahme-)Entscheidung haben.¹⁴⁷ Demzufolge besteht im Regelfall kein allgemeiner Anspruch auf Rücknahme des rechtswidrigen Verwaltungsaktes.¹⁴⁸

(2) Keine Ermessensreduzierung auf Null

Ein Anspruch auf Rücknahme kann sich nur dann ergeben, wenn die Rücknahme die einzig mögliche rechtmäßige Entscheidung darstellt (sogenannte Ermessensreduzierung auf Null).

Ein solcher Fall ergibt sich im Regelfall nicht bereits aus einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.¹⁴⁹ Vielmehr ist hier die Wertung des § 79 Abs. 2 BVerfGG zu berücksichtigen, der unanfechtbare Entscheidungen und damit auch bestandskräftige Bescheide gerade unberührt lässt.¹⁵⁰

Die Rechtsprechung nimmt eine Ermessenreduzierung auf Null lediglich in den Fällen an, in denen das „Aufrechterhaltung des Bescheids schlechterdings unerträglich wäre oder ein Beharren auf der Bestandskraft des Bescheides als ein Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen Treu und Glauben erschiene“.¹⁵¹ Im Übrigen verweisen die Gerichte darauf, dass über die Möglichkeit des § 130 AO nicht die rechtsbefriedende Wirkung der Rechtsmittelfristen unterlaufen werden soll.¹⁵² Dem stehen auch der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das Gleichbehandlungsgebot nicht entgegen. In solchen Konstellationen ist vielmehr abzuwägen, „ob dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Gerechtigkeit im Einzelfall oder dem Interesse der Allgemeinheit am Eintritt von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit der Vorzug zu geben ist.“¹⁵³ Dementsprechend geht das OVG Berlin-Brandenburg in den betroffenen Fällen davon aus, dass eine Rückgewähr

¹⁴⁷ *Rüsken* (Fn. 133), § 130 Rn. 28 mit Hinweis auf BFH, Urt. vom 3. Aug. 1983, Az. II R 144/80, juris; siehe auch VG Magdeburg, Urt. vom 1. Okt. 2015, Az. 9 A 349/14, juris, Rn. 21 ff.

¹⁴⁸ VGH München, Beschl. vom 21. Mai 2012, Az. 20 B 12.251, juris, Rn. 14 ff. (v.a. Rn. 17).

¹⁴⁹ In diesem Sinne aber *Robbert*, Festsetzungsverjährung von Anschlussbeiträgen gem. § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG Brandenburg, NJ 2016, S. 147 ff. *Robbert* weist aber darauf hin, dass nach seiner Auffassung die „gegenteilige Ansicht auch vertretbar“ sei.

¹⁵⁰ So zu einer vergleichbaren Konstellation nach einer Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit einer (kommunalabgabenrechtlichen) Zweitwohnungssteuer in Niedersachsen OVG Lüneburg, Beschl. vom 18. Juni 2008, Az. 9 LA 51/07, juris, Rn. 9 f.

¹⁵¹ So z.B. OVG Lüneburg (Fn. 150), Rn. 10; siehe auch VG Schwerin (Fn. 122), st. Rspr.

¹⁵² Zu diesem Gedanken siehe auch *Rüsken* (Fn. 133), § 130 Rn. 29.

¹⁵³ So ausdrücklich ThürOVG, Beschl. vom 22. August 2005, Az. 4 ZKO 654/05, juris, Leitsatz 1 und Rn. 6.

grundsätzlich nicht verlangt werden kann.¹⁵⁴ Ob dies aufgrund besonderer Verhältnisse bei einem Aufgabenträger¹⁵⁵ abweichend zu beurteilen ist, ist eine Frage des Einzelfalls.

Eine Ermessensreduzierung kann ggf. unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten aus dem Gedanken der Selbstbindung der Verwaltung (Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 12. Abs. 1 LV, jeweils in Verbindung mit dem Rechtsstaatsgebot) zu bejahen sein.¹⁵⁶ Eine solche Selbstbindung könnte sich ergeben, wenn ein Aufgabenträger bereits entsprechende Rücknahmen vorgenommen hat, die auf einer allgemeinen Regelung zuständigen Entscheidungsorgans (beispielsweise der Verbandsversammlung) beruhen. Dann kann – ohne sachlichen Differenzierungsgrund im Einzelfall – in vergleichbaren Fällen hiervon ermessenfehlerfrei nicht mehr abgewichen werden, solange nicht die allgemeine Vorgabe geändert oder aufgehoben wird.

(3) *Ermessensgrenzen*

Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung könnten sich auch Ermessensgrenzen ergeben, die eine Rücknahme der von der BVerfG-Entscheidung betroffenen rechtswidrigen unanfechtbaren Bescheide ausschließen.

Einige Aufgabenträger können möglicherweise nicht alle betroffenen Bescheide aufheben, weil einige betroffene Bescheide von einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung bestätigt wurden, so dass für diese wegen der entgegenstehenden Rechtskraft unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts keine Rücknahmemöglichkeit besteht. Dies schließt nach hiesiger Auffassung jedoch die Rücknahme der anderen Bescheide nicht aus. Zum einen rechtfertigt die besondere Bedeutung der gerichtlichen Rechtskraft eine unterschiedliche Behandlung.¹⁵⁷ Zum anderen ist die Un-

¹⁵⁴ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 11. Feb. 2016, Az. 9 B 1.16, juris, Rn. 38; ebenso *Herrmann* (Fn. 127), S. 59.

¹⁵⁵ Das kann z.B. der Fall sein, wenn Betroffene aufgrund eines Verhaltens der Behörde von der Einlegung von Rechtsmitteln/-behelfen Abstand genommen haben, etwa weil der Hauptverwaltungsbeamte sich dahingehend geäußert hat, dass es eines Widerspruchs etc. nicht bedürfe, da man sich bei höchststrichterlicher Klärung an die sich dann ergebende Rechtslage halten wolle. Sofern es entsprechende Äußerungen – belegbar – von zuständigen Verantwortlichen gegeben haben sollte, käme eine solche Ermessensreduzierung in Betracht, vgl. *Rüsken* (Fn. 133), § 130 Rn. 30 f.

¹⁵⁶ Zu diesem Gedanken siehe OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 15. Dez. 2015, Az. OVG 1 B 14.13, juris, Rn. 6 m.w.N.

¹⁵⁷ Im Falle eines Erfolges der angestrebten Klagen gegen die Bescheide hätte umgekehrt Gleiches gegolten: Die erfolgreichen Kläger hätten aufgrund der Rechtskraft der stattgebenden Klagen keine Bei-

gleichbehandlung dadurch auszugleichen, dass die Beitragszahler gebührensseitig zu entlasten sind.¹⁵⁸ Eine grobe Unbilligkeit im Einzelfall kann durch Billigkeitsmaßnahmen, etwa einen (Teil)Erlass, ausgeglichen werden.

Zudem könnte folgende Erwägung gegen die Rücknahme der von der BVerfG-Entscheidung erfassten bestandskräftigen Bescheide sprechen: Beitragsbescheide können aus vielerlei Gründen rechtswidrig und gleichwohl bestandskräftig sein. Deshalb könnte es unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung fraglich sein, wenn nur die von der BVerfG-Entscheidung betroffenen Bescheide zurückgenommen werden, während andere Adressaten rechtswidriger Bescheide auf die Bestandskraft verwiesen werden.

Nach hier vertretener Auffassung dürfte diese Erwägung aber einer Aufhebung lediglich der von der BVerfG-Entscheidung betroffenen Bescheide nicht entgegenstehen.

Dies ergibt sich im Regelfall bereits daraus, dass die Aufgabenträger im Hinblick auf die übrigen Bescheide grundsätzlich davon ausgehen dürfen, dass diese rechtmäßig sind. Die Aufgabenträger sind daher nicht gehalten, bei allen übrigen Beschieden nach möglichen Rechtsfehlern zu suchen.

Auch wenn der Behörde weitere Fehler bekannt sind, ist es aus Gründen der Typisierungsbefugnis und Verwaltungsvereinfachung möglich, nur einen bestimmten Fehler als Anlass für eine Rücknahme zu nehmen, wenn die übrigen Fälle in Zahl und Umfang nicht erheblich sind.¹⁵⁹

Sollte dies anders sein, etwa weil die neuangeschlossenen Grundstücke in den ersten Jahren aufgrund rechtswidriger Satzungen herangezogen wurden, die Betroffenen aber hiergegen nicht vorgegangen sind, so dürfte eine Beschränkung der Rücknahme auf den Kreis der von der BVerfG-Entscheidung betroffenen Bescheide gleichwohl regelmäßig tragfähig sein. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass die Adressaten der von der BVerfG-Entscheidung erfassten Bescheide aufgrund der bisherigen Rechtsprechung davon ausgehen mussten, dass Klagen erfolglos bleiben werden. Dies ist bei anderen Rechtsfehlern

träge zahlen müssen, während den anderen Betroffenen die Bestandskraft der Bescheide hätte entgegengehalten werden können.

¹⁵⁸ Zu diesem Aspekt siehe OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 11. Feb. 2016, Az. 9 B 1.16, juris, Rn. 39.

¹⁵⁹ Siehe zu diesem Aspekt und möglichen Größenordnungen BVerwG, Fn. 22

typischerweise nicht der Fall. Hinzukommt, dass die Rechtswidrigkeit aufgrund der hypothetischen Festsetzungsverjährung nicht heilbar gewesen ist. Dagegen ist insbesondere bei Fehlern aufgrund nichtiger Satzungsgrundlage eine Heilung durch Erlass einer wirksamen Satzung regelmäßig möglich, sodass die Adressaten solcher Bescheide auch bei einer erfolgreichen Anfechtungsklage durch Neubescheidung im Ergebnis zu einer Zahlung hätten verpflichtet werden können. Außerdem gilt auch hier, dass eine beitragsseitige Ungleichbehandlung durch einen niedrigeren Gebührenansatz zu kompensieren ist.

Der Aspekt, dass Klagen gegen von der BVerfG-Entscheidung betroffene Bescheide nach der bisherigen Rechtsprechung ohne Erfolgsaussicht waren, rechtfertigt eine bevorzugte Behandlung dieser Bescheide im Rahmen einer Rücknahmeentscheidung allerdings dann nicht, wenn diese Bescheide oder einige dieser Bescheide an einem weiteren Rechtsfehler leiden (Doppelmangel). In diesem Fall wären die Klagen gegen den Bescheid allein aufgrund dieses Fehlers voraussichtlich erfolgreich gewesen. Auch hier dürfte aber im Regelfall die Typisierungsbefugnis der Behörde genügen, um zu rechtfertigen, dass solche Bescheide gleichwohl ebenfalls aufgehoben werden, zumal jedenfalls der Gedanke der mangelnden Heilbarkeit der hypothetischen Verjährung weiter tragen kann. Sind solche Fälle bekannt, hat der Aufgabenträger aber Anlass, eingehend zu prüfen, welche Gruppen von Bescheiden er in die Aufhebung einbezieht und welche nicht.

Eine weitere Ermessensgrenze kann sich aus der Haushaltsituation des Aufgabenträgers ergeben. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn für die Rückzahlung der Beiträge ein Kredit aufgenommen werden müsste, ein solcher Kredit aber nicht genehmigungsfähig wäre (dazu näher unter VI.2.b).

dd) Zwischenergebnis

Soweit unanfechtbare Bescheide in den Anwendungsbereich der Entscheidung des BVerfG fallen, können die Adressaten aus dieser Entscheidung keine unmittelbaren Rechte herleiten. Dem steht § 79 Abs. 2 BVerfGG entgegen, wonach rechtskräftige gerichtliche Entscheidungen oder bestandskräftige Verwaltungsakte unberührt bleiben.

Es besteht aber die Möglichkeit der Rücknahme der – materiell rechtswidrigen – Beitragsbescheide nach § 130 Abs. 1 AO, soweit nicht die Rechtskraft einer Gerichtsentscheidung entgegensteht. Die Rücknahme liegt im Ermessen der Behörde, so dass sich ein Anspruch auf Rücknahme nur im Fall einer Ermessensreduzierung auf Null ergeben kann. Im

Regelfall ist wegen der dargestellten Wertung des § 79 Abs. 2 BVerfGG eine solche Ermessensreduzierung nicht anzunehmen. Etwas anderes könnte sich ergeben, wenn durch Selbstbindung der Behörden eine entsprechende Rücknahmepraxis entstanden ist. Dann kann die Behörde ohne sachlichen Differenzierungsgrund im Einzelfall von dieser Ermessensausübungspraxis nicht mehr abweichen.

4. Nicht erfasste Bescheide

Soweit die Entscheidung des BVerfG nicht einschlägig ist, sind die Beitragsbescheide – wenn nicht ein anderer Rechtsfehler im Einzelfall vorliegt (z.B. die zugrundeliegende Beitragssatzung nichtig ist) – rechtmäßig. Dann eröffnet § 12 Abs. 1 Nr. 3 b KAG i.V.m. § 131 Abs. 1 AO eine Widerrufsmöglichkeit für die Zukunft. Auch diese steht im Ermessen der Behörde. Diese Widerrufsmöglichkeit¹⁶⁰ ist allerdings eingeschränkt. Der Widerruf kann nicht erfolgen, wenn der (zu widerrufende) Verwaltungsakt inhaltlich identisch erneut zu erlassen wäre. In den Fällen der rechtmäßigen Beitragsheranziehung dürfte diese Konstellation auf Grund der Verpflichtung zur gleichmäßigen Heranziehung der Beitragspflichtigen nicht selten gegeben sein. Etwas anderes gilt, wenn ein Wechsel des Finanzierungsmodells auf eine reine Gebührenfinanzierung erfolgen soll.

5. Rückerstattung

Die bislang behandelte Frage der Rücknahme rechtswidriger Beitragsbescheide ist eine Vorfrage für einen Anspruch auf Rückzahlung der gezahlten Beiträge. Dieser ergibt sich aus § 12 Abs. 1 Nr. 2 b KAG i.V.m. § 37 Abs. 2 Satz 1 AO. Ist eine Abgabe ohne rechtlichen Grund gezahlt worden, so hat nach dieser Vorschrift derjenige, auf dessen Rechnung die Zahlung bewirkt worden ist, gegenüber dem Leistungsempfänger einen Anspruch auf Erstattung des gezahlten Betrags. Dies gilt auch dann, wenn der rechtliche Grund für die Zahlung später wegfällt. Hieraus folgt, dass ein Rückzahlungsanspruch nur gegeben ist, wenn der Rechtsgrund für die Abgabenzahlung entfallen ist. Der wirksame Abgabenbescheid stellt einen solchen Rechtsgrund dar. Daher ist der jeweilige Beitragsbescheid, auch wenn er rechtswidrig ist, zuerst rechtlich zu beseitigen.

Wenn im Bereich der ursprünglichen Beitragsschuldner Veränderungen eingetreten sind, ist zu prüfen, wem nunmehr der Anspruch auf Rückerstattung zusteht. Im Fall einer Erb-

¹⁶⁰ Siehe hierzu *Rüsken* (Fn. 133), § 131 Rn. 3.

schaft ist dies wegen der Gesamtrechtsnachfolge gem. § 1922 BGB unproblematisch. Bei Einzelrechtsnachfolge durch Grundstücksübertragung stellt sich dies problematischer dar. Grundsätzlich geht § 37 Abs. 2 Satz 1 AO davon aus, dass – unabhängig von der Person des tatsächlich Zahlenden – Gläubiger des Anspruchs derjenige ist, auf dessen Rechnung ursprünglich bezahlt wurde. Diese Formulierung ist etwas unklar. Gemeint ist damit derjenige, dessen Abgaben- bzw. hier Beitragsschuld getilgt werden sollte.¹⁶¹ D.h. im Regelfall ist der (ursprüngliche) Beitragsschuldner, also derjenige, der im Bescheid¹⁶² als Beitragspflichtiger genannt ist, nunmehr Gläubiger des Erstattungsanspruchs.¹⁶³ Die in Brandenburg bestehende Verwaltungspraxis der Aufgabenträger, Erstattungen an die aktuellen Grundstückseigentümer auszuzahlen, ist vor diesem rechtlichen Hintergrund fragwürdig.¹⁶⁴ Eine Rechtfertigung für diese Vorgehensweise, die der Verwaltungsvereinfachung dient, könnte man darin sehen, dass die Beitragsschuld nach § 8 Abs. 10 KAG als öffentliche Last auf dem Grundstück ruht und der aktuelle Eigentümer, jedenfalls im Falle des rechtsgeschäftlichen Erwerbs, zumeist bei der Bemessung des Kaufpreises die gezahlten Beiträge wirtschaftlich getragen hat.¹⁶⁵ Sofern man der am Wortlaut des § 37 Abs. 2 AO orientierten Lösung folgt, wäre ein Binnenausgleich zwischen dem früheren Eigentümer und Beitragsschuldner und nunmehrigem Erstattungsgläubiger einerseits und dem neuen Grundstückseigentümer andererseits nur zivilrechtlich zu lösen,¹⁶⁶ solange keine anderweitige Regelung im KAG getroffen wird.¹⁶⁷

V. Gebührenrechtliche Folgen einer Rückzahlung

Unter I.3.d) wurde dargelegt, dass im Bereich der leitungsgebundenen Einrichtungen die Finanzierung über Beiträge und Gebühren kommunizierenden Röhren ähnelt: Eingenommene Beiträge reduzieren als Abzugskapital die Basis zur Berechnung der kalkulatori-

¹⁶¹ Siehe hierzu BFH, Beschl. vom 12. Mai 2016, Az. VII R 50/14, juris, Leitsatz 1 und Rn. 10.

¹⁶² Da der Bescheid wirksam ist, ist nicht maßgeblich, ob der Genannte tatsächlich der richtige Beitragsschuldner ist.

¹⁶³ So auch *Ratschow*, in: Klein (Hrsg.), AO, 13. Aufl. 2016, § 37 Rn. 61.

¹⁶⁴ Siehe hierzu *Becker* (Fn. 35), § 8 Rn. 51.

¹⁶⁵ Nach § 436 Abs. 1 BGB ist der Verkäufer eines Grundstücks bei fehlender abweichender Vereinbarung verpflichtet, Erschließungsbeiträge und sonstige Anliegerbeiträge für die Maßnahmen zu tragen, die bis zum Tage des Vertragsschlusses bautechnisch begonnen sind, unabhängig vom Zeitpunkt des Entstehens der Beitragsschuld.

¹⁶⁶ Siehe zu dieser Problematik beispielsweise LG Oldenburg, Urteil vom 30. Jan. 2013, Az. 5 O 1486/12, juris, oder OLG Naumburg, Urteil vom 18. Okt. 2005, Az. 3 U 38/05, juris.

¹⁶⁷ Vgl. *Becker* (Fn. 35), § 8 Rn. 51.

schen Abschreibungen und Zinsen im Rahmen der Gebührenkalkulation. Die Erhebung von Beiträgen reduziert also tendenziell die Höhe der Wasser- und Abwassergebühren. Umgekehrt führt die Rückzahlung von Beiträgen dazu, dass das Abzugskapital sinkt und damit die Gebührenbelastung steigt. Haben nicht alle Grundstückseigentümer einheitlich Beiträge gezahlt, so muss die unterschiedliche Beitragsbelastung über die Benutzungsgebühr ausgeglichen werden. Dies kann beispielsweise über einen gesplitteten Gebührensatz erfolgen, bei dem die gezahlten Beiträge für die Gruppe der Beitragszahler als Abzugskapital berücksichtigt wird, während den Nichtbeitragszahlern dieses Abzugskapital nicht gebührenmindernd zugutekommt.¹⁶⁸

Unproblematisch ist die Nichtberücksichtigung des Abzugskapitals für die Nichtbeitragszahler in den Fällen, in denen sich die kommunalen Aufgabenträger entscheiden, die Beiträge freiwillig zurückzuerstatten. Dies ist bei Beitragszahlern der Fall, die aufgrund rechtmäßiger Bescheide bezahlt haben, und bei Beitragszahlern, die zwar aufgrund rechtswidriger Bescheide bezahlt haben, bei denen aber keine Rückerstattungspflicht besteht, insbesondere weil die zugrundeliegenden Beitragsbescheide bestandskräftig sind. Die freiwilligen Rückzahlungen reduzieren das Abzugskapital, sodass diese Gruppen von Beitragszahlern mit entsprechend höheren Gebühren zu belasten sind.

1. Fiktives Abzugskapital?

Problematischer hingegen sind die Fälle derjenigen Beitragszahler, denen die Beiträge zurückerstattet wurden, weil sie aufgrund rechtswidriger Bescheide gezahlt wurden und eine Rückerstattungspflicht bestand (insbesondere weil die Bescheide noch nicht bestandskräftig waren und die Bescheide im Widerspruchsverfahren oder in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren aufgehoben wurden), sowie die Fälle der Grundstückseigentümer, die auf der Grundlage rechtswidriger Bescheide die Beiträge noch nicht vollständig bezahlt haben und für die, wie oben dargelegt, ein Vollstreckungshindernis besteht.

Auch diese Gruppen von Gebührenzahlern haben über Beiträge nicht oder nicht in gleichem Umfang zur Ansammlung von Abzugskapital beigetragen. Nach dem Wortlaut des § 6 Abs. 2 Satz 5 KAG bleibt nur der aus Beiträgen „aufgebrachte“ Eigenkapitalanteil bei der Gebührenkalkulation außer Betracht. Demzufolge können nur die tatsächlich gezahl-

¹⁶⁸ Zu möglichen Geringfügigkeitsschwellen siehe oben unter B.I.3.e).

ten Beiträge als Abzugskapital berücksichtigt werden. Danach müssten auch diese Gruppen mit einer entsprechend höheren Gebühr belastet werden. Auch diese Gruppen würden daher über kalkulatorischen Abschreibungen und Zinsen als Bestandteile der Gebührenkalkulation die Investitionen weiterhin mitfinanzieren.

Dies könnte ein Wertungswiderspruch darstellen zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, wonach diese Gruppen darauf vertrauen durften, nicht mehr zu Beiträgen herangezogen werden zu können und damit zu diesen Investitionen einen finanziellen Beitrag leisten zu müssen. Es stellt sich daher die Frage, ob in solchen Fallgestaltungen ein „fiktives“ Abzugskapital zu bilden ist. Die aufgrund einer hypothetischen Festsetzungsverjährung nicht mehr aufzubringenden Beiträge wären danach zugunsten der betroffenen Gruppen wie tatsächlich aufgebracht Abzugskapital zu behandeln.

Dafür spricht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise. Denn im Ergebnis macht es keinen Unterschied, ob der Abgabepflichtige zu den Investitionen über einmalige Beiträge oder über Benutzungsgebühren durch eine höheren Kostenansatz bei den kalkulatorischen Abschreibungen und Zinsen beiträgt. Dagegen spricht, dass Gebühren und Beiträge unterschiedliche Finanzierungsmodelle darstellen, mit denen unterschiedliche Vorteile abgegolten werden und denen unterschiedliche Kalkulationen zu Grunde liegen. Zudem ist die wirtschaftliche Belastung nicht immer identisch. Denn die Benutzungsgebühren können gemäß § 2 Nr. 2 und 3 Betriebskostenverordnung¹⁶⁹ auf die Mieter umgelegt werden, während dies für Beiträge nicht der Fall ist.

Das OVG Berlin-Brandenburg geht davon aus, dass verjährte Beitragsforderungen nicht wie tatsächlich erbrachte Beiträge zu behandeln sind. So hat es in seiner Entscheidung über die Beitragsbescheide der Stadt Cottbus aufgrund der Zurückverweisung durch das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit gespaltener Gebührensätze für Beitrags- und Nichtbeitragszahler bestehe¹⁷⁰. Dies liegt in der Konsequenz der bisherigen Rechtsprechung zur Behandlung von festsetzungsverjährten Beiträgen. Danach rechtfertigt auch ein etwaiges Vertrauen eines nicht beitragsbelasteten Nutzers darauf, zu einem Beitrag wegen Festsetzungsverjährung nicht mehr herangezogen wer-

¹⁶⁹ Verordnung vom 25. November 2003 (BGBl. I S. 2346, 2347), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 3. Mai 2012 (BGBl. I S. 958). Dabei ist vorrangig auf die Regelungen des Mietvertrages abzustellen, vgl. § 556 BGB.

¹⁷⁰ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 11. Feb. 2016, Az. 9 B 1.16, juris, Rn. 39.

den zu können, es nicht, diesen gleich einem beitragsbelasteten Nutzer zu behandeln, ihn also gebühreseitig wie einen Beitragszahler zu entlasten.¹⁷¹

2. Mögliche Deckungslücken

Jedenfalls im Falle einer rechtlich nicht gebotenen Rückzahlung von Beiträgen wird der durch Beiträge aufgebrauchte Eigenkapitalanteil im Sinne des § 6 Abs. 2 Satz 5 KAG bei der künftigen Kalkulation der Gebühren um die Summe der Beitragsrückzahlung reduziert, die Abschreibungs- und die Zinsbasis zur Berechnung der kalkulatorischen Kosten der Einrichtung steigen also. Über die daher tendenziell höheren Gebühreneinnahmen kann dann der aufgrund der Rückzahlung nicht mehr über Beiträge finanzierte Investitionsanteil finanziert werden.

Allerdings ist hierbei zu berücksichtigen, dass die Einnahmen aus den nunmehr zurückgezahlten Beiträgen in der Vergangenheit als Abzugskapital behandelt wurden und somit für eine gewisse Dauer zu geringeren Ansätzen bei der Gebührenkalkulation geführt haben. Da die kalkulatorischen Kosten sich lediglich auf die in der jeweiligen Kalkulationsperiode anfallenden Kosten beziehen, verbietet eine periodengerechte Gebührenkalkulation, diese Mindereinnahmen durch entsprechend höhere Ansätze bei der Gebührenkalkulation in den künftigen Kalkulationsperioden zu berücksichtigen.

Es handelt sich auch nicht um Kostenunterdeckungen im Sinne des § 6 Abs. 3 Satz 2 KAG, die spätestens im übernächsten Kalkulationszeitraum ausgeglichen werden könnten. Solche Unterdeckungen liegen vor, wenn die tatsächlichen Kosten höher sind als die prognostizierten Kosten. Damit sollen aufgrund von Prognoseungenauigkeiten auftretende zufällige Unterdeckungen auch periodenfremd ausgeglichen werden können.¹⁷² Die maßgeblichen Kostenpositionen sind hier die kalkulatorischen Abschreibungen und Zinsen (nicht etwa Zahlungspflichten für Kredittilgung und -zinsen). Es sind die prognostizierten Kosten mit den Ist-Kosten zu vergleichen. Die Ausgleichsmöglichkeit bezieht sich also nicht auf einen Vergleich der prognostizierten Kosten zu den erzielten Einnahmen.¹⁷³

¹⁷¹ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 6. Juni 2007, Az. OVG 9 A 77.05, juris, Rn. 37; ebenso *Brüning* (Fn. 25), S. 34 f.

¹⁷² VG Cottbus, Beschl. vom 7. Jan. 2016, Az. 6 L 345/14, juris, Rn. 16; *Kluge* (Fn. 36), Rn. 433.

¹⁷³ *Kluge* (Fn. 36), Rn. 431.

Danach besteht bei einer Rückzahlung von Beiträgen schon keine Differenz zwischen prognostizierten Kosten und tatsächlichen Kosten. Geht man hier allein von Werteverzehr und Kapitalbindung als Rechtfertigung für die Ansetzung von Abschreibungen und Zinsen aus, so ist die Höhe des Abzugskapitals von vornherein ohne Relevanz. Legt man auch das Abzugskapital zugrunde, so war dieses aufgrund der Beitragszahlungen in den jeweiligen vergangenen Perioden tatsächlich vorhanden, so dass die Ist-Kosten insoweit nicht über den für diese vergangenen Perioden liegenden Prognoseansätzen liegen konnten. Selbst wenn man aber so weit gehen würde, die späteren Rückzahlungen als fehlendes Abzugskapital auch der schon abgelaufenen Kalkulationsperioden anzusehen, würde die Kostenunterdeckung nicht auf zufälligen Prognoseungenauigkeiten beruhen, sondern im Falle der freiwilligen Rückzahlung auf einer bewussten Entscheidung des Aufgabenträgers und im Falle der verpflichtenden Rückzahlung auf Rechtsfehlern bei der Beitragserhebung.

Daher können sich aus der Rückzahlung nicht ausgleichsfähige Deckungslücken ergeben.¹⁷⁴

Dies sei an einem Rechenbeispiel verdeutlicht: Ein Verband hatte einen Herstellungsaufwand in Höhe von 1000. Die Anlage wird über 10 Jahre linear abgeschrieben (10 Prozent im Jahr). Der Verband hat im ersten Jahr Beitragseinnahmen in Höhe von 600 erzielt. Im vierten Jahr zahlt er diese Beiträge zurück.

AHK	1000	1000	1000	1000	1000	1000	...	1000
Abzugskapital	600	600	600	0	0	0	...	0
Abschreibungsbasis	400	400	400	1000	1000	1000	...	1000
Kostenansatz für kalkulatorische Abschreibungen in der Kalkulationsperiode	40	40	40	100	100	100	...	100

Man erkennt, dass die Rückzahlung zu Deckungslücken in Höhe von 3x60 aufgrund des Kostenansatzes von 40 statt 100 in den ersten drei Jahren führt.

¹⁷⁴ Ebenso *Brüning* (Fn. 25), S. 40 ff.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass nicht zwangsläufig Gesamtdeckungslücken entstehen. Denkbar ist beispielsweise, dass die Lücke, die durch die in der Vergangenheit nicht erzielten Abschreibungserlöse entstanden ist, durch künftige Erlöse aus kalkulatorischen Zinsen kompensiert werden kann.¹⁷⁵ Dies kann der Fall sein, wenn die rückgezahlten Beiträge erst vor kurzer Zeit aufgebracht worden sind, eine lange Abschreibungsdauer angesetzt ist und die kalkulatorischen Zinsen höher angesetzt werden als die für die Kommunalkredite zu zahlenden Soll-Zinsen. Möglich ist auch, dass die Aufgabenträger aufgrund zulässiger Kalkulationsmethoden Gebühreneinnahmen generiert haben, die über den tatsächlichen Auszahlungen liegen und keiner Ausgleichspflicht nach § 6 Abs. 3 Satz 2 KAG unterliegen. In diesem Fall können die „eingesammelten“ Gebühreneinnahmen zur Schließung der Deckungslücke verwendet werden.

Selbst wenn eine Gesamtdeckungslücke entsteht und demzufolge die Investitionen nicht vollständig über Beiträge und Gebühren finanziert werden können, sodass insoweit die gemeindlichen Aufgabenträger oder bei Zweckverbänden die gemeindlichen Mitglieder über Umlagen diese Deckungslücke durch allgemeine Haushaltsmittel tragen müssen, ergibt sich daraus abgabenrechtlich keine Unzulässigkeit einer Rückzahlung der Beiträge. Zwar gebietet das Abgabenrecht, dass Ausgaben grundsätzlich durch Vorzugslasten, also insbesondere Beiträge und Gebühren zu decken sind (§ 3 Abs. 2 KAG). Allerdings schreibt das Brandenburger KAG eine Erhebung von Anschlussbeiträgen nicht zwingend vor. Demzufolge liegt es im Ermessen des kommunalen Aufgabenträgers, darüber zu entscheiden, ob er im Bereich der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung Beiträge erhebt oder nicht. Dieser Spielraum umfasst auch die Möglichkeit, das Finanzierungsmodell zu wechseln. Ist es dem Aufgabenträger also abgabenrechtlich gestattet, aufgrund des Finanzierungsmodellwechsels Beiträge zurückzuerstatten, so steht das Abgabenrecht einer Rückerstattung erst recht nicht entgegen, wenn nur ein Teil der gezahlten Beiträge (die aufgrund rechtswidriger Bescheide gezahlt wurden) zurückgezahlt wird.

VI. Haushaltsrechtliche Folgen

Haushaltsrechtliche Folgen ergeben sich dadurch, dass Mittel für die Rückzahlungen benötigt werden und die Rückzahlungen möglicherweise zu Deckungslücken bei der Finan-

¹⁷⁵ Ein rückwirkender Erlass einer Satzung mit höheren Gebührensätzen, in denen die Rückzahlung einkalkuliert wurde, ist dagegen unzulässig, vgl. *Kluge* (Fn. 36), Rn. 628.

zierung der öffentlichen Einrichtung durch Vorzugslasten führen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen obligatorischen Rückzahlungen und freiwilligen Rückzahlungen.

1. Obligatorische Rückzahlungen

a) Kassenkredite/Umlagen/allgemeine Haushaltsmittel

Soweit die kommunalen Aufgabenträger zur Rückerstattung von Beiträgen verpflichtet sind und die vorhandenen Kassenmittel nicht ausreichen, um den Zahlungsverpflichtungen nachzukommen, müssen die Aufgabenträger, soweit und solange auch keine anderen Mittel¹⁷⁶ zur Verfügung stehen, gemäß § 76 Abs. 2 BbgKVerf einen Kassenkredit aufnehmen. Für Zweckverbände, die von der Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, nach § 28 GKGBbg für ihre Wirtschaftsführung das Eigenbetriebsrecht an Stelle des kommunalen Haushaltsrechts anzuwenden, gilt § 76 Abs. 2 BbgKVerf gemäß § 86 Abs. 2 BbgKVerf entsprechend.

Für die Zweckverbände sind zudem § 29 Abs. 1 und 3 GKGBbg zu beachten. Danach hat der Zweckverband von den Verbandsmitgliedern eine Umlage zu erheben, soweit seine sonstigen Erträge, Einzahlungen und nicht benötigten Finanzmittel nicht ausreichen, um seinen Finanzbedarf zu decken. Zur Deckung seines liquiditätswirksamen Finanzbedarfes sind Vorauszahlungen bis zur Höhe der voraussichtlich erforderlichen Umlagen zu erheben, wenn die Haushaltssatzung oder die Nachtragssatzung nicht mehr rechtzeitig erlassen werden kann und soweit die Aufnahme eines Kassenkredites unzulässig, unmöglich oder für den Zweckverband unwirtschaftlich ist.

Eine etwaige Deckungslücke aufgrund einer kreditfinanzierten Rückzahlung (also die Unmöglichkeit, die Auszahlungen für Tilgungen und Zinsen über die erzielten Beitrags- und Gebühreneinnahmen zu finanzieren) ist bei gemeindlichen Aufgabenträgern aus dem allgemeinen Haushalt zu finanzieren. Zweckverbände haben in diesen Fällen gemäß § 29 Abs. 1 GKGBbg eine Umlage von den Mitgliedsgemeinden zu erheben. Diese wiederum finanzieren die Umlage aus dem allgemeinen Haushalt, gegebenenfalls über Kassenkredite.

¹⁷⁶ Zur Möglichkeit, Investitionskredite nach § 74 BbgKVerf aufzunehmen, siehe unter 2.

b) Ausgleichsfonds nach § 16 BbgFAG

Darüber hinaus kommt eine Finanzierung aus § 16 BbgFAG in Betracht. Nach dieser Vorschrift werden den Gemeinden und Landkreisen Bedarfszuweisungen zum Ausgleich eines „besonderen Bedarfs“ zur Verfügung gestellt. Die Mittel betragen ab dem Jahr 2016 jeweils 40 Mio. Euro pro Jahr. Die Mittel sind u.a. bestimmt für Schuldendiensthilfen wegen Hochverschuldung.

Für die Aufgabenträger der Wasserver- und Abwasserentsorgung sieht § 16 Abs. 1 Satz 4 und 5 BbgFAG eine Sonderregelung vor. 1999 wurde mit einer Laufzeit von 10 Jahren ein Programm aufgelegt, mit dem das Land die kommunalen Aufgabenträger der Abwasserentsorgung in schwieriger wirtschaftlicher Situation unterstützte. Mittelfristig sollten Strukturen geschaffen werden, die die Aufgabenträger in die Lage versetzen, die Abwasserentsorgung effizient und mit vertretbaren Belastungen für die Einwohner wahrzunehmen.¹⁷⁷ Waren Zweckverbände Aufgabenträger, so waren auch die Verbände Zuwendungsempfänger und nicht die Mitgliedsgemeinden selbst. Dieses Programm, das später auch auf die Wasserversorgung ausgedehnt wurde, lief Ende 2015 aus. Im Jahr 2016 stehen nach § 16 Abs. 1 Satz 5 BbgFAG Mittel bis zu 11 Mio. Euro lediglich für Zuwendungen für noch nicht abgeschlossene Maßnahmen zur Verfügung. Nach der Gesetzesbegründung¹⁷⁸ sollen im Jahr 2016 Abschlussarbeiten aus dem Ausgleichsfonds finanziert werden können, wie z. B. die Beendigung der bis Ende 2015 eingeleiteten Verwaltungsverfahren einschließlich der Prüfung der finanziellen Belastbarkeit von Mitgliedsgemeinden, der Abschluss von begonnen, zugesagten oder notwendigen Sanierungsrechnungen zur abschließenden Bestimmung der wirtschaftlichen Situation von wirtschaftlich angeschlagenen Aufgabenträgern und der Abschluss laufender Fusions- und Kooperationsprojekte. Daraus ergibt sich, dass für neue Unterstützungsmaßnahmen keine Mittel auf der Grundlage von § 16 Abs. 1 Satz 5 BbgFAG zur Verfügung stehen.¹⁷⁹

Nicht eindeutig ist, ob sich hieraus eine Sperrwirkung für Zuwendungen auf Grundlage der allgemeinen Regelung des § 16 Abs. 1 Satz 1 BbgFAG ergibt. Dagegen spricht, dass die Gesamtmittel für den Ausgleichsfonds nach § 16 Abs. 1 Satz 4 BbgFAG „auch“ für die

¹⁷⁷ Begründung zum Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Sechstes Gesetz zur Änderung des Brandenburgischen Finanzausgleichsgesetzes, LT-Drs. 6/3271.

¹⁷⁸ Siehe Fn. 177.

¹⁷⁹ Siehe auch Antwort der Landesregierung auf die Kleine Anfrage 6/2017, LT-Drs. 6/5012.

Aufgabenträger der Wasserver- und Abwasserentsorgung bestimmt sind. Es gibt also keine eindeutige Trennung der Mittel. Die spezielle Zuweisung ermöglicht insbesondere, dass die Zweckverbände als Aufgabenträger selbst Zuwendungsempfänger sein können, während nach § 16 Abs. 1 Satz 1 BbgFAG nur die Gemeinden und Landkreise Mittel erhalten können.

Allerdings wird nach § 16 Abs. 2 BbgFAG die Verteilung und Verwendung der Mittel durch das für Inneres zuständige Ministerium geregelt. Nach der, soweit ersichtlich,¹⁸⁰ noch maßgeblichen Richtlinie über die Gewährung von Zuweisungen aus dem Ausgleichsfonds an hochverschuldete Gemeinden vom 21. März 2001¹⁸¹ gelten als hochverschuldet solche Gemeinden, die infolge von Zahlungsverpflichtungen an Gläubiger für Maßnahmen im Investitionsbereich, die nicht die Abwasserentsorgung betreffen, bei sparsamster Wirtschaftsführung auf Dauer nicht in der Lage sind, ihren Haushalt auszugleichen. Danach wären jedenfalls nach derzeitiger Vorschriftenlage Zuwendungen für den Abwasserbereich ausgenommen.

2. Freiwillige Rückzahlungen

Bei freiwilligen Rückzahlungen kommt nach hiesiger Auffassung die Aufnahme eines Kassenkredites nicht in Betracht, da dieser der (kurzfristigen) Liquiditätssicherung dient und im Falle einer freiwilligen Rückzahlung Pflichten des kommunalen Aufgabenträger gerade nicht bestehen.

Bei freiwilliger Rückzahlung dürften in der Regel auch Zuwendungen nach § 16 BbgFAG nicht in Betracht kommen, da wegen der Freiwilligkeit kein besonderer „Bedarf“ vorliegt.

a) Investitionskredit im Sinne des § 74 BbgKVerf

Daher ist eine kreditfinanzierte Rückzahlung grundsätzlich nur möglich, wenn ein Kredit, der zum Zwecke der Rückzahlung aufgenommen wird, als Investitionskredit im Sinne des § 74 BbgKVerf anzusehen ist.

Nach § 74 Abs. 1 Satz 1 BbgKVerf fallen darunter Kredite für Investitionen, Investitionsförderungsmaßnahmen und Kredite zur Umschuldung. Um eine Umschuldung handelt es

¹⁸⁰ Siehe dazu Antwort der Landesregierung auf die Frage 3 der Kleine Anfrage Nr. 6/1185, LT-Drs. 6/3014.

¹⁸¹ Abrufbar unter diesem Link: <http://www.brandenburg.de/sixcms/media.php/1065/010321.pdf>.

sich gemäß § 2 Nr. 45 der Kommunalen Haushalts- und Kassenverordnung (KomHKV), wenn ein Kredit durch einen anderen Kredit abgelöst wird. Dies ist bei den hier fraglichen Krediten nicht der Fall. Ebenfalls liegen keine Investitionsförderungsmaßnahmen vor, denn hierbei handelt es sich gemäß § 2 Nr. 23 KomHKV um die Gewährung von aktivierbaren Zuwendungen und Darlehen für Investitionen Dritter und für Investitionen der Sondervermögen mit Sonderrechnung.

Auf den ersten Blick handelt es sich auch nicht um eine Investition. § 2 Nr. 22 KomHKV definiert die Investition als Verwendung von Finanzmitteln für die Veränderung des Bestandes längerfristig dienender Güter sowie Grundstücken in Entwicklung. Der Kredit wird jedoch nicht unmittelbar für längerfristig dienende Güter (wie beispielsweise den Bau von Kanälen) verwendet, sondern für die Rückzahlung bereits gezahlter Beiträge. Allerdings ist zu bedenken, dass die Beiträge für die Herstellung der öffentlichen Einrichtung der Wasserversorgung oder Abwasserentsorgung erhoben wurden. Diese Herstellungsmaßnahmen stellen Investitionen im Sinne des § 74 Abs. 1 Satz 1 BbgKVerf dar. Hätte sich der kommunale Aufgabenträger – was zulässig gewesen wäre – von vornherein für eine Finanzierung dieser Investitionen über Gebühren statt über Beiträge entschieden, wäre demzufolge eine Kreditaufnahme unzweifelhaft als Investitionskredit einzustufen gewesen. Den Zahlungspflichten gegenüber den Kreditgebern stünden dann die Erhöhungen im Bestand der längerfristig dienenden Güter aufgrund der Herstellungsmaßnahmen gegenüber. Die Finanzierung der Tilgung und Zinsen würde über die Gebühreneinnahmen erfolgen. Keine andere wirtschaftliche Situation besteht aber, wenn der Aufgabenträger einmal erhobene Beiträge zurückerstattet und hierfür einen Kredit aufnimmt. Auch dann gibt es den entsprechenden höheren Bestand der längerfristig dienenden Güter und eine Refinanzierung des Kredites über entsprechend höhere Gebühren.

Daher hat das Ministerium des Innern und für Kommunales (MIK) durch Runderlass vom 16. Februar 2016¹⁸² die Auffassung vertreten, dass eine kommunalaufsichtliche Kreditgenehmigung nicht allein mit der Begründung verweigert werden könne, dass ein Kredit für die Finanzierung der Rückzahlung von Anschlussbeiträgen kein Investitionskredit im Sinne des § 74 Abs. 1 Satz 1 BbgKVerf sei. Da dieser Runderlass für die Kommunalaufsichtsbehörden verbindlich ist (vgl. §§ 110, 132 BbgKVerf, § 11 Landesorganisationsgesetz) ist

¹⁸² Runderlass in kommunalen Angelegenheiten Nr. 1/2016, hier abrufbar:
http://bravors.lvnbb.de/verwaltungsvorschriften/rerl_nr_1_2016.

davon auszugehen, dass die Rechtsauffassung des MIK bei der Genehmigungserteilung zugrunde gelegt wird.

b) Voraussetzungen für die Genehmigung eines Investitionskredites

Ist eine freiwillige Rückzahlung demnach grundsätzlich über einen Investitionskredit finanzierbar, folgt daraus noch nicht zwingend die Genehmigungsfähigkeit eines solchen Kredites. Vielmehr müssen die Genehmigungsvoraussetzungen des § 74 BbgKVerf vorliegen. Dabei darf die Genehmigung nicht allein mit dem Argument versagt werden, dass die Kreditaufnahme subsidiär zu der Beitragsfinanzierung ist. Denn das Abgaberecht lässt den Aufgabenträgern in Brandenburg gerade die Wahl zwischen Beitragsfinanzierung und Gebührenfinanzierung, welche die Aufnahme eines Kredites in der Regel erforderlich macht.

Die Genehmigung (des Gesamtbetrags der Kreditaufnahme) soll gemäß § 74 Abs. 1 Satz 3 BbgKVerf unter dem Gesichtspunkt einer geordneten Haushaltswirtschaft erteilt oder versagt werden. Sie ist in der Regel zu versagen, wenn die Kreditverpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht im Einklang stehen. Maßgeblich in den Blick zu nehmen sind daher zum einen die schon bestehenden Vorbelastungen durch Kredite und zum anderen die Möglichkeit der Refinanzierung über entsprechend höhere Gebühren. Detaillierte Vorgaben im Einzelnen sind den gesetzlichen Vorgaben nicht zu entnehmen. So erscheint es denkbar, dass eine Kreditgenehmigung auch bei einer insgesamt hohen Kreditbelastung erteilt wird, wenn die vollständige Refinanzierung über Gebühreneinnahmen in einer nachvollziehbaren und rechtmäßigen Kalkulation nachgewiesen wird.

Eine Grenze kann sich bei nach Eigenbetriebsrecht wirtschaftenden Zweckverbänden aus § 11 Abs. 2 Satz 3 Eigenbetriebsverordnung ergeben. Danach sollen Eigen- und Fremdkapital in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Allgemeine Regeln, insbesondere ein allgemeines Verbot einer bilanziellen Überschuldung, lassen sich hieraus jedoch nicht ableiten. Denn die Angemessenheit kann nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden, zumal aufgrund der Soll-Regelung unter besonderen Umständen auch Ausnahmen zulässig sind.

Näherliegend ist eine Versagung der Kreditgenehmigung, wenn durch die Rückzahlung voraussichtlich Deckungslücken entstehen. Nicht eindeutig ist, ob die Fähigkeit und Bereitschaft der Mitgliedsgemeinden von Zweckverbänden, die Deckungslücken durch Um-

lagen zu schließen, eine Genehmigungsfähigkeit herbeizuführen vermag. Einerseits ist die Umlagefinanzierung nach § 29 GKGBbg nur subsidiär gegenüber der Finanzierung über eigene Einnahmen der Zweckverbände, hier also über Gebühren und Beiträge. Andererseits ist nicht von der Hand zu weisen, dass auch in diesem Fall mit der grundsätzlichen Zulässigkeit der Umstellung des Finanzierungsmodells argumentiert werden kann. Zudem ist die Subsidiarität der Umlage in § 29 Abs. 1 GKGBbg nur bei obligatorischen Umlagen geregelt. Daher dürften nach hier vertretener Auffassung für das Verhältnis eigene Einnahmen/Umlagen die allgemeinen Regeln zur Finanzierung über Vorzugslasten oder allgemeine Haushaltsmittel gelten.

Die Entscheidung über Erteilung oder Versagung der Kreditgenehmigung durch die zuständige Kommunalaufsichtsbehörde ist Bestandteil der Rechtsaufsicht über die Gemeinden bzw. Zweckverbände. Den Kommunalaufsichtsbehörden stehen also keine Ermessens- oder Beurteilungsspielräume zu. Die Versagung einer Kreditgenehmigung ist daher von den Verwaltungsgerichten im vollen Umfang überprüfbar.

VII. Handlungsmöglichkeiten

Im Weiteren sollen Handlungsmöglichkeiten der kommunalen Aufgabenträger (1.) und des Landes (2.) dargestellt werden. Es ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens, diese Handlungsmöglichkeiten landes- oder kommunalpolitisch zu bewerten. Es können lediglich die rechtlichen Folgen sowie mögliche Vor- und Nachteile dargestellt werden.

Bei allen Handlungsvarianten ist der tatsächliche Hintergrund der Problematik mitzubedenken: Es geht um die Finanzierung von Investitionen, die zum größten Teil bereits erfolgt sind. Daher stellt sich nicht mehr die Frage nach dem „Ob“ dieser Investitionen und ihrer Finanzierung¹⁸³, sondern es geht allein um die Antwort auf die Frage: „Wer soll bezahlen?“ Da die Antwort „Niemand“ ausgeschlossen ist, muss jede Lösungsvariante auf die vorhandenen Töpfe „Beiträge“, „Gebühren“¹⁸⁴ und „allgemeine Haushaltsmittel“ zurückgreifen. Bei den allgemeinen Haushaltsmitteln kann differenziert werden, ob es sich

¹⁸³ Die kommunalen Aufgabenträger sind nicht insolvenzfähig, da der Landesgesetzgeber von der Ermächtigung in § 12 Abs. 1 Nr. 2 Insolvenzordnung Gebrauch gemacht hat (für Gemeinden in § 118 Abs. 2 BbgKVerf, für Zweckverbände in § 26 Abs. 6 GKGBbg).

¹⁸⁴ Bzw. entsprechende privatrechtliche Entgelte.

um Mittel der kommunalen Aufgabenträger bzw. bei Zweckverbänden der gemeindlichen Träger oder um Mittel des Landes handelt.

Jede Entscheidung, die Finanzierung aus einem dieser Töpfe zu senken oder auf sie zu verzichten, bedeutet zwangsläufig, dass die Finanzierung aus einem anderen Topf zu erhöhen ist. Jeder Finanzierung aus einem dieser Töpfe liegen sachlich gut begründbare Erwägungen zu Grunde. Jede Finanzierung aus einem der Töpfe hat aber auch Nachteile. Dies ist der Grund, warum, wie eingangs gezeigt, die kommunalen Aufgabenträger in Brandenburg eine Vielzahl von Finanzierungsmodellen gewählt haben, die sich je nach den örtlichen Gegebenheiten und den vor Ort getroffenen Entscheidungen unterscheiden. Daher erscheint es zweifelhaft, ob es die *eine* gerechte Lösung überhaupt gibt. Wesentlich dürfte daher sein, dass die Entscheidung über die Lösungswege von den demokratisch legitimierten Vertretern vor Ort und im Land unter sorgfältiger Abwägung des Für und Wider der einzelnen Varianten und in bestmöglicher Kenntnis der tatsächlichen und rechtlichen Folgen getroffen wird.

1. Aufgabenträger

Die kommunalen Aufgabenträger haben die oben bereits beschriebenen Handlungspflichten und -möglichkeiten. Zu differenzieren ist zwischen von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts betroffenen, noch nicht bestandskräftigen Beitragsbescheiden, betroffenen unanfechtbaren Beitragsbescheiden und nicht betroffenen Beitragsbescheiden.

Betroffene Beitragsbescheide, die noch nicht bestandskräftig geworden sind, müssen aufgehoben werden und die auf Grundlage dieser Bescheide bereits einggenommenen Beiträge sind zurückzuzahlen (§ 37 Abs. 2 AO).

Bei betroffenen Beitragsbescheiden, die bereits bestandskräftig geworden sind, haben die Aufgabenträger nach hiesiger Rechtsauffassung die Möglichkeit, die Bescheide zurückzunehmen, sie sind aber hierzu nicht verpflichtet. Eine Vollstreckung aus solchen Bescheiden ist hingegen unzulässig. Bei Bescheiden, die durch gerichtliche Entscheidung rechtskräftig bestätigt wurden, besteht hingegen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wegen der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidungen und fehlender Regelungen über ein Wiederaufgreifen des Verfahrens keine Rücknahmemöglichkeit.

Die Aufgabenträger haben grundsätzlich stattdessen die Möglichkeit, das Finanzierungssystem auf eine Gebührenfinanzierung umzustellen, sodass auch die aufgrund rechtmäßi-

ger Beitragsbescheide gezahlten Beiträge zurückerstattet werden können und auf die Erhebung künftiger Herstellungsbeiträge verzichtet wird. Alternativ hierzu ist es möglich, die Gruppe der Beitragszahler durch einen geringeren Gebührensatz oder im Wege von Billigkeitsentscheidungen im Heranziehungsverfahren zu entlasten.¹⁸⁵

Zu den gebühren- und haushaltsrechtlichen Folgen der jeweiligen Entscheidung wird auf die oben getroffenen Ausführungen verwiesen.

Jede Variante hat ihre Vor- und Nachteile. Einige seien hier aufgeführt.

Auf der einen Seite spricht für eine Rückerstattung aller von der Verfassungsgerichtsentscheidung betroffener Beiträge unabhängig von der Bestandskraft der Beitragsbescheide, dass die Belastung durch die rechtswidrigen Beitragszahlungen sich nicht danach unterscheidet, ob Bestandskraft eingetreten ist oder nicht, und dass auf diese Weise beide betroffenen Gruppen gleichbehandelt werden. Zudem wären andernfalls gerade die Gruppen belastet, die auf ein rechtmäßiges Handeln ihres kommunalen Aufgabenträgers vertraut haben oder die die finanziellen Risiken eines Widerspruchs- und Klageverfahrens nicht eingehen wollten oder konnten, nicht zuletzt, weil sie aufgrund der bisherigen Rechtsprechung der Gerichte einschließlich des Bundesverwaltungsgerichts und des Landesverfassungsgerichts mit guten Gründen davon ausgehen konnten, dass Rechtsbehelfe keine Aussicht auf Erfolg haben werden.

Auf der anderen Seite dienen die Regelungen der Bestandskraft und Rechtskraft auch der Rechtssicherheit. Sie bewirken, dass es einen Zeitpunkt gibt, ab dem über die Frage der Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit nicht länger gestritten wird, so dass sich alle Seiten, Abgabepflichtige ebenso wie die öffentliche Hand, darauf einstellen können. Zu berücksichtigen ist auch, dass es zahlreiche weitere Gründe gibt, warum ein Bescheid rechtswidrig sein kann. Insbesondere dürfte eine Vielzahl der bestandskräftigen Beitragsbescheide, die in den 90er Jahren innerhalb der Festsetzungsfrist erlassen wurden und damit nicht unter die BVerfG-Entscheidung fallen, rechtswidrig gewesen sein, weil kein wirksames Satzungsrecht vorlag. Daher muss der Aufgabenträger die Frage beantworten, wie er mit nicht betroffenen Beitragsbescheiden, die aus anderen Gründen rechtswidrig sind, aber bestandskräftig geworden sind, umgehen will. Darüber hinaus muss der Aufgabenträger

¹⁸⁵ Denkbar ist auch eine Umstellung auf privatrechtliche Entgelte. Auch hier dürfte das „billige Ermessen“ bei der Entgeltfestsetzung gem. § 315 BGB einen Belastungsausgleich der Beitragszahler gebieten.

sich mit der Problematik der Doppelmängel befassen, wenn er auch die bestandskräftigen betroffenen Bescheide aufheben möchte. Er muss also entscheiden, ob er auch diejenigen Bescheide aufheben möchte, die zwar von der BVerfG-Entscheidung betroffen sind, aber zusätzlich aus anderen Gründen rechtswidrig sind, so dass die Betroffenen nicht erst aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine realistische Aussicht auf ein erfolgreiches Anfechtungsverfahren hatten. Schließlich ist zu bedenken, dass nach derzeitiger Rechtslage unter Zugrundlegung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts keine Möglichkeit zur Rücknahme der durch Gerichtsurteil bestätigten Bescheide besteht.

In jedem Fall müssen die finanzrechtlichen Folgen einer weitergehenden Rückerstattung betrachtet werden. In die Abwägung einzufließen hat also die Frage, ob und in welchem Umfang eine Rückzahlung zu Gebührenerhöhungen führt, ob und in welchem Umfang Deckungslücken eintreten und wie diese Lücken geschlossen werden können. Sollen Kredite aufgenommen werden, stellt sich zudem die Frage der Zulässigkeit der Kreditaufnahme.

Schließlich ist zu überlegen, ob nicht stattdessen eine Umstellung auf eine reine Gebührenfinanzierung in Betracht kommt. Dies hat einerseits den Vorteil, dass der Aufgabenträger nicht gehalten ist, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob ein Bescheid unter die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fällt oder nicht. Wie oben dargelegt, ist dies in vielen Fällen nicht eindeutig und es besteht teilweise noch keine gefestigte Rechtsprechung hierzu, etwa bei der öffentlichen Hand als Beitragsschuldnerin oder bei Verbandswechseln. Andererseits stellen sich hier die Fragen der Höhe der Gebührenerhöhungen, der Deckungslücken und der Kreditbelastung in besonderem Maße. Durch die von der Rechtsprechung eröffneten Varianten, an Stelle einer Rückzahlung gesplittete Gebührensätze zu vorzusehen oder im Wege von Billigkeitslösungen eine Entlastung herbeizuführen, können die Folgen aber ggf. abgemildert werden.

Bei einer Umstellung auf eine reine Gebührenkalkulation sind darüber hinaus die allgemeinen Vor- und Nachteile der Beitrags- und der Gebührenfinanzierung abzuwägen. Beiträge haben den Vorteil, dass sie für eine sichere und baldige Finanzierung der Investitionen sorgen. Sie knüpfen unabhängig vom Umfang der Nutzung der Einrichtung an die allgemeine Nutzungsmöglichkeit. Sie haben aber den Nachteil, dass Grundstückseigentümer mit oftmals sehr hohen einmaligen Forderungen belastet werden. Dies kann allerdings oftmals durch Billigkeitsentscheidungen, etwa durch die Gestattung von Ratenzahlungen,

gemildert werden. Gebühren haben den Vorteil, dass mit ihnen die Investitionen über einen langen und damit sozialverträglicheren Zeitraum finanziert werden. Sie knüpfen zudem an die konkrete Nutzung. Wer mehr verbraucht, trägt daher einen größeren Anteil an der Finanzierung der Investitionen. Sie haben den Nachteil, dass in der Regel auch Zinsen in die Kalkulation einfließen müssen. Gebühren können auf die Mieter umgelegt werden und belasten Mehrpersonenhaushalte stärker als Einpersonenhaushalte. Der wirtschaftliche Vorteil der Anschlussmöglichkeit des Grundstückes wird so für vergleichbare Grundstücke unterschiedlich stark abgegolten und auf die Nutzer umgelegt. Dies kann allerdings abgemildert werden durch die Ausschöpfung der Möglichkeiten zur Erhebung von Grundgebühren. Für den Aufgabenträger haben Gebühren zudem den Nachteil, dass eine veränderte geringere Nutzung (z.B. aufgrund von wassersparendem Verhalten) zu niedrigeren Gebühreneinnahmen führen kann und demzufolge die Refinanzierung nicht zwingend sichergestellt werden kann.

Hat sich ein Aufgabenträger aufgrund der unterschiedlichen Vor- und Nachteile der Beitrags- und Gebührenfinanzierung bislang für eine Mischfinanzierung entschieden, so scheint es naheliegend, dass er auf eine reine Gebührenfinanzierung umstellt und somit deren Nachteile in Kauf nimmt, wenn es in seinem Zuständigkeitsbereich viele oder nicht unerhebliche Fälle gibt, in denen nicht hinreichend klar ist, ob Beitragsbescheide unter die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fallen oder nicht.

2. Land

Das Land hat Handlungsmöglichkeiten im Bereich der Gesetzgebung und im Bereich der Kommunalaufsicht.

a) Gesetzliche Maßnahmen

Das Land kann als Gesetzgeber des Kommunalrechts die Entscheidungsspielräume der kommunalen Aufgabenträger beschränken oder erweitern bzw. gesetzliche Klärungen zu Lasten oder zu Gunsten der kommunalen Spielräume vornehmen. Als Haushaltsgesetzgeber kann das Land zudem Rechtsgrundlagen für staatliche Zuwendungen ändern oder schaffen.

aa) Rückzahlungsge- und -verbote

Das Land kann die Handlungsmöglichkeiten zur Finanzierung der Investitionen einschränken und insbesondere regeln, dass auch von der BVerfG-Entscheidung betroffene, aber bestandskräftige Beitragsbescheide aufzuheben sind, bzw. die Beitragserhebung insgesamt verbieten und eine Rückzahlung aller Beiträge¹⁸⁶ anordnen. Dies stellt einen Eingriff in die kommunale Abgabehoheit als Bestandteil der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 97 Landesverfassung dar. Der Freistaat Thüringen ist einen solchen Weg gegangen. Dort wurde das Kommunalabgabengesetz dahingehend geändert,¹⁸⁷ dass Beiträge für Einrichtungen der Wasserversorgung nicht und im Bereich der Abwasserentsorgung nur noch eingeschränkt erhoben werden durften (§ 7 ThürKAG). Die Abgabensatzungen waren an diese Regelungen anzupassen und bereits erfolgte Beitragszahlungen rückabzuwickeln (§ 21a ThürKAG). Hierzu hat der Thüringer Verfassungsgerichtshof entschieden, dass eine solche Einschränkung grundsätzlich mit der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung vereinbar sei. Allerdings dürfe es nicht nachhaltig zu bleibenden, unzumutbaren finanziellen Nachteilen bei den Gemeinden kommen. Sofern alternative Finanzierungsvarianten den Gemeinden nicht offenstehen, müsse das Land daher grundsätzlich die verbleibenden Finanzierungslücken durch Ausgleichszahlungen schließen.¹⁸⁸

Umgekehrt bestünde auch die Möglichkeit, den kommunalen Aufgabenträgern durch gesetzliche Regelung zu verbieten, bereits bestandskräftige oder rechtmäßige Beitragsbescheide aufzuheben.

Vorteil solcher Regelungen ist, dass eine einheitliche Handhabung im gesamten Land erzielt werden kann. Nachteil ist, dass die Entscheidung über das Finanzierungsmodell nicht

¹⁸⁶ Vergleichbare Folgen hätte eine gesetzliche Regelung, mit der das Wort „rechtswirksamen“ in § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG wieder gestrichen wird und deren Anwendungsbereich nicht nur künftige Fälle erfasst, sondern auf alle Fälle unabhängig vom Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht ausgedehnt wird.

¹⁸⁷ Durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Thüringer Kommunalabgabengesetzes und des Thüringer Wassergesetzes vom 17. Dezember 2004, GVBl. S. 889 ff.

¹⁸⁸ ThürVerfGH, Urt. vom 23. April 2009, Az. 32/05, Rn. 149, 155, 158, 164 ff. Die in Thüringen zunächst vorgesehene finanzielle Kompensation war nach Auffassung des ThürVerfGH teilweise nicht ausreichend, so dass die Regelungen z.T. verfassungswidrig waren. Daraufhin wurde 2009 durch das Sechste Gesetz zur Änderung des Thüringer Kommunalabgabengesetzes (GVBl. S. 646) die Pflicht des Landes, den Aufgabenträgern die mit den Gesetzesänderungen verbundenen Einnahmeausfälle zu erstatten, erweitert. Diese Regelungen haben einer erneuten Prüfung durch den ThürVerfGH standgehalten, vgl. Beschl. vom 4. Sep. 2013, Az. 18/10, juris.

mehr anhand der konkreten Gegebenheiten vor Ort von den demokratisch gewählten Entscheidungsträgern im Rahmen der kommunalen Eigenverantwortung getroffen werden kann. Soweit durch die Eingriffe in die kommunale Selbstverwaltung unzumutbare Finanzierungslücken für die Kommune entstehen, sind zudem – je nach Ausgestaltung ggf. erhebliche¹⁸⁹ – Mehrbelastungen für den Landeshaushalt aufgrund der Ausgleichsverpflichtungen zu berücksichtigen.

bb) Zuwendungen an die Aufgabenträger

Das Land kann als Haushaltsgesetzgeber auch Zuwendungen für die kommunalen Aufgabenträger vorsehen. Dabei kann das Land im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben¹⁹⁰ festlegen, für welche Aufgabenträger, für welche Maßnahmen und in welcher Höhe Zuwendungen gewährt werden.

Aufgrund des Umfangs dürfte die Übernahme der Finanzierung aller Investitionen im Abwasser- und Wasserbereich seit 1990, deren Summe mehrere Milliarden Euro beträgt, durch das Land ausgeschlossen sein. Auch die Übernahme der Finanzierung aller Investitionen, die bislang über Beiträge finanziert wurden, verbunden mit der Auflage, alle Beitragsbescheide zurückzunehmen und mit den Mitteln des Landes die Beiträge an die Beitragszahler zurückzuzahlen, dürfte das für das Land finanziell leistbare Maß überschreiten. Nachteil einer solchen Lösung wäre zudem, dass Grundstückseigentümer und Nutzer im Gebiet von Aufgabenträgern, die keine Beiträge erhoben, sondern eine reine Gebührenfinanzierung gewählt oder privatrechtliche Entgelte gefordert haben, von einer solchen Regelung nicht profitieren würden.

¹⁸⁹ In Thüringen wird aufgrund der oben beschriebenen Maßnahmen von Belastungen des Landeshaushalts in Höhe von zwei bis drei Mrd. Euro ausgegangen, vgl. Thüringer Allgemeine vom 20. Juni 2016, abgerufen über diesen Link: <http://www.thueringer-allgemeine.de/web/zgt/politik/detail/-/specific/Land-rechnet-mit-Finanzrisiken-von-bis-zu-sieben-Milliarden-Euro-798971702>.

¹⁹⁰ Insb. Art. 103 Abs. 1 Satz 2 und 3 LV (Einnahmen aus Krediten dürfen die im Haushaltsplan veranschlagten Ausgaben für Investitionen nicht überschreiten; Ausnahmen sind nur zulässig zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts) und Art. 109 Abs. 2 GG (Bund und Länder erfüllen gemeinsam die Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft auf Grund des Artikels 104 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft zur Einhaltung der Haushaltsdisziplin und tragen in diesem Rahmen den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung) sowie die Schuldenbremse aus Art. 109 Abs. 3 i.V.m. Art. 143d GG.

Denkbar wäre aber, Zuwendungen für Aufgabenträger vorzusehen, die von der BVerfG-Entscheidung betroffene Beitragsbescheide erlassen haben und die diese Bescheide aufheben. Solche Zuwendungen könnten auch auf solche Aufgabenträger beschränkt werden, die aufgrund der Entscheidung zu Rückzahlungen verpflichtet sind, während solche Aufgabenträger, die Abgabenbescheide aufgrund ihrer eigenen Ermessensentscheidung aufheben und daraufhin Rückzahlungen vornehmen, ausgenommen werden.

Die Zuwendungen können auf verschiedene Weise ausgestaltet werden. Möglich sind beispielsweise

- eine lediglich anteilige prozentuale Finanzierung,
- eine Finanzierung bis zu einem Höchstbetrag (je Aufgabenträger/je Beitragsbescheid),
- eine (anteilige) Finanzierung der voraussichtlichen Deckungslücken,
- eine Erstattung der Kosten für die Abwicklung der Rückzahlungen und/oder die Neukalkulation der Gebühren (ganz oder anteilig) durch Pauschalen oder Spitzabrechnung,
- eine Staffelung der Zuwendungen je nach dem, ob es sich um freiwillige oder unfreiwillige Rückzahlungen handelt,
- eine Ausgestaltung der Zuwendungen als (bedingt/unbedingt) (teil)rückzahlbar.

Auch eine Kombination dieser Varianten kann gewählt werden.

Zudem kann eine Zuwendung oder deren Höhe oder sonstige Ausgestaltung von der Finanzsituation des Aufgabenträgers, bei Zweckverbänden auch der Mitgliedsgemeinden, abhängig gemacht werden. Kriterien könnten beispielsweise (ggf. auch kumulativ) sein:

- die Höhe der Gesamtkreditbelastung des Aufgabenträgers,
- das Verhältnis von Eigen- und Fremdkapital,
- die Möglichkeiten zur Erreichung eines Haushaltsausgleichs,
- die Höhe der durch die Rückerstattung entstehenden Deckungslücken oder
- die Höhe der Gebührensätze nach einer Rückerstattung.

Die Zuwendungen können auch mit Bedingungen oder Auflagen versehen werden, insbesondere um die finanzielle Unterstützung des Landes mit Maßnahmen zur Haushaltskonsolidierung, zur Reduzierung der gebührenfähigen Kosten und damit der Gebührenbelastung oder zur Gewährleistung einer dauerhaften zuverlässigen Aufgabenwahrnehmung (etwa durch kommunale Zusammenarbeit) zu verknüpfen. Sofern solche flankierenden

Maßnahmen einbezogen werden sollen, sollte berücksichtigt werden, dass wegen ggf. erforderlicher Prüfungen bei den Aufgabenträgern das Bewilligungsverfahren zeitintensiv sein kann, so dass Möglichkeiten einer vorläufigen Finanzierung vorgesehen werden könnten, wenn das Land eine zügige Rückerstattung unterstützen möchte.

Nachteil einer (Teil)Finanzierung der Rückerstattung rechtswidriger Beitragsbescheide durch das Land ist, dass damit einige Aufgabenträger Unterstützung mit Landesmitteln erhalten, während andere kommunale Aufgabenträger, die rechtmäßige Finanzierungsmodelle gewählt haben, diese Unterstützung nicht erhalten. Jedoch ist nicht von der Hand zu weisen, dass die kommunalen Aufgabenträger die rechtswidrige Beitragsfinanzierung nicht in vorwerfbarer Weise vorgenommen haben. Vielmehr waren sie aufgrund der bis Ende 2015 maßgeblichen Rechtsprechung sogar verpflichtet, einheitliche Beitragserhebungen umzusetzen. Jedenfalls in den Fällen, in denen die kommunalen Aufgabenträger zu einer Rückerstattung aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts verpflichtet sind, erscheint eine finanzielle Beteiligung des Landes an den Folgen einer Rückerstattung gegenüber den anderen Aufgabenträgern und deren Einrichtungsnutzern daher zu rechtfertigen.

In Bezug auf die Höhe der Zuwendung könnte berücksichtigt werden, dass die Rückerstattung eines einmal eingenommenen Beitrages für den kommunalen Aufgabenträger als solche keinen Schaden darstellt. Etwas anderes ist insbesondere für Personalkosten, die bei der Abwicklung entstehen, und etwaige Deckungslücken anzunehmen. Hier kommen Fallpauschalen für jeden aufzuhebenden Beitragsbescheid oder/und eine anteilige oder auf eine bestimmte Höhe begrenzte Übernahme der Finanzierung der Deckungslücken in Betracht.

Sofern ein solcher oder ähnlicher Einsatz von Landesmitteln in Betracht gezogen wird, ist zu beachten, dass eine Prognose, wie viele Beitragsbescheide auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwingend aufzuheben sind und wie hoch die Summe der sich daraus ergebenden Beitragsrückzahlungen ist, derzeit verlässlich kaum aufzustellen ist, da über die Behandlung einiger relevanter Fallgruppen, insbesondere die Behandlung der öffentlichen Hand als Abgabenschuldnerin und die Behandlung von Zuständigkeitsänderungen bei den Aufgabenträgern, von der Rechtsprechung noch nicht abschließend entschieden wurde. Auch die Frage, ob und in welcher Höhe Deckungslücken entstehen, ist als offen zu werten, da von den Gerichten zu der vorliegenden Fallge-

staltung noch nicht eindeutig entschieden wurde, ob eine hypothetische Festsetzungsverjährung zur Bildung von fiktivem Abzugskapital führt oder ob die bisherige Rechtsprechung bestehen bleiben kann, dass festsetzungsverjährte Beitragsforderungen nicht dazu führen, dass diese Gruppe von Nichtbeitragszahlern gebühreseitig ebenso wie die Gruppe der Beitragszahler zu entlasten ist.

Der Gesetzgeber kann die Rechtsgrundlagen im Haushaltsgesetz regeln. Denkbar ist auch, daneben das Instrumentarium des § 16 BbgFAG zu ergänzen. Dabei kann auch geprüft werden, ob die bis 2015 (für Altfälle bis 2016) bestehende Möglichkeit, Zuwendungen direkt an die Zweckverbände zu vergeben, aufgegriffen wird. Dies hat den Vorteil, dass sich etwaige Bedingungen oder Auflagen unmittelbar an den Aufgabenträger richten können. Nachteil ist, dass die gesetzliche Finanzierungsverantwortung der Mitgliedsgemeinden schwieriger zu berücksichtigen ist als bei einer Unterstützung der Mitgliedsgemeinden selbst.

cc) Klärungen und Ergänzungen im Kommunalrecht

(1) Abgabenrecht

Im Hinblick auf das Kommunalabgabengesetz könnte der Gesetzgeber prüfen, ob einige durch die BVerfG-Entscheidung aufgeworfene Auslegungsfragen durch gesetzliche Regelung entschieden werden. Das betrifft insbesondere die Fragen der Rückzahlungspflichten gegenüber der öffentlichen Hand, die Behandlung von Zuständigkeitswechseln und die Frage der Behandlung von Beitragsrückerstattungen aufgrund hypothetischer Festsetzungsverjährung als fiktives Abzugskapital bei der Gebührenkalkulation. Solche Regelungen bergen jedoch in zwei Richtungen Risiken: Schränkt der Gesetzgeber die Refinanzierungsmöglichkeiten der Kommunen gegenüber der derzeitigen Rechtslage ein, so kann er zur Erstattung der Finanzierungslücken verpflichtet sein. Schränkt der Gesetzgeber die Rechte der Abgabepflichtigen im Vergleich zur jetzigen Rechtslage ein, kann dies zur Verfassungswidrigkeit der Regelung führen.

Diese Problematik besteht allerdings nicht in Hinblick auf die Frage, ob rechtswidrige Abgabenbescheide auch nach Eintritt der Festsetzungsverjährung aufgehoben werden können. Hier erscheint eine Präzisierung des Verweises in § 12 Abs. 1 Nr. 4 b KAG auf § 169 AO überlegenswert, aus der sich ergibt, dass eine solche Rücknahme möglich ist. Nach hiesiger Auffassung ist die Problematik einer Rücknahmesperre aus § 169 AO in den hier interessierenden Fallgestaltungen zwar nicht gegeben. Eine Klarstellung hätte aber für

künftige Fälle Bedeutung. Da die Handlungsmöglichkeiten der Kommunen nicht eingeschränkt würden und die Abgabepflichtigen nicht zusätzlich belastet werden, bestünde für den Gesetzgeber hier auch nicht die Gefahr, gegen Verfassungsrecht zu verstoßen.

Sollen die Aufgabenträger bei der Rücknahme betroffener Bescheide nicht differenzieren müssen zwischen betroffenen (bloß) bestandskräftigen Bescheiden und Bescheiden, die gerichtlich bestätigt wurden, ist auch erwägenswert, im KAG eine dem § 51 VwVfG oder jedenfalls dem § 51 Abs. 5 VwVfG entsprechende Regelung über das Wiederaufgreifen des Verfahrens oder eine ähnliche gesetzliche Grundlage vorzusehen, aus der sich die verfahrensrechtliche Möglichkeit einer Überwindung der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen ergibt. Andernfalls besteht nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts für gerichtlich bestätigte Bescheide eine Rücknahmesperre.

Darüber hinaus könnte geprüft werden, ob der Gesetzgeber die Möglichkeit regeln sollte, dass eine (freiwillige) Rückerstattung von Beiträgen, insbesondere bei Umstellung des Finanzierungsmodells auf eine reine Gebührenfinanzierung oder bei einer Senkung des Deckungsgrades, auch an die aktuellen Grundstückseigentümer erfolgen kann. Dies kann den Verwaltungsaufwand für die Rückzahlung reduzieren und berücksichtigt, dass ein Grundstückskäufer Beitragszahlungen in der Regel über einen entsprechend höheren Kaufpreis mittelbar getragen hat.

Es könnte auch eine Regelung in Erwägung gezogen werden, die ermöglicht, durch Rückerstattungen ausgelöste Deckungslücken bei der Gebührenkalkulation zu kompensieren. Nach § 6 Abs. 3 Satz 2 KAG können bis zum übernächsten Kalkulationszeitraum nur „Kostenunterdeckungen“ ausgeglichen werden. Die tatsächlichen Kosten am Ende einer Kalkulationsperiode müssen also höher gewesen sein als die prognostizierten Kosten. Dies ist bei Rückzahlungen von Beiträgen nicht der Fall, da die kalkulatorischen Kosten wegen der Berücksichtigung der zuvor eingenommenen Beiträge in den vergangenen Kalkulationsperioden nicht zu niedrig angesetzt wurden. Mögliche Deckungslücken müssen daher über allgemeine Haushaltsmittel finanziert werden. Dies stellt eine Abweichung vom Gebot der Kostendeckung aus § 6 Abs. 1 Satz 3 KAG dar, das gewährleisten soll, dass Einrichtungen, die Personen einen besonderen Vorteil bieten, von diesen Nutzern und nicht von der Allgemeinheit finanziert werden. Will man diese Abweichung vermeiden, könnte § 6 Abs. 3 KAG um eine Regelung ergänzt werden, die einen Ausgleich auch ermöglicht, wenn bei den kalkulatorischen Kosten Abzugskapital kostenmindernd berücksichtigt wurde, das in

einer späteren Kalkulationsperiode zurückerstattet wurde. Dies stellt allerdings eine Durchbrechung des Grundsatzes der Periodengerechtigkeit dar. Nutzer späterer Kalkulationsperioden müssen Abschreibungs- und Zinskosten aus vergangenen Kalkulationsperioden über höhere Gebührenansätze mitbezahlen. Daher wird man die Ausgleichsmöglichkeit, wenn man sie überhaupt erweitert, wie schon nach der bisherigen Regelung auf einen bestimmten Zeitraum (derzeit zwei Kalkulationsperioden) begrenzen müssen.¹⁹¹

(2) *Haushaltsrecht*

Wegen der Unklarheiten der Voraussetzungen für die Genehmigung eines Investitionskredites zur Finanzierung von Beitragsrückzahlungen könnte der Gesetzgeber Präzisierungen im Haushaltsrecht vornehmen. Strebt der Gesetzgeber an, dass die kommunalen Aufgabenträger die Möglichkeit haben, über die zwingend erforderlichen Rückerstattungen hinaus auch von der BVerfG-Entscheidung betroffene bestandskräftige Bescheide aufzuheben und entsprechende Rückerstattungen vorzunehmen bzw. eine Umstellung auf eine reine Gebührenfinanzierung vorzunehmen, sollten die Voraussetzungen für eine Kreditaufnahme hinreichend klar sein. Zwar hat das Ministerium des Innern durch Runderlass¹⁹² bereits für die Kommunalaufsichtsbehörden verbindlich geregelt, dass die Aufnahme eines Investitionskredites in diesen Fällen nicht von vornherein unzulässig ist. Dies könnte jedoch durch eine gesetzliche Klarstellung nachgezeichnet werden, damit diese Auslegung dauerhaft gesichert ist.

Gesetzlich nicht eindeutig geregelt ist auch die Frage, in welchen Fällen die Kreditaufnahme für diese Fallgestaltungen unter dem Gesichtspunkt einer geordneten Haushaltswirtschaft erteilt oder versagt werden muss. Hier könnte beispielsweise gesetzlich vorgegeben werden,

- ob es eine Begrenzung der Höhe der Kreditaufnahme bezogen auf das Gesamthaushaltsvolumen (Ergebnishaushalt/Finanzhaushalt) gibt oder nicht,
- ob, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe die Höhe der Aufnahme eines Investitionskredites durch den Restbuchwert der getätigten Investitionen oder die Höhe des Anlagevermögens begrenzt ist,

¹⁹¹ Hierzu und zur grundsätzlichen Verfassungsmäßigkeit solcher Ausgleichsmöglichkeiten *Kluge* (Fn. 36), § 6 Rn. 422 f.

¹⁹² Fn. 182.

- ob und in welchem Umfang Investitionskredite auch aufgenommen werden können, wenn die Gebühreneinnahmen zur Bedienung des Kredites nicht ausreichen, sondern eine Deckungslücke entsteht, die über den allgemeinen Haushalt bzw. bei Zweckverbänden über Umlagen zu finanzieren ist, oder
- ob bei Zweckverbänden die Umlagefinanzierung vorrangig, nachrangig oder gleichrangig zur Finanzierung durch einen Investitionskredit ist.

Da viele Zweckverbände nach Eigenbetriebsrecht wirtschaften, wären ergänzend die entsprechenden Regelungen der Eigenbetriebsverordnung (insb. § 11 Abs. 2 Satz 3 EigV) in den Blick zu nehmen.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die allgemein gehaltene Regelung in § 74 BbgKVerf grundsätzlich sachgerecht erscheint, da nicht alle Fallgestaltungen abgedeckt werden können und anlassbezogene Konkretisierungen durch Runderlasse des MIK, die zu einer einheitlichen Anwendung führen, möglich sind und praktiziert werden.

Daher kommt alternativ in Betracht, für die besondere Fallgestaltung der Rückerstattung von Beiträgen eine – ggf. zeitlich begrenzte – Sonderregelung zu schaffen, die die Möglichkeiten der Kreditfinanzierung im Vergleich zur bisherigen Rechtslage erleichtert.

b) Kommunalaufsichtliche Maßnahmen

Im Bereich der Kommunalaufsicht kann das Land insbesondere beratend tätig werden. Das MIK als oberste Kommunalaufsichtsbehörde hat zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts mehrere Rundschreiben¹⁹³ und auf seiner Internetseite eine Liste mit Fragen und Antworten sowie ein Rechtsgutachten zu der Problematik¹⁹⁴ veröffentlicht. Hilfreich könnte ergänzend sein, wenn – ggf. nach Festlegung der Maßnahmen des Landes – eine Checkliste erstellt wird, anhand derer die Aufgabenträger prüfen können, welche Handlungspflichten und -möglichkeiten sie haben. Dabei wird aber immer zu berücksichtigen sein, dass einige Fallgestaltungen rechtlich noch nicht abschließend geklärt sind und das MIK hier lediglich auf die bisherige Rechtsprechung und gegebenenfalls eine eigene Auffassung unverbindlich hinweisen kann.

¹⁹³ Rundschreiben vom 8. und 24. März 2016, hier abrufbar:

http://www.mik.brandenburg.de/cms/list.php/mi_rundschreiben.

¹⁹⁴ <http://www.mik.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.451220.de>.

Wenn und soweit der Gesetzgeber keine gesetzlichen (Sonder-)Regelungen zur Kreditfinanzierung von Rückzahlungen vornimmt, kommt zudem in Betracht, den Runderlass 1/2016 um Vorgaben zu den Anforderungen einer geordneten Haushaltswirtschaft bei der Kreditaufnahme für diese Rückzahlungen zu ergänzen.

Sofern der Gesetzgeber keine Änderungen des § 16 BbgFAG vornimmt, wäre zudem erwägenswert, eine Aktualisierung der Zuwendungsrichtlinie aus dem Jahr 2001¹⁹⁵ vorzunehmen und Zuwendungen an die Gemeinden im Bereich der Abwasserversorgung nicht mehr auszunehmen.

¹⁹⁵ Fn. 181.

VIII. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Zu II. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und ihre Umsetzung durch die Verwaltungsgerichte

1. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass Grundstückseigentümer nicht zu Beiträgen herangezogen werden dürfen, wenn die Beitragsforderung einer hypothetischen Festsetzungsverjährung unterliegt. Diese Entscheidung bindet alle Verfassungsorgane, Behörden und Gerichte.

2. Die Brandenburger Verwaltungsgerichte haben aufgrund der BVerfG-Entscheidung ihre bisherige Rechtsprechung geändert und den zeitlichen Anwendungsbereich des § 8 Abs. 7 Satz 2 n.F. eingeschränkt. In den Fällen der hypothetischen Festsetzungsverjährung finden Beitragsbescheide nach der neuen Rechtsprechung keine Stütze in einer Beitragssatzung, die auf der Grundlage von § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG n.F. ohne Rückwirkung auf den von der ersten unwirksamen Satzung fixierten Zeitpunkt erlassen wurde. Diese Bescheide sind daher rechtswidrig und verletzen die Adressaten in ihren Rechten. Zulässige Widersprüche und Klagen gegen diese Bescheide sind begründet und die Bescheide sind aufzuheben. Die Beitragssatzung bleibt für Fälle, die nicht der hypothetischen Festsetzungsverjährung unterliegen, wirksam.

Zu III. Von den Entscheidungen erfasste Fallgruppen

3. Der hypothetischen Festsetzungsverjährung unterliegen Beitragsforderungen nur dann, wenn

- sich der Beitragsbescheid auf eine Satzung stützt, die am 1. Februar 2004 oder später in Kraft treten sollte,
- die Vorteilslage (Anschlussmöglichkeit) vor dem Jahr 2000 eingetreten ist,
- die erste unwirksame Satzung vor dem Jahr 2000 in Kraft treten sollte,
- die erste unwirksame Satzung nicht bestimmt hat, dass die sachliche Beitragspflicht frühestens im Jahr 2000 oder später entstehen soll, und
- der Bescheid außerhalb der Festsetzungsfrist erlassen worden wäre, wenn die erste Satzung wirksam gewesen wäre.

4. Juristische Personen des öffentlichen Rechts, die keine Grundrechtsträger sind (z.B. Bund, Länder, Landkreise, Ämter und Gemeinden, Kammern), können sich nach der

Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg nicht auf die hypothetische Festsetzungsverjährung berufen. Gleiches gilt für juristische Personen des Privatrechts, die von solchen juristischen Personen des öffentlichen Rechts beherrscht werden (z.B. kommunale Wohnungsgesellschaften). Dies ist nicht zweifelsfrei und wird durch das Bundesverwaltungsgericht abschließend zu entscheiden sein.

5. Nach hier vertretener Auffassung darf ein neuer Aufgabenträger ein Grundstück nach einem Zuständigkeitswechsel nicht mehr zu einem Beitrag veranlagern, soweit in Bezug auf den früheren Aufgabenträger hypothetische Festsetzungsverjährung eingetreten ist. Die Rechtsprechung sieht dies teilweise anders.

6. Nach hier vertretener Auffassung ist ein Beitragsbescheid nicht allein deswegen rechtswidrig, weil ein neuer Aufgabenträger ein Grundstück nach einem Zuständigkeitswechsel zu einem Beitrag veranlagt, der nicht der hypothetischen Festsetzungsverjährung unterliegt, ihr aber unterlegen wäre, wenn das Grundstück von Anfang an im Zuständigkeitsgebiet des neuen Aufgabenträgers gelegen hätte. Das VG Potsdam sieht dies anders.

Zu IV. Beitragsrechtliche Folgen

7. Von der BVerfG-Entscheidung erfasste unanfechtbare Bescheide dürfen nicht mehr vollstreckt werden.

8. Von der BVerfG-Entscheidung erfasste Bescheide sind nicht wegen der hypothetischen Festsetzungsverjährung nichtig.

9. Für Kommunalabgabenbescheide finden die Regelungen über das Wiederaufgreifen des Verfahrens keine Anwendung.

10. Von der BVerfG-Entscheidung erfasste unanfechtbare Bescheide müssen nicht zurückgenommen werden.

11. Aus § 79 Abs. 2 Bundesverfassungsgerichtsgesetz ergibt sich keine Rücknahmesperre.

12. Die Rücknahmesperre in § 169 Abs. 1 Satz 1 Abgabenordnung ist für die von der BVerfG-Entscheidung erfassten Fälle ohne Relevanz.

13. Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts besteht für von der BVerfG-Entscheidung erfasste Bescheide, deren Rechtmäßigkeit durch eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung bestätigt wurde, eine Rücknahmesperre aufgrund der Rechtskraft der Entscheidung. Als Rechtsgrundlage für eine Überwindung der Rechtskraft sieht das Bundesverwaltungsgericht die Regelungen über das Wiederaufgreifen des Verfahrens in den Verwaltungsverfahrensgesetzen als ausreichend an. Entsprechende Regelungen bestehen in Brandenburg für Kommunalabgabenbescheide nicht.

14. Im Übrigen können von der BVerfG-Entscheidung erfasste unanfechtbare Bescheide zurückgenommen werden. Die Rücknahme setzt eine ordnungsgemäße Ermessensausübung voraus.

15. Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung steht einer Rücknahme der von der BVerfG-Entscheidung erfassten unanfechtbaren Bescheide in der Regel nicht entgegen,

- dass einige Bescheide wegen einer Rücknahmesperre nicht zurückgenommen werden können,
- dass dem Aufgabenträger von der BVerfG-Entscheidung nicht erfasste Bescheide bekannt sind, die aus anderen Gründen rechtswidrig sind, oder
- dass einige von der BVerfG-Entscheidung erfasste Bescheide unter weiteren Rechtsfehlern leiden.

16. Nach Rücknahme der Bescheide sind die gezahlten Beträge an den durch den Bescheid bestimmten Abgabepflichtigen oder dessen Gesamtrechtsnachfolger zu erstatten.

Zu V. Gebührenrechtliche Folgen einer Rückzahlung

17. Die Aufgabenträger können grundsätzlich auf die Erhebung von Anschlussbeiträgen verzichten und auf eine Gebührenfinanzierung umstellen. Werden die erhobenen Beiträge nicht oder nicht vollständig zurückgezahlt, sind die Beitragszahler im Verhältnis zu denjenigen, die noch keine Beiträge gezahlt haben, durch gespaltene Gebührensätze oder Billigkeitserlasse zu entlasten.

18. Werden die Beiträge nur an bestimmte Gruppen zurückgezahlt, beispielsweise an die Adressaten der von der BVerfG-Entscheidung erfassten Bescheide, sind die Beitragszahler gebühreseitig zu entlasten.

19. Unter Zugrundelegung der bisherigen Rechtsprechung sind die Adressaten der von der BVerfG-Entscheidung erfassten Bescheide, über die noch nicht unanfechtbar entschieden wurde, nicht über die Ansetzung von fiktivem Abzugskapital bei der Gebührekalkulation oder auf andere Weise wie Beitragszahler zu entlasten.

20. Aufgrund der Typisierungsbefugnis kann es zulässig sein, von einer gebühreseitigen Entlastung der Beitragszahler abzusehen, wenn die Fälle der Rückzahlung und Nichtzahlung der Beiträge unerheblich sind.

21. Werden Beiträge zurückgezahlt, so verringert sich das Abzugskapital in künftigen Kalkulationsperioden in der Höhe der Rückzahlungen. Damit erhöht sich die Basis zur Berechnung der kalkulatorischen Abschreibungen und Zinsen entsprechend. Die Abschreibungs- und Zinsbasis darf jedoch nicht zusätzlich um den in der Vergangenheit berücksichtigten Ansatz von Abzugskapital erhöht werden. Dadurch können Deckungslücken entstehen.

22. Diese Deckungslücken sind keine nach § 6 Abs. 3 Satz 2 KAG ausgleichsfähigen Kostenunterdeckungen.

Zu VI. Haushaltsrechtliche Folgen

23. Obligatorische Rückzahlungen sind durch Kassenkredite zu finanzieren, solange und soweit keine anderen Mittel zur Verfügung stehen. Zweckverbände haben von den Mitgliedern Vorauszahlungen bis zur Höhe der voraussichtlich erforderlichen Umlagen zu erheben, wenn die Haushaltssatzung oder die Nachtragssatzung nicht mehr rechtzeitig erlassen werden kann und soweit die Aufnahme eines Kassenkredites unzulässig, unmöglich oder für den Zweckverband unwirtschaftlich ist.

24. Mittel aus dem Ausgleichsfonds nach § 16 Abs. 1 Satz 4 und 5 BbgFAG für obligatorische Rückzahlungen oder zum Ausgleich von Deckungslücken stehen für die Zweckverbände als Aufgabenträger seit 2016 nicht mehr zur Verfügung, sofern es sich nicht um die Finanzierung bereits begonnener Maßnahmen handelt. Für die Gemeinden als Aufgabenträger oder als Verbandsmitglieder stehen Mittel nach § 16 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BbgFAG gemäß der Zuwendungsrichtlinie von 2001 im Bereich der Abwasserentsorgung ebenfalls nicht zur Verfügung.

25. Rückzahlungen können grundsätzlich über Investitionskredite finanziert werden. Die Genehmigung des Gesamtbetrages der Kreditaufnahme erfolgt nach den Gesichtspunkten einer geordneten Haushaltswirtschaft unter Berücksichtigung der dauernden Leistungsfähigkeit.

Zu VII. Handlungsmöglichkeiten

26. Da es größtenteils um bereits getätigte Investitionen geht, stellt sich heute allein die Frage, mit welchen Mitteln diese Investitionen zu finanzieren sind. In Betracht kommen Beiträge, Gebühren und allgemeine Haushaltsmittel der Kommunen und des Landes. Jede Entscheidung, die Finanzierung aus einem dieser Töpfe zu senken oder auf sie zu verzichten, erfordert eine Erhöhung der Finanzierung aus einem anderen Topf. Jede Finanzierung aus einem dieser Töpfe ist sachlich gut begründbar, hat aber auch jeweils Nachteile. Daher gibt es wohl nicht nur *eine* gerechte Lösung, sondern wesentlich dürfte sein, dass die Entscheidung über die Lösungswege von den demokratisch legitimierten Vertretern vor Ort und im Land unter sorgfältiger Abwägung des Für und Wider der einzelnen Varianten und in bestmöglicher Kenntnis der tatsächlichen und rechtlichen Folgen getroffen wird.

27. Das Land kann als Gesetzgeber Beitragsrückerstattungen anordnen. Dieser Eingriff in die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung ist nur gerechtfertigt, wenn das Land den betroffenen Kommunen daraus entstehende dauerhafte und unzumutbare Finanzierungslücken angemessen ausgleicht.

28. Das Land kann als Haushaltsgesetzgeber Rechtsgrundlagen für finanzielle Zuwendungen regeln. Die Zuwendung kann auf verschiedene Weise ausgestaltet werden, beispielsweise als anteilige Finanzierung der Rückzahlungen, der Deckungslücken oder der Kosten für die Rückabwicklung und Gebührenkalkulation. Das Land kann die Zuwendung auch von der Finanzsituation des Aufgabenträgers abhängig machen. In diesem Fall kommt eine Ergänzung des Instrumentariums des § 16 BbgFAG in Betracht.

29. Das Land könnte als Kommunalgesetzgeber Klarstellungen oder Ergänzungen des Kommunalrechts prüfen, die Rückzahlungen erleichtern könnten, wie

- eine Präzisierung des Verweises in § 12 Abs. 1 Nr. 4 b KAG auf § 169 AO, aus der sich ergibt, dass der Eintritt der Festsetzungsverjährung keine Rücknahmesperre zur Folge hat,
- eine dem § 51 VwVfG oder dem § 51 Abs. 5 VwVfG entsprechende Regelung über das Wiederaufgreifen des Verfahrens im KAG oder die Schaffung einer ähnlichen gesetzlichen Grundlage, aus der sich die verfahrensrechtliche Möglichkeit einer Überwindung der Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen ergibt, so dass nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Rücknahmesperre für gerichtlich bestätigte Bescheide entfällt,
- eine Möglichkeit, freiwillige Rückzahlungen von Beiträgen an die aktuellen Grundstückseigentümer zu leisten,
- eine Möglichkeit, durch Rückzahlungen ausgelöste Deckungslücken zumindest für einen bestimmten Zeitraum in künftigen Gebührenkalkulationsperioden auszugleichen,
- eine eindeutige Regelung der Zulässigkeit eines Investitionskredites zur Finanzierung der Rückzahlungen und eine Präzisierung der Voraussetzungen der Kreditgenehmigung, ggf. auch durch eine zeitlich und auf den konkreten Anlass begrenzte Sonderregelung.

30. Das Land kann als Träger der obersten Kommunalaufsichtsbehörde, wie bereits geschehen, weiterhin über Rundschreiben und die Internetseite gegenüber den Kommunen beratend und informierend tätig werden.

31. Wenn und soweit der Gesetzgeber keine Regelungen zur Zulässigkeit einer Kreditfinanzierung oder zur Ergänzung des § 16 BbgFAG erlässt, könnte in Betracht gezogen werden, den Runderlass 1/2016 über die Genehmigungsvoraussetzungen für Investitionskredite im Zusammenhang mit Beitragsrückerstattungen zu ergänzen und die Richtlinie für Zuwendungen nach § 16 BbgFAG von 2001 zu aktualisieren.