

## **BKC Kommunal-Consult**

*Kommunal-Consult Gesellschaft mbH*

Brandenburg:  
Konrad-Wolf-Allee 1 – 3  
D - 14480 Potsdam  
Tel.: (0331) 64850

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 02 /2005**

**Trink- und Abwasser**

**Ausgabe Brandenburg**

**August 2005**

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

- Aus dem Eigenbetriebsrecht: Kehrtwende des Brandenburgischen Innenministeriums bei der Bilanzierung von Fördermitteln!
- Aus dem Kommunalrecht: Das OVG Münster gibt einen Rahmen für die Ermittlung des kalkulatorischen Zinssatzes vor.
- Aus dem Vergaberecht: Bundesgerichtshof erteilt unvollständigen Angeboten eine deutliche Absage!
- Aus dem Kommunalrecht: Gilt der Grundsatz der Teilbarkeit auch bei Fehlern in der öffentlichen Bekanntmachung (Urteil des OVG Frankfurt/Oder 2 A 314/04)?

### **Aus dem Eigenbetriebsrecht: Kehrtwende des Brandenburgischen Innenministeriums bei der Bilanzierung von Fördermitteln!**

#### **1. Ausgangslage**

Die bilanzielle und steuerliche Behandlung von Fördermitteln der öffentlichen Hand war in Brandenburg lange Zeit unproblematisch. Auf der Grundlage des § 255 HGB war anerkannt, dass Fördermittel für Investitionsmaßnahmen als Investitionszuschüsse angesehen werden. Als solche konnten sie wahlweise von den Anschaffungs- und Herstellungskosten abgesetzt oder nach Bildung eines entsprechenden Passivpostens, pro rata temporis, ertragswirksam aufgelöst werden. Neben der Übereinstimmung mit den handelsrechtlichen Vorschriften, entsprach diese Vorgehensweise auch dem Zweck der einschlägigen Förderrichtlinien, welche vorsahen, dass die ausgereichten Fördermittel auch den Abgabepflichtigen zugute kommen sollten.

Bis zum Inkrafttreten der Ersten Verordnung zur Änderung der Eigenbetriebsverordnung des Landes Brandenburg vom 4. September 2001 hatten somit die Aufgabenträger eine sichere Handlungsgrundlage, die durch das Land ausgereichte Fördermittel zur Entlastung der Abgabepflichtigen einzusetzen.

Mit dem Inkrafttreten der Änderungsverordnung änderte sich diese Rechtslage maßgeblich. Nunmehr wurde im § 23 Abs. 3 EigV festgelegt, dass Zuschüsse der öffentlichen Hand grundsätzlich als Kapitalzuschüsse gelten. Insoweit ging das Ministerium des Innern als Oberste Kommunalaufsichtsbehörde davon aus, dass alle Zuschüsse der öffentlichen Hand dem Eigenkapital zuzuführen sind. Neben dem Umstand, dass nunmehr die Rechnungslegung mit der gebührenrechtlichen Behandlung von Fördermitteln auseinander fällt, stand diese Vorgehensweise auch nicht im Einklang mit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung nach dem Handelsgesetzbuch. Auch die Hinweise des IdW (Institut der Wirtschaftsprüfer) in seiner Stellungnahme zur Rechnungslegung der öffentlichen Verwaltung nach den Grundsätzen der doppelten Buchführung wurden ignoriert.

Bestanden aus der Formulierung der Eigenbetriebsordnung noch Interpretationsspielräume, um eine Zuführung der Fördermittel zum Eigenkapital zu vermeiden, wurde diese dann durch die Anfang des Jahres 2002 erfolgte Neufassung der Verwaltungsvorschrift zur Eigenbetriebsverordnung völlig verwehrt.

Entgegen dem Charakter einer Verwaltungsvorschrift, der in einer Angleichung bestehende Auslegungsfragen im Sinne einer gleichförmigen Gesetzesanwendung bestehen sollte, wurden nunmehr zusätzliche, über den eigentlichen Verordnungstext hinausgehende Normen geschaffen, welche es praktisch unmöglich machten, die erhaltenen Fördermittel als Sonderposten bilanzieren zu können.

## **2. Runderlass des Innenministeriums**

Vor dem Hintergrund dieser Sachlage und der damit verbundenen Problematiken erließ das Ministerium des Innern am 5. April 2005 einen Runderlass, mit welchem die Bilanzierung von Fördermitteln und Baukostenzuschüssen im Bereich des Eigenbetriebsrechtes auf eine neuerliche Grundlage gestellt wird.

Inhaltlich geht der Runderlass dahin, Bilanzierungsverstöße gegen die Inhalte der Eigenbetriebsverordnung sowie der Verwaltungsvorschrift zur Eigenbetriebsverordnung nicht mehr zu ahnden. Damit besteht zwar immer noch die gesetzliche Verpflichtung, Fördermittel dem Eigenkapital zuzuführen, bei Abweichungen wird diese Vorgehensweise kommunalaufsichtsrechtlich jedoch nicht beanstandet.

Die vom Ministerium des Innern gegebene Begründung für diesen Wechsel in der Rechtsanwendung liegt in einer Entscheidung des Bundesfinanzhofes aus dem Jahre 2000, wo den öffentlichen Körperschaften das vorstehend beschriebene Wahlrecht bezüglich der Behandlung von Fördermitteln zugebilligt wurde. Hier sieht das Ministerium des Innern die Gefahr, dass dieses Wahlrecht durch die bestehende Eigenbetriebsverordnung eingeschränkt sein könnte. Dies hätte zur Folge, dass die Fördermittel in voller Höhe als Betriebseinnahme zur Besteuerung herangezogen würden. Für den Abwasserbereich mag dies weniger relevant sein, für den Trinkwasserbereich käme es jedoch unmittelbar zu einem erhöhten Steueraufkommen, welches finanzielle Nachteile mit sich bringt.

Beachtenswert ist, dass die Änderungen der Eigenbetriebsverordnung als auch die Neufassung der Verwaltungsvorschrift zur Eigenbetriebsverordnung zeitlich mehr als 1 Jahr nach der Entscheidung des Bundesfinanzhofes in die derzeit gültige Gesetzeslage gebracht wurden. Damit hätten bereits zum Zeitpunkt der Änderung der Eigenbetriebsverordnung im September 2001 spätestens aber mit der Neufassung der Verwaltungsvorschrift im Jahre 2002 eine Reaktion auf die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes stattfinden können.

## **3. Folgen des Runderlasses**

Der Runderlass des Ministeriums des Innern will Nachteile verhindern, schafft aber auch neue Unsicherheiten. Bei der weiteren Anwendung der eigenbetrieblichen Vorschriften ist nämlich zu beachten, dass der Runderlass ohne Änderungen der Eigenbetriebsverordnung oder der Verwaltungsvorschrift zur Eigenbetriebsverordnung herausgegeben wurde. Insoweit werden nicht die gesetzlichen bzw. verwaltungsinternen Grundlagen geändert, sondern es wird im Wege des Runderlasses eine neue, von den gesetzlichen Bestimmungen abgekoppelte Regelungsebene geschaffen.

Deshalb muss sich die Frage nach der Anwendung der eigenbetrieblichen Vorschriften stellen. Grundsätzlich sind die Aufgabenträger verpflichtet, die gesetzlichen Bestimmungen zu beachten. Der Runderlass führt lediglich dazu aus, dass es bei Abweichungen nicht zu kommunalaufsichtsrechtlichen Beanstandungen kommt. In der Außenwirkung wird auch weiterhin das Eigenbetriebsrecht maßgeblich sein, so dass die Aufgabenträger zwischen Beachtung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung oder Beachtung der eigenbetriebsrechtlichen Vorschriften zu wählen haben.

Damit muss sich auch die Frage stellen, inwieweit das Land sich seiner Verantwortung für die Regelung des Eigenbetriebsrechtes entledigen kann. Grundsätzlich ist das Ministerium des Innern gemäß § 133 Abs. 1 Nummer 10 der Gemeindeordnung berechtigt, die für die Eigenbetriebe anzuwendenden Vorschriften im Rahmen einer Verordnung zu regeln. Macht aber das Ministerium von dieser Möglichkeit, wie geschehen, Gebrauch, so muss auch eine dem Willen des Ordnungsgebers entsprechende Anwendung möglich sein. Dies ist derzeit nicht der Fall. Vielmehr werden die Aufgabenträger in der Anwendung des Eigenbetriebsrechtes sich selbst überlassen.

Dies betrifft insbesondere die Aufgabenträger, welche sich an die bestehenden gesetzlichen Vorgaben der Eigenbetriebsverordnung sowie der dazu ergangenen Verwaltungsvorschrift orientiert haben und dadurch gegebenenfalls steuerliche Wahlrechte verwirklicht haben.

**Aus dem Kommunalrecht: Das OVG Münster gibt einen Rahmen für die Ermittlung des kalkulatorischen Zinssatzes vor.**

**1. Einleitung**

Bei jeder Gebührenkalkulation stellt sich immer wieder eine Frage: Wie hoch darf der anzusetzende kalkulatorische Zinssatz sein? Möglich ist eine angemessene Verzinsung. Was ist aber unter dem Begriff der Angemessenheit zu verstehen? Für das Land Brandenburg verweist die insoweit einschlägige Verwaltungsvorschrift zum Kommunalabgabengesetz (KAG) darauf, dass ein Zinssatz dann angemessen ist, der einerseits den durchschnittlichen Zinssatz für langfristige Geldanlagen nicht unterschreitet und andererseits den durchschnittlichen Zinssatz für langfristige Kredite nicht überschreitet. Eine verbindliche Aussage ist damit noch nicht getroffen.

In der Rechtsprechung des OVG Münster für das nordrhein-westfälische Landesrecht, an welchem sich das KAG des Landes Brandenburg anlehnt, war insoweit geklärt, dass ein kalkulatorischer Zinssatz von bis zu 8 % als noch angemessen anzusehen ist. Diese Rechtsprechung ist nunmehr konkretisiert und weiterentwickelt worden.

**2. Die Ermittlung des kalkulatorischen Zinssatzes nach dem Urteil des OVG Münster vom 13. April 2005 (9 A 3120/03)**

Ähnlich wie es die Verwaltungsvorschrift zum KAG des Landes Brandenburg vorschreibt, orientiert sich das OVG Münster in seinem Urteil vom 13. April 2005 an einer langfristigen Betrachtung. Im Verfahren vorgelegt wurde eine von der Deutschen Bundesbank erstellte Übersicht über die Sätze der Emissionsrenditen in den Jahren 1955 bis 2002 für festverzinsliche Wertpapiere inländischer öffentlicher Emittenten.

Diese, nach Jahren differenzierte Übersicht, wies für den maßgeblichen Zeitraum des Jahres 1999 nur noch einen durchschnittlichen Wert von 7,2 % aus. In der Kalkulation angesetzt wurde jedoch ein kalkulatorischer Zinssatz von 8 %. Das Gericht erachtete diesen Zinssatz für unwirksam, was jedoch nicht unmittelbar zur Unwirksamkeit des Gebührensatzes führte. Denn das Gericht billigt zu, dass der durch die Deutsche Bundesbank ermittelte Zinssatz um bis zu 0,5 % erhöht werden kann. Somit hätte ein Zinssatz von bis zu 7,7 % in Ansatz gebracht werden können.

Die auf dieser Grundlage ermittelte Überdeckung bewegte sich jedoch in dem vom OVG Münster festgesetzten Toleranzbereich von 3 %, so dass der kalkulierte Gebührensatz noch anerkannt wurde, da nicht davon auszugehen ist, dass eine gewollte Kostenüberdeckung in Kauf genommen wurde.

**3. Fazit**

Die aktuelle Entscheidung des OVG Münster verdeutlicht auch für Brandenburg eine mögliche Herangehensweise bei der Ermittlung des Höchstsatzes des kalkulatorischen Zinssatzes. Insoweit ist dieser nicht statisch festgeschrieben, sondern wird durch die bestehenden Marktverhältnisse beeinflusst.

Daher ist im Rahmen jeder Gebührenkalkulation dafür Sorge zu tragen, dass die Angemessenheit des gewählten kalkulatorischen Zinssatzes immer einer eingehenden Prüfung unterzogen wird.

**Aus dem Vergaberecht: Bundesgerichtshof erteilt unvollständigen Angeboten eine deutliche Absage!**

**1. Einleitung**

Wieder einmal konnte erst der Bundesgerichtshof (BGH) zur Klärung einer Rechtsfrage des Vergaberechts beitragen. In diesem Verfahren stand die Frage im Mittelpunkt, inwieweit ein Angebot von der Wertung auszuschließen ist, wenn die in den Ausschreibungsunterlagen abgeforderten Erklärungen nach den Formblättern EFB-Preis 1a, 1b und 1c nicht abgegeben werden. Daneben wurden aber auch die Grundlagen eines Schadensersatzanspruches wegen Fehler im Ausschreibungsverfahren durch den BGH betrachtet.

**2. Die Kernaussagen des Urteils des BGH vom 7. Juni 2005 (X ZR 19/02)**

In ständiger Rechtsprechung des BGH ist anerkannt, dass spätestens mit der Anforderung der Ausschreibungsunterlagen durch die Bieter zwischen diesen und der ausschreibenden Stelle ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis begründet wird.

Kommt es durch die Nichtbeachtung der einschlägigen Vergabevorschriften zu einer Störung dieses Verhältnisses, können daraus Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo resultieren.

Solche Schadensersatzansprüche eines Bieters kommen aber regelmäßig dann nicht in Betracht, wenn das Angebot des Bieters zwingend von der Wertung der Angebote auszuschließen ist.

Werden in den Ausschreibungsunterlagen Erklärungen nach bestimmten Formblättern gefordert, dann sind diese Erklärungen als Umstände ausgewiesen, welche für die Vergabeentscheidung relevant sein sollen. Insoweit ist die Rechtslage vergleichbar dem Fall, wenn ein Bieter die geforderten Einheitspreise auf verschiedene Einheitspreise anderer Leistungspositionen verteilt (Beschluss vom 18. Mai 2004; X ZB 7/04) oder geforderte Erklärungen zum Typ eines anzubietenden Produktes nicht angibt (BGHZ 154, Seite 32 ff.).

In allen Fällen folgt daraus, dass beim Fehlen geforderter Erklärungen diese Angebote zwingend gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b VOB/A von der Wertung auszuschließen sind.

### **3. Zusammenfassung**

Die Entscheidung des BGH verdeutlicht einmal mehr, dass die Bieter bei der Bearbeitung der Angebote große Sorgfalt an den Tag legen müssen, um nicht mit ihren Angeboten von der Wertung ausgeschlossen zu werden.

Auf der anderen Seite sichert es den öffentlichen Auftraggeber aber auch die Möglichkeit, in den Ausschreibungsunterlagen die Anforderungen an die zu erbringende Leistung einschließlich der hierzu erforderlichen Preisangaben festzulegen. Der BGH schützt hier eindeutig die Interessen der öffentlichen Auftraggeber, ein transparentes, auf die Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren durchzuführen.

## **Aus dem Kommunalrecht: Gilt der Grundsatz der Teilbarkeit auch bei Fehlern in der öffentlichen Bekanntmachung (Urteil des OVG Frankfurt/Oder 2 A 314/04)?**

### **1. Der Grundsatz der Teilbarkeit in Bezug auf die öffentliche Bekanntmachung**

In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes als auch des OVG Frankfurt/Oder (seit 1. Juli 2005; Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg) ist es anerkannt, dass die Ungültigkeit eines Teiles einer kommunalen Satzungsbestimmung nicht immer zur Gesamtnichtigkeit führt. Eine Satzung bleibt danach mit dem verbleibenden Teil gültig, wenn die verbleibenden Teile auch ohne den ungültigen Teil sinnvoll bleiben und mit Sicherheit anzunehmen ist, dass sie auch ohne den unwirksamen Teil erlassen worden wäre.

In dem zu entscheidenden Fall stand die Frage, ob der Grundsatz der Teilbarkeit auch dann gilt, wenn es innerhalb der Bekanntmachung zu Fehlern gekommen ist. Konkret bestand das Problem darin, dass eine Gebührensatzung nicht im gesamten Verbandsgebiet bekannt gemacht wurde. Die ansonsten nicht zu beanstandende Bekanntmachung war für zwei Verbandsmitglieder nicht erfolgt, da das Bekanntmachungsorgan in diesen Gemeinden nicht vertrieben wird, so dass diese Bürger keine direkte Möglichkeit hatten, von dem Satzungsinhalt Kenntnis zu nehmen. Hier kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass die öffentliche Bekanntmachung einen elementaren Teil des Satzungsgebungsverfahrens darstellt. Der Grundsatz der Teilbarkeit gilt in diesem Zusammenhang nicht.

Seine Grundlage findet dies darin, dass der Grundsatz der Teilbarkeit für Fälle materieller Fehler von Abgabensatzungen geschaffen worden ist. Stellt sich ein Teilbereich einer materiellen Regelung als unwirksam heraus, so sollen die weiteren Regelungen hiervon nicht betroffen sein. Dieser Grundsatz kann jedoch auf die öffentliche Bekanntmachung, welche eine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung darstellt, nicht übertragen werden.

### **2. Fazit**

Mit der vorliegenden Entscheidung des OVG Frankfurt/Oder wird nochmals verdeutlicht, welches besondere Augenmerk auf die öffentliche Bekanntmachung von Satzungen zu richten ist. Die Art der öffentlichen Bekanntmachung muss immer geeignet sein, die zu veröffentlichen Satzung allen betroffenen Bürgern zur Kenntnis zu geben. Dies ist nicht der Fall, wenn das Publikationsorgan in Teilen des Verbandsgebietes nicht vertrieben wird und damit die Bürger zusätzliche Anstrengungen unternehmen müssen, die Veröffentlichung zur Kenntnis zu nehmen.