

## **BKC Kommunal-Consult**

Kommunal-Consult Gesellschaft mbH

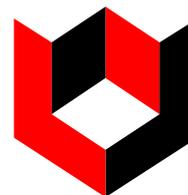
Brandenburg:  
Gartenweg 9  
D - 14558 Saarmund  
Tel.: (033200) 52900

Sachsen-Anhalt:  
Schönebecker Str. 82 – 84  
D - 39104 Magdeburg  
Tel.: (0391) 4016225

Rheinland-Pfalz:  
Assoziiert im TZK  
Maria Trost 23  
D - 56070 Koblenz  
Tel. (02 61) 8854122

Sachsen:  
Behringstraße 45  
D - 01159 Dresden  
Tel.: (0351) 2674800

auch im Internet unter: [www.bkc-kommunal-consult.de](http://www.bkc-kommunal-consult.de)



Dienstleister für  
**Bau- und Kommunal-Consulting**

**beraten – planen – umsetzen**

# **Informationsbrief 03 / 2005**

**Trink- und Abwasser**

**Ausgabe Sachsen-Anhalt**

**Dezember 2005**

**Die BKC Kommunal-Consult GmbH informiert in dieser Ausgabe zu folgenden Themen:**

- Aus dem Kommunalrecht: Die Änderung des Kommunalabgabengesetzes vom 18.11.2005 schafft neue Rechtsunsicherheiten!
- Aus dem Vergaberecht: Das Ende der kommunalen Zusammenarbeit durch Beschluss des OLG Naumburg vom 03.11.2005?
- Aus dem Abwasserabgabenrecht: Die Sonderregelung zur Verrechnung der Abwasserabgabe läuft zum 31.12.2005 aus: Möglichkeiten und Chancen!

**Aus dem Kommunalrecht: Die Änderung des Kommunalabgabengesetzes vom 18.11.2005 schafft neue Rechtsunsicherheiten**

### **1. Einleitung**

Die Frage nach der praktischen Anwendung der Regelungen über den Ausgleich von Kostenüber- und -unterdeckungen nach dem Kommunalabgabengesetz des Landes Sachsen-Anhalt (KAG) beschäftigt schon seit längerem die Politik. Immer wieder kam es hier zu Anpassungen in den Formulierungen, ohne dass eine inhaltlich zufriedenstellende Lösung gefunden wurde.

Die letzte Änderung mit Artikel 11 des Ersten Rechts- und Verwaltungsvereinfachungsgesetzes vom 18. November 2005 (GVBl. Seite 698 ff.) geht in Abweichung der bisherigen Regelung nunmehr einen neuen Weg, welche bestehende Klarheiten bei der Anwendung des Gesetzes wieder in Frage stellt.

### **2. Die Gesetzesänderung und deren Folgen**

Bis zum 30. November 2005 galt für den Ausgleich von Kostenüber- und -unterdeckungen gemäß § 5 Abs. 2c Folgendes: „Weichen am Ende eines Kalkulationszeitraumes die tatsächlichen von den kalkulierten Kosten ab, so sind Kostenüberdeckungen innerhalb des nächsten Kalkulationszeitraumes auszugleichen; Kostenunterdeckungen können im nächsten Kalkulationszeitraum ausgeglichen werden.“

Hier bestand die Problemlage, dass für das letzte Jahr des laufenden Kalkulationszeitraumes eine Schätzung der voraussichtlichen Kosten vorgenommen werden musste. Dies bedeutete gerade bei einjährigen Kalkulationszeiträumen eine nicht ganz unerhebliche Unsicherheit, da zu keinem Zeitpunkt die tatsächlichen Kosten angesetzt werden können. Da diese Regelung jedoch durch die Rechtsprechung akzeptiert worden ist, bestand eine hinreichende Sicherheit in der Gesetzesanwendung, so dass die Aufgabenträger entsprechend der gesetzlichen Vorgaben kalkulieren konnten.

Durch Artikel 11 des Ersten Rechts- und Verwaltungsvereinfachungsgesetzes vom 18. November 2005 wurde die Bestimmung über den Ausgleich von Kostenüber- und -unterdeckungen grundlegend modifiziert.

Der bisherige § 5 Abs. 2c wurde gestrichen. Stattdessen wurde dem § 5 Abs. 2b folgender neuer Satz 2 angefügt: „Weichen am Ende eines Kalkulationszeitraumes die tatsächlichen von den kalkulierten Kosten ab, so sind Kostenüberdeckungen innerhalb der nächsten drei Jahre auszugleichen; Kostenunterdeckungen sollen innerhalb dieser drei Jahre ausgeglichen werden.“

Diese Neufassung enthält zwei wesentliche Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage. Die erste Änderung betrifft das eingeschränkte Ermessen des Aufgabenträgers, denn bislang wurde den Aufgabenträgern durch das Wort „können“ in § 5 Abs. 2c KAG ein Wahlrecht eingeräumt, den Ausgleich von Kostenunterdeckungen vorzunehmen oder eine anderweitige Finanzierungsmöglichkeit zu nutzen. Diese Möglichkeit ist nunmehr stark eingeschränkt, denn das KAG schreibt vor, dass Kostenunterdeckungen ausgeglichen werden „sollen“. Durch die Wahl des Wortes „sollen“ wird eine völlig neue Qualität geschaffen.

Soll-Vorschriften bedeuten nämlich grundsätzlich ein „muss“. Nur wenn besondere Umstände vorliegen, welche den Fall als atypisch erscheinen lassen, kann von einer Soll-Vorschrift abgewichen werden (BVerwGE 64, 318; 56, 220 m. w. N.). Unter Beachtung dieser für die Auslegung von Soll-Vorschriften herrschenden Auffassung erscheinen nur besondere außergewöhnliche Fallkonstellationen zur Rechtfertigung eines Abweichens von der Verpflichtung zum Ausgleich von Kostenunterdeckungen geeignet.

Die zweite maßgebliche Änderung betrifft die Art und Weise des Ausgleiches von Kostenüberdeckungen und -unterdeckungen (Kostenausgleich), welche nunmehr innerhalb von 3 Jahren auszugleichen sind. Damit stellt das Gesetz nicht mehr auf einen bestimmten Kalkulationszeitraum ab, in welchem der Ausgleich vorzunehmen ist, sondern gibt lediglich den Zeitrahmen vor, innerhalb dessen ein Ausgleich zu erfolgen hat.

Diese, im Kommunalabgabengesetz des Landes Niedersachsen wortgleiche Regelung, könnte zu unmittelbaren Auswirkungen führen, wenn die Rechtsprechung im Land Sachsen-Anhalt der Rechtsprechung in Niedersachsen folgt. Für das niedersächsische Landesrecht wird in ständiger Rechtsprechung vertreten, dass die Regelungen zum Kostenausgleich wörtlich zu verstehen sind. Innerhalb von 3 Jahren nach Ablauf des Kalkulationszeitraumes muss damit ein Ausgleich erfolgen. Hier geht die Rechtsprechung davon aus, dass ein ausgleichspflichtiger Kostenausgleich erst nach Ablauf eines Kalkulationszeitraumes ermittelt werden kann, da erst zu diesem Zeitpunkt die maßgeblichen Berechnungsgrundlagen vollständig vorhanden sind. Geschätzte Werte sind hier, anders als in Sachsen-Anhalt, ausdrücklich nicht zulässig.

In der Praxis führt dies zu der Konsequenz, dass die gesetzliche Möglichkeit eines dreijährigen Kalkulationszeitraumes leerläuft, da ein Kostenausgleich nicht im gesetzlichen Rahmen erfolgen kann. Insoweit können in Niedersachsen nur ein- oder zweijährige Kalkulationszeiträume gewählt werden.

Eine abschließende und verbindliche Aussage, wie sich die Rechtsprechung im Land Sachsen-Anhalt zur Änderung des KAG verhält, kann derzeit nicht getroffen werden. Die wortgleiche Rechtslage in Niedersachsen könnte aber Anlass sein, der dortigen Rechtsprechung zu folgen.

### **3. Zusammenfassung**

Artikel 11 des Ersten Rechts- und Verwaltungsvereinfachungsgesetzes vom 18. November 2005 bewirkt das Gegenteil, denn durch gesetzliche Vorgaben wird das Ermessen der Aufgabenträger zum Nachteil Bürger eingeschränkt. Daneben entsteht zusätzliche Rechtsunsicherheit, ob die bisherige Rechtsprechung unter den veränderten Randbedingungen beibehalten werden kann.

## **Aus dem Vergaberecht: Das Ende der kommunalen Zusammenarbeit durch Beschluss des OLG Naumburg vom 03.11.2005?**

### **1. Einleitung**

Das OLG Naumburg (Sachsen-Anhalt) hatte die bedeutsame vergaberechtliche Entscheidung zu treffen, inwieweit die Übertragung einer hoheitlichen Aufgabe ausschreibungspflichtig ist. Bislang wurde immer davon ausgegangen, dass es sich bei Aufgabenübertragungen im Rahmen einer Zweckvereinbarung auf Grundlage des Gesetzes über Kommunale Gemeinschaftsarbeit im Land Sachsen-Anhalt (GKG-LSA) um vergaberechtsfreie Geschäfte handelt. Sowohl durch die nationalen Gerichte als auch durch den Europäischen Gerichtshof wurde diese Frage noch nicht abschließend geklärt.

### **2. Der Beschluss des OLG Naumburg vom 3. November 2005**

Das OLG Naumburg hatte den Fall zu entscheiden, dass zwei benachbarte Landkreise die Aufgabe der Abfallbeseitigung gemeinsam wahrnehmen wollten.

Zu diesem Zweck übertrug der eine Landkreis dem anderen die Aufgabe der Abfallbeseitigung. Die tatsächliche Einsammlung und Verwertung der Abfälle sollte sodann durch eine Eigengesellschaft des die Aufgabe übernehmenden Landkreises erfolgen. Gegen diese Verfahrensweise wandten sich Unternehmen, welche bislang die Einsammlung und Verwertung der Abfälle in den Landkreisen wahrgenommen hatten.

In seiner Entscheidung kommt das OLG Naumburg zu dem Ergebnis, dass auch eine Übertragung von hoheitlichen Aufgaben dem Vergaberecht unterliegt und damit auch derartige Aufgabenübertragungen ausschreibungspflichtige Vorgänge darstellen. Dabei blieb auch der Einwand, dass dies einen Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung darstellt, ohne Erfolg.

### **3. Beachtung der europäischen Grundlagen zur Ausschreibungspflicht?**

Aus unserer Sicht vermag die Begründung des OLG Naumburg nicht zu überzeugen. Grundsätzlich sind hier zwei unterschiedliche Rechtsverhältnisse betroffen, welche auch verschiedenen Rechtsmaterien unterworfen sind. Die eigentliche Aufgabenzuständigkeit ist dabei von der Durchführung der Aufgabe zu unterscheiden.

Zunächst ist das Rechtsverhältnis der Übertragung der Aufgabe der Abfallbeseitigung zu betrachten. Hierbei handelt es sich um eine originäre Aufgabe, welche den Landkreisen obliegt. Nur diese können entscheiden, ob sie die Aufgabe eigenverantwortlich wahrnehmen wollen oder ob sie die Aufgabe mit der Folge eines vollständigen Wegfalls der Zuständigkeit auf einen Dritten, ebenfalls zur Wahrnehmung derartiger Aufgaben Verpflichteten, übertragen wollen. Dieses Rechtsverhältnis betrifft ausschließlich das Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit, welches die Grundlage von Aufgabenübertragungen unter hoheitlichen Aufgabenträgern ist.

Das OLG Naumburg argumentiert, dass der die Aufgabe übernehmende Landkreis außerhalb seines Zuständigkeitsbereiches auftritt und damit als Leistungserbringer einen Markt betritt, auf dem sich andere Unternehmen auch befinden. Hierbei wird jedoch verkannt, dass durch die Aufgabenübertragung auf den Landkreis dieser für die Aufgabe zuständig ist und damit innerhalb seines eigenen Zuständigkeitsbereiches auftritt. Bereits insoweit liegt darin kein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 Nr. 1 GWB.

Einen entsprechenden Fall der vollständigen Übertragung einer Aufgabe, die einer öffentlichen Körperschaft obliegt, wurde auch durch den Europäischen Gerichtshof nicht entschieden. Vielmehr hatte dieser im Wesentlichen Fallgestaltungen zu beurteilen, in denen es um die Durchführung von hoheitlichen Aufgaben ging, also nicht die eigentliche Aufgabenübertragung betroffen war, so dass aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes kein Anlass bestand, eine derartige Entscheidung zu Lasten der öffentlichen Auftraggeber zu treffen.

Von dieser Rechtsfrage zu unterscheiden ist die Frage, wie die eigentliche Aufgabenerledigung durchgeführt wird, wer also letztendlich die Abfälle einsammelt und verwertet. Hier handelt es sich in der Tat um einen öffentlichen Auftrag, welcher dem Vergaberecht unterliegt. Möchte der Landkreis diese Aufgabe daher nicht in eigener Verantwortung erledigen, ist er verpflichtet, ein entsprechendes Ausschreibungsverfahren durchzuführen.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn er die Aufgabe über eine eigene Organisationseinheit ausführen lässt. Im konkreten Fall sollte die eigentliche Aufgabe durch einen Eigenbetrieb des die Aufgabe übernehmenden Landkreises erfolgen. Unter Beachtung der europäischen Vorgaben stellt dies ein vergaberechtsfreies Eigengeschäft dar, so dass ein Ausschreibungsverfahren entbehrlich sein würde.

### **4. Zusammenfassung**

Wie vorstehend erläutert, kann der Beschluss des OLG Naumburg im Ergebnis nicht überzeugen und begegnet vielmehr verfassungsrechtlichen Bedenken. Das Gericht verkennt den Regelungsgehalt des GKG-LSA im Sinne einer vollständigen Aufgabenübertragung und damit die Grundlagen einer kommunalen Zusammenarbeit und der kommunalen Selbstverwaltung.

Hier muss differenziert werden zwischen der hoheitlichen Aufgabenübertragung und der eigentlichen Durchführung der Aufgabenerledigung. Während erstere nicht ausschreibungspflichtig sein kann, ist letztgenannte dem Vergaberecht unterworfen.

Da aber im konkreten Fall die Durchführung an ein vollständig kommunales Unternehmen des übernehmenden Landkreises vergeben werden sollte, läge nach der entsprechenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ein vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft vor.

Aus unserer Sicht handelt es sich um ein Urteil, aus dem noch keine grundsätzliche Richtung in der Rechtsprechung erkennbar ist.

Zudem sind durch das Urteil bei bestehenden Zweckvereinbarungen und Verbandsgründungen keine Auswirkungen zu erwarten. Gleichwohl wird die zukünftige Aufgabenübertragung von Hoheitsträger innerhalb des Bundeslandes Sachsen-Anhalt dadurch erheblich erschwert. Für diese bleibt nur zu hoffen, dass entweder der Gesetzgeber oder ein höchstichterliches Urteil diese Fehlinterpretation korrigiert.

**Aus dem Abwasserabgabenrecht: Die Sonderregelung zur Verrechnung der Abwasserabgabe läuft zu 31.12.2005 aus: Möglichkeiten und Chancen!**

### **1. Einleitung**

Mit der Beendigung des Veranlagungsjahres 2005 endet auch die vereinfachte Verrechnungsmöglichkeit der Abwasserabgabe mit den Investitionen nach § 10 Abs. 5 des Abwasserabgabengesetzes (AbwAG) in den Neuen Bundesländern. Mit dieser Regelung bestand die Möglichkeit, fast alle Investitionen mit der Abwasserabgabe unabhängig von der Einleitstelle zu verrechnen. Der Lenkungs- und Anreizfunktion des Abwasserabgabengesetzes konnte damit entsprochen werden, welches zur wesentlichen Verbesserung eines effizienten Gewässerschutzes führte.

Eine gemeinsame Initiative der Geschäftsstelle Sachsen-Anhalt des Wasserverbandstages und der DWA zur Verlängerung dieser Möglichkeit um weitere fünf Jahre blieb bis dato erfolglos, so dass ab 2006 die besondere Verrechnungsmöglichkeit entfällt. Aus dem Wegfall dieser Möglichkeit resultieren für die Aufgabenträger der Abwasserbeseitigung in der Regel finanzielle Einbußen.

### **2. Folgen des Wegfalls der erleichterten Verrechnungsmöglichkeit**

Zunächst gilt der Wegfall der erweiterten Verrechnung nach § 10 Abs. 5 erst nach dem Veranlagungsjahr 2005. Es gilt also darauf zu achten, für welches Jahr der Abwasserabgabenbescheid gilt. Mit dem Bescheid zum Veranlagungsjahr 2006 kann die Abwasserabgabe für eine bestimmte Einleitstelle auch weiterhin verrechnet werden, wenn die Investitionen im dazugehörigen Entwässerungsgebiet realisiert werden. Die Investitionen der letzten drei Jahre vor Inbetriebnahme der Anlage sind weiterhin zu beachten.

Mit dem Wegfall der Sonderregelung des § 5 Abs. 5 kommt nunmehr die bundeseinheitliche Verrechnungsmöglichkeit des § 5 Abs. 4 und der dazugehörigen Rechtsprechung in Betracht. Hiernach können auch Überleitungen aus Entsorgungsgebieten an eine höherwertige Reinigungsleistung (z. B. zentrale Großkläranlage mit schärferen Überwachungswerten) verrechnet werden, wenn eine einfache Minderung der Schadstofffracht eintritt. In diesem Fall muss die Frachtreduzierung um mindestens 20 % nicht nachgewiesen werden, wenn die Kläranlage, in welche eingeleitet werden soll, eine Erlaubnis nach § 18b WHG und damit § 7a WHG besitzt, was für alle neu errichteten Anlagen der Fall sein dürfte.

### **3. Möglichkeiten und Chancen aus der Rechtsprechung**

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 20. Januar 2004 zu diesem Thema (9 C 13.03), welches für die Neuen Bundesländer erst ab 2006 relevant wird. Es zeigt die Möglichkeit auf, die bestehenden gesetzlichen Regelungen zur Verrechnung optimal zu nutzen. Konkret lag hier ein häufiger Fall vor, dass technisch getrennte Systeme zu einem Gesamtsystem mit einer zentralen Kläranlage zusammengeführt wurden. Gleichzeitig fielen dadurch Einleitungen weg.

Das Bundesverwaltungsgericht hat dabei entschieden, dass Investitionsaufwendungen für Entwässerungskanäle auch mit solchen Abwasserabgaben verrechnet werden können, die für die Einleitung der aufnehmenden Abwasserbehandlungsanlage geschuldet sind. Das bedeutet, dass die Investitionen nicht nur mit der Abwasserabgabe für die weggefallenen Einleitstellen, sondern auch mit der Abwasserabgabe für das zentrale Klärwerk verrechnet werden kann, obwohl an diesem keinerlei Arbeiten stattfanden. Diese Auslegung des § 5 Abs. 4 erweitert die bis dahin in den Alten Bundesländern praktizierte Möglichkeit der Verrechnung von Investitionen mit der Abwasserabgabe erheblich. Gerade bei der Zusammenführung getrennter oder der Neuorganisation bestehender Systeme kann diese Möglichkeit zu bemerkenswerten Lenkungswirkungen führen.

### **4. Fazit**

Der Wegfall der privilegierenden Möglichkeit der Verrechnung von Investitionen mit der Abwasserabgabe in den Neuen Bundesländern führt zu einer differenzierteren Betrachtung bei der Planung und Realisierung des Investitionsgeschehens in den Abwassersystemen. Die Erfordernis der differenzierten Betrachtung verdeutlicht aber auch, dass weiterhin Potenziale zur Umsetzung von Investitionen im Abwasserbereich eröffnet werden. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes verdeutlicht, dass weiterhin Verrechnungsmöglichkeiten bestehen, welche im Sinne eines nachhaltigen Gewässerschutzes wirken.