

## **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 02 / 2006**

**Trink- und Abwasser**

**Ausgabe Brandenburg**

**August 2006**

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

- Aus dem Kommunalrecht: Das Urteil des OVG Berlin-Brandenburg vom 1. Dezember 2005 zeigt neue Problemfelder bei der Gebührenerhebung auf!
- Aus dem Vergaberecht: Neuregelung zur Anwendung des Vergaberechts durch Runderlass vom 25. Juli 2006 des Ministeriums für Wirtschaft des Landes Brandenburg
- Aus dem Vergaberecht: Neuigkeiten zum vergaberechtsfreien In-House-Geschäft durch ein Urteil des Europäischen Gerichtshofes

**Aus dem Kommunalrecht: Das Urteil des OVG Berlin-Brandenburg vom 1. Dezember 2005 zeigt neue Problemfelder bei der Gebührenerhebung auf!**

### 1. Einleitung

In kaum einem Bundesland ist die Rechtsprechung derart restriktiv wie in Brandenburg. So verwundert es nicht, wenn Entscheidungen des OVG Berlin-Brandenburg (OVG-BB) mit Spannung erwartet werden, da die Folgen auf die Abgabenerhebung nur sehr schwer eingeschätzt werden können.

Diese Problematik spiegelt sich im Urteil des Gerichtes vom 1. Dezember 2005 (OVG 9 A 3.05) besonders deutlich wider. Obwohl in dem vorliegenden Fall bereits gegen die Formvorschriften der Bekanntmachungsverordnung verstoßen wurde, erörtert das Gericht eine Vielzahl von materiellen Punkten, ohne jedoch immer zu einer abschließenden Beurteilung zu kommen. Da die vom Gericht angesprochenen Punkte in weiteren Verfahren wieder aufgegriffen werden können, ist es wichtig, diese Ausführungen bereits im Vorfeld zu kennen.

### 2. Die wesentlichen Inhalte des Urteils vom 01.12.2005

#### - Grundgebühren

Von besonderem Interesse sind die Ausführungen zu den Grundgebühren für die dezentrale Abwasserbeseitigung. Denn in dem vom Gericht zu beurteilenden Fall wurde festgestellt, dass einheitliche Grundgebühren je Grundstück im Regelfall unzulässig sind.

Zwar können zur Deckung der verbrauchsunabhängigen Kosten (Vorhaltekosten) Grundgebühren unabhängig vom Umfang der tatsächlichen Inanspruchnahme erhoben werden, diese müssen sich jedoch in einem angemessenen Verhältnis zwischen Höhe der Gebühr und dem Umfang der gebotenen Vorhaltung befinden. Insofern ist regelmäßig eine differenzierte Ausgestaltung des Grundgebührenmaßstabes erforderlich. Diese Differenzierungsnotwendigkeit steigt in dem Maße, in dem die Fixkosten einen hohen Anteil an der Gesamtgebühr einnehmen und der gesamte Anteil der Fixkosten über die Grundgebühren gedeckt werden soll. In diesem Zusammenhang stellt das Gericht auch eindeutig klar, dass sich die Grundgebühren ausschließlich an den Vorhaltekosten orientieren. Denn aus dem Gesetz kann weder ein bestimmter prozentualer Anteil der Gesamtkosten noch ein bestimmter Anteil der Vorhaltekosten abgeleitet werden, welcher über die Grundgebühren gedeckt werden soll.

Diese im Ergebnis durchaus zutreffenden Ausführungen enden jedoch damit, dass die Bemessung der Grundgebühr für die dezentrale Abwasserbeseitigung nach der Nennleistung der verwendeten Wasserzähler in Frage gestellt wird. Anlass bildete die Heranziehung der Mitteilung des DVGW (gwf-wasser/abwasser, 122 (1981), S. 541), wonach nach Ansicht des Gerichtes, Zähler mit der Nennleistung von 2,5 m<sup>3</sup>/h (Q<sub>n</sub> 2,5) ausreichen sollen, um die Versorgung von bis zu 30 Wohneinheiten bzw. bis zu 100 Einwohnern zu gewährleisten.

Nach Rücksprache mit dem Landesvorsitzenden der DWA der Landesgruppe Nord-Ost sind diese Grundlagen in der Theorie zwar möglich, aber in der Praxis kaum umsetzbar, da zur Dimensionierung die Druckverhältnisse mit zu berücksichtigen sind. Bei mehrgeschossiger Bauweise (Druckhöhe) und durch weitere Wohnungszwischenzähler (Druckhöhenverlust) werden die Druckverhältnisse derart beeinflusst, dass regelmäßig eine höhere Dimensionierung der Wasserzähler (auf Q<sub>n</sub> 5,0) zu erfolgen hat, um die Versorgung sicherzustellen.

Während im Urteil vom 22. August 2002 für die zentrale Abwasserbeseitigung dieser Maßstab gebilligt wurde, wird er für die dezentrale Abwasserbeseitigung erstmals wieder in Frage gestellt. Welcher Maßstab aber zulässig und angemessen im Sinne des KAG ist, wird vom Gericht offen gelassen.

#### - Eigenkapitalverzinsung

In Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechung geht das Gericht auch in dieser Entscheidung davon aus, dass Zuschüsse Dritter von dem nach Ansatz der Abschreibungen ermittelten Restbuchwert zu Beginn des Kalkulationszeitraumes ungekürzt abzuziehen sind. Auf Grundlage des so verbleibenden im Anlagekapital verkörperten Eigenkapitals ist dann die Eigenkapitalverzinsung vorzunehmen.

Damit soll verhindert werden, dass Fördermittel sukzessive in Eigenkapital umgewandelt werden. Deshalb lässt das Gericht es auch offen, ob es eine andere Berechnungsmethode gibt, welche den gesetzlichen Anforderungen gleichermaßen entspricht. Dies bedeutet, dass zwar keine verbindliche Vorgabe erfolgt, jedoch zwingend zu beachten ist, dass die aus Fördermitteln finanzierten Anlagenteile nicht einer Eigenkapitalverzinsung unterliegen.

Bei konsequenter Anwendung der vom Gericht dargestellten Methode führt diese dazu, dass mittelfristig sogar negatives Eigenkapital ausgewiesen werden kann. Damit verfehlt diese Methode das angestrebte Ziel, weil sie im Ergebnis überkompensiert und damit tatsächliches Eigenkapital des Aufgabenträgers aufbraucht.

#### - Ergebnisrechtsprechung, Anforderungen an nachgeschobene Kalkulationen

Nach der Ergebnisrechtsprechung kann im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens eine rechtsgültige Kalkulation nachgeschoben werden. Hierzu bedarf es keines neuerlichen Satzungsbeschlusses. Vielmehr genügt es, wenn eine fehlerfreie Kalkulation im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorgelegt wird. Wesen ist, dass sich der Gebührensatz im Ergebnis als nicht überhöht herausstellt (vgl. Driehaus, Kommunalabgabengesetz, Randnummer 119 ff.).

Die konkreten Anforderungen, welche durch das OVG-BB gestellt werden, stehen jedoch nicht im Einklang mit der übrigen Rechtsprechung sowie der hierzu vorhandenen Kommentierung. Hier wird durch das Gericht gefordert, dass lediglich die fehlerhaften Bestandteile einer Kalkulation ersetzt werden. Im Vorfeld getroffene Prognosen und Ansätze dürfen dagegen nicht durch neue Erkenntnisse ersetzt werden. Es sind bei nachgeschobenen Kalkulationen grundsätzlich die prognostischen Ansätze aus der ursprünglichen Kalkulation zu übernehmen, soweit sie im aus damaliger Sicht zulässigen Prognosespielraum lagen und ihre Änderung sich zum Nachteil der Gebührenpflichtigen auswirken würde.

Dies bedeutet, dass es den Aufgabenträgern verwehrt ist, prognostische Fehler mit einer nach Abschluss der Gebührenperiode aufgestellten Betriebsabrechnung, die aktuelle Ergebnisse wiedergibt, zu rechtfertigen. Damit hebt das OVG-BB die Grundsätze der Ergebnisrechtsprechung aus. Dies ist umso unverständlicher, da im Rahmen von gesetzlich vorgeschriebenen Nachkalkulationen die tatsächlichen Grundlagen sowieso in Ansatz gebracht werden müssen.

#### - Eingangsetzungskosten

Ingangsetzungskosten stellen eine Bilanzierungshilfe gemäß §§ 269 und 282 HGB (Handelsgesetzbuch) dar, die während der Anlaufphase des Betriebes durch den erstmaligen Aufbau der Organisation ausgelöst werden und keine Anschaffungs- oder Herstellungskosten von aktivierungsfähigen Vermögensgütern darstellen. Um hier eine Verstetigung des hohen Anfangsaufwandes herbeizuführen, besteht die handelsrechtliche Möglichkeit, für diese Kosten eine Bilanzposition zu bilden, welche über einen Zeitraum von 4 Jahren abgeschrieben wird.

Zu diesem Punkt hat das OVG-BB ausgeführt, dass Eingangsetzungskosten keine nach betriebswirtschaft-

lichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten i. S. v. § 6 Abs. 2 Satz 1 KAG darstellen, so dass diese Kosten im Zeitraum der Entstehung sofort in den Aufwand einfließen. Die daraus resultierenden Schwankungen der Gebührenhöhe in den einzelnen Kalkulationszeiträumen für die Gebührenzahler sind aus Sicht des Gerichtes zumutbar.

Gleichwohl erkennt das Gericht an, dass Dienstleistungen ausnahmsweise zur Schaffung verkörperter Werte führen, deren Nutzung für mehr als eine Rechnungsperiode Bedeutung haben und die einem Wertverlust wie Wirtschaftsgüter unterliegen. Solche Ausnahmen sind indes eng zu fassen. Beispiele werden jedoch nicht genannt.

### 3. Zusammenfassung

Das OVG-BB hat mit seinem Urteil vom 1. Dezember 2005 mehr Unsicherheiten geschaffen als Fragen geklärt. Besonders misslich ist dabei der Umstand, dass einzelne Rechtsfragen angesprochen wurden, auf die es entscheidungserheblich nicht ankam, ohne eine abschließende Wertung oder gar Klärung herbeizuführen.

Im besonderen Maße bedenklich erscheinen die Ausführungen zur Zulässigkeit des Grundgebührenmaßstabes der Nennleistung der Wasserzähler bei der dezentralen Abwasserbeseitigung. Gerade wenn die Differenzierung der Grundgebühren auf die Spitzenbelastung abzustellen ist, was die bisherige Auffassung der OVG-BB war, stellt die Nennleistung des Wasserzählers einen verursachungsgeordneten Wahrscheinlichkeitsmaßstab dar, weil hierüber die mögliche Inanspruchnahme definiert wird.

Weitere Bedenken betrifft die vom Gericht angesprochene Methode zur Eigenkapitalverzinsung hinsichtlich des Abzugs von Fördermitteln, die im Ergebnis über den gesetzgeberischen Willen hinausgeht und daher geeignet, ist das tatsächliche Eigenkapital des Aufgabenträgers aufzubrauchen. Da jedoch das Gericht auch andere Berechnungsmethoden zulässt, die verhindern sollen, dass Fördermittel in Eigenkapital des Aufgabenträgers umgewandelt wird, besteht hier noch Argumentationsspielraum, der mittels Kalkulationsmethode nachgewiesen werden kann.

Warum das OVG-BB von den allgemein anerkannten Regeln der Ergebnisrechtsprechung durch eigene Interpretationen abweicht, wird durch die Begründung nicht ersichtlich. Im Ergebnis wird der Aufgabenträger, der seine Kalkulation erst im Gerichtsverfahren vorlegt, besser gestellt, als derjenige, der seine Kalkulationen rechtzeitig aufstellt und diese im Gerichtsverfahren korrigiert.

## **Aus dem Vergaberecht: Neuregelung zur Anwendung des Vergaberechts durch Runderlass vom 25. Juli 2006 des Ministeriums für Wirtschaft des Landes Brandenburg**

### 1. Einleitung

In unserem letzten Informationsbrief Nummer 01/2006 haben wir auf die Veränderungen im Vergaberecht aufmerksam gemacht. In der Zwischenzeit ist der Gesetzgeber aktiv geworden und hat sowohl die VOL, die VOB als auch die VOF geändert und im Bundesanzeiger neu bekannt gemacht. Die Veröffentlichungen der VOF 2006 erfolgte im Bundesanzeiger Nummer 91a, die der VOL 2006 im Bundesanzeiger Nummer 100a und die VOB 2006 im Bundesanzeiger Nummer 94a.

Lediglich die Vergabeverordnung wurde noch nicht geändert. Hier ist es aber beabsichtigt, diese noch in diesem Herbst an die veränderten Bedingungen anzupassen. In Umsetzung dieser vergaberechtlichen Maßnahmen hat auch das Ministerium für Wirtschaft des Landes Brandenburg im Einvernehmen mit den Finanzministerium und dem Innenministerium des Landes Brandenburg in einem Runderlass vom 25. Juli 2006 zur Einführung des neuen Vergaberechts die wesentlichen Grundsätze der Anwendung festgelegt.

### 2. Der Runderlass im Einzelnen

Mit der Veröffentlichung der neuen Vergaberegelungen sind diese jedoch noch nicht automatisch anzuwenden. Vielmehr ist es zunächst erforderlich, dass die geänderte Vergabeverordnung in Kraft tritt. Dies gilt für die Abschnitte 2 bis 4 der VOL/A, die Abschnitte 2 bis 4 der VOB/A sowie die VOF insgesamt. Um eine einheitliche Anwendung sicherzustellen ist auch der Abschnitt 1 der VOB/A erst ab der Änderung der Vergabeverordnung anzuwenden. Somit ist lediglich der Abschnitt 1 der VOL/A ab dem Zeitpunkt der Bekanntmachung bereits anzuwenden.

Besonderheiten bestehen für die Gemeinden hinsichtlich der Anwendung des § 25a Gemeindehaushaltsverordnung. Dort ist ein statischer Verweis auf die VOB 2002 sowie die VOL Ausgabe 2002 vorgesehen. Daher gelten diese Vorschriften bis zur Änderung des § 25a weiter. Probleme könnten dadurch entstehen, dass die geänderte Vergabeverordnung vor einer Änderung des § 25a Gemeindehaushaltsverordnung in Kraft tritt. Daher wird durch den Runderlass vorgesehen, dass in diesem Fall die Anwendung des aktuellen Vergaberechts kommunalaufsichtsrechtlich nicht zu beanstanden ist.

Bis zum Inkrafttreten der geänderten Vergabeverordnung ist zu beachten, dass wegen der direkten Geltung einzelner Regelungen der Richtlinie 2004/18/EG die Ausgaben 2002 der VOB, VOL und VOF nicht uneingeschränkt anzuwenden sind. Vielmehr erfolgt eine Anwendung dieser Bestimmungen nur nach Maßgabe des Rundschreibens des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vom 26. Januar 2006.

### 3. Zusammenfassung

Das Vergaberecht ist einem ständigen Wandel unterzogen. Da die Bundesregierung es verabsäumt hat, die Regelungen der Richtlinie 2004/18/EG fristgerecht umzusetzen, ist für einen Übergangszeitraum bis zum Inkrafttreten der neuen Vergabeverordnung, ein sehr sensibles Vorgehen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge angezeigt. Hier ist der Runderlass des Ministeriums für Wirtschaft des Landes Brandenburg eine nützliche Hilfe.

## **Aus dem Vergaberecht: Neuigkeiten zum vergaberechtsfreien In-House-Geschäft durch ein Urteil des Europäischen Gerichtshofes**

### 1. Einleitung

Die Möglichkeiten, öffentliche Aufträge an nachgeordnete Eigengesellschaften zu vergeben, ist immer wieder Gegenstand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH). Insbesondere die Frage, ob es den Anforderungen des EuGH an ein vergaberechtsfreies In-House-Geschäft genügt, wenn mehrere öffentliche Auftraggeber an einer Gesellschaft beteiligt sind, wurde bislang noch nicht abschließend geklärt. Ferner ist auch die Beauftragung so genannter „Enkelfirmen“ stärker in den Fokus gerückt. Um solche Unternehmen handelt es sich, wenn vollständig öffentliche Unternehmen ihrerseits Tochterunternehmen gründen, deren Anteile auch in öffentlicher Hand liegen. Zu diesen Fragen hat nunmehr der EuGH Stellung genommen. In seinem Urteil in der Rechtssache C-340/04-Carbotermo vom 11. Mai 2006 hat das Gericht zu diesen Fragen Stellung genommen.

### 2. Das Urteil des EuGH vom 11. Mai 2006 (C-340/04 - Carbotermo)

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte eine Gemeinde 99,98 % der Anteile an einer Holding. Diese hatte eine Tochtergesellschaft als Aktiengesellschaft gegründet, dessen Anteile sie zu 100 % hielt. Die verbleibenden 0,02 % der Anteile an der Holding wurden durch andere Gemeinden gehalten.

Um Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben zu können, ist es erforderlich, dass auf die strategischen Ziele der Gesellschaft maßgeblich eingewirkt werden kann. Diese Einflussnahme muss derart ausgestaltet sein, dass ausschlaggebender Einfluss ausgeübt werden kann. Dies ist im Regelfall gegeben, wenn ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber das gesamte Kapital einer beauftragten Gesellschaft halten. Um eine abschließende Beurteilung vornehmen zu können, muss aber immer der konkrete Einzelfall untersucht werden. Dies bedeutet, dass dann zu prüfen ist, ob der oder die öffentlichen Anteilseigner auch tatsächlich einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele sowie die wichtigen Entscheidungen Einfluss haben.

Dieses Merkmal ist dann nicht erfüllt, wenn Gesellschaft über eigene Organe verfügt, denen die wesentlichen Entscheidungsbefugnisse obliegen. Im konkreten Fall war dies ein Verwaltungsrat, welcher in wichtigen Entscheidungen weitgehend autonom entscheiden konnte, ohne dass die beteiligten Körperschaften darauf unmittelbar Einfluss nehmen konnten.

Durch den EuGH wurde ferner festgestellt, dass eine wesentliche Tätigkeit dann vorliegt, wenn das jeweilige Unternehmen hauptsächlich für diese Körperschaft tätig ist und jede andere Tätigkeit rein nebensächlich ist. Bei dieser Prüfung müssen die Gerichte alle qualitativen und quantitativen Umstände des Einzelfalles berücksichtigen. Hier sind alle Tätigkeiten zu berücksichtigen, welche für die Trägerkörperschaft verrichtet werden. Es kommt dabei nicht darauf an, dass die Tätigkeiten auf das Gebiet der Trägerkörperschaft beschränkt sind. Auch ist ohne Belang, wer der Begünstigte der Leistungen ist, so dass im Ergebnis der gesamte Umsatz zu berücksichtigen ist, den das Unternehmen aufgrund der Vergabeentscheidung der Trägerkörperschaft erzielt. Sind mehrere öffentliche Körperschaften beteiligt, so ist auch der Umsatz mit allen beteiligten Körperschaften bei der Betrachtung des Einzelfalles maßgeblich.

### 3. Zusammenfassung

Das Urteil des EuGH vom 11. Mai 2006 hat in zweierlei Hinsicht zur weiteren Klärung beigetragen. Nicht nur dass die Möglichkeit eines vergaberechtsfreien In-House-Geschäftes auch bei einer Beteiligung mehrerer öffentlicher Körperschaften für zulässig erklärt wurde, konnte auch die zweite Voraussetzung - Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle - näher bestimmt werden. Zwar wurde kein bestimmter Mindestumsatz vorgeschrieben, gleichwohl wurden aber Kriterien entwickelt, die eine Prüfung erleichtern.