

Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt Schleswig-Holstein

Aus dem Inhalt

24. Schleswiger Forum zum
Öffentlichen Recht – Programm

Hannah Japsen und Marc-Bennet Meister
Tagungsbericht zum 24. Schleswiger
Forum zum Öffentlichen Recht

Prof. Dr. Florian Becker
Finanzverfassung im föderalen Staat

Dr. Dominik Lück
Rechtsschutz: Kommunale Ansprüche auf
hinreichende Fianzausstattung

Dr. Ralf Paetsch
Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand
„Schleswiger Forum Preis 2022“ vergeben

Maren Thomsen
Aktuelle Rechtsprechung des Ober-
verwaltungsgerichts zum Abgabenrecht
mit dem Schwerpunkt Gebührenrecht

Kerstin Krüger
Neue Maßstäbe der Kommunen in
Schleswig-Holstein im Zweitwohnungs-
steuerrecht

Ole Dunklau
Drittmittelakquise von Kommunen –
Ein Praxisbeitrag aus der Stadt Flensburg

Schwerpunkt:

24. Schleswiger Forum zum Öffentlichen Recht

November 2022

I. Aufsätze

	24. Schleswiger Forum zum Öffentlichen Recht – Programm	405
Hannah Japsen und Marc-Bennet Meister	Tagungsbericht zum 24. Schleswiger Forum zum Öffentlichen Recht	406
Prof. Dr. Florian Becker	Finanzverfassung im föderalen Staat	408
Dr. Dominik Lück	Rechtsschutz: Kommunale Ansprüche auf hinreichende Finanzausstattung	414
Dr. Ralf Paetsch	Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand	420
	„Schleswiger Forum Preis 2022“ vergeben	424
Maren Thomsen	Aktuelle Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts zum Abgabenrecht mit dem Schwerpunkt Gebührenrecht	425
Kerstin Krüger	Neue Maßstäbe der Kommunen in Schleswig-Holstein im Zweitwohnungssteuerrecht	435
Ole Dunklau	Drittmittelakquise von Kommunen – Ein Praxisbeitrag aus der Stadt Flensburg	440

II. Amtliche Veröffentlichungen

Bek. d. MJG v. 28. Oktober 2022 – II 342/1440 – 2 –	Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in Zivilsachen (ZP-Statistik)	443
Erlass des MJG vom 25. Oktober 2022 – II 331/2231-E-2-4 –	Erlass des Ministeriums für Justiz und Gesundheit des Landes Schleswig-Holstein, Staatssekretär	443

III. Personalnachrichten

443

IV. Ausschreibungen

445

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

SchlHOLG 22. 3.2022 7 U 75/21	Zur Auslegung von § 1028 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BGB („soweit“): Bei einem eingetragenen Bauverbot ist das Erlöschen der Grunddienbarkeit nicht nur auf die Dimensionen des vorhandenen Bestandsbaus beschränkt	445
-------------------------------	---	-----

Terminankündigung

Neues auf dem Buchmarkt

von und mit Annemarie Stoltenberg

Annemarie Stoltenberg ist aus der Reihe der Literaturveranstaltungen im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht nicht mehr hinweg zu denken. Seit vielen Jahren stellt sie uns kurz vor Weihnachten auf ebenso informative wie auch spritzige Art die Neuerscheinungen auf dem Buchmarkt vor. Sie ist Literaturkritikerin mit Leib und Seele: „Ich kann ohne Bücher nicht leben.“ Und wir müssen nicht auf die Frankfurter Buchmesse fahren, um zu erfahren, welche Literatur wirklich lesenswert ist. Wer Annemarie Stoltenberg einmal zugehört hat, wird es jedes Jahr wieder wollen. Und im Zeitalter der Corona-Pandemie ist Lesen noch wichtiger geworden!

Kartenreservierung: telefonisch ab 7. November 2022 unter Tel.: 04621/86-1070 (montags bis donnerstags, 13–15 Uhr). Reservierte Karten müssen bis 15 Minuten vor Veranstaltungsbeginn an der Abendkasse abgeholt werden.

Bereits feststehende weitere Veranstaltungen:

- 5. Januar 2023: Lesung mit Dagmar Leupold
- 21. Februar 2023: Lesung mit Kristine Bilkau
- 15. März 2023: Lesung mit Claudia Schumacher

Justiz und Kultur im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

Dienstag, den 15. November 2022, 19.00 Uhr

im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Schleswig, Gottorfstraße 2

Annemarie Stoltenberg (Jahrgang 1957) hat schon immer viel gelesen – und als Schülerin in Schleswig-Holstein gern auf Übertragungswagen des NDR gedeutet und gesagt: „Das sind meine zukünftigen Kollegen.“ Ein Traum ging für sie in Erfüllung, als nach dem Studium von Literatur und Sprachwissenschaften 1982 im Rundfunk ihre erste Buchbesprechung gesendet wurde. Im NDR-Hörfunk war und ist sie als Literaturkritikerin, Feature-Autorin, Moderatorin, Reporterin und Redakteurin tätig. Sie veranstaltet Buchabende und Lesungen, veröffentlicht aber auch eigene Bücher, etwa „Elbe, Alster, Jungfernstieg – Hamburger Landgänge“ (2003). Nach 1996 arbeitete sie beim NDR-Fernsehen, zuletzt für das Nachmittagsmagazin „Das! unterwegs.“ Und neben Rezensionen in Tageszeitungen ist ihre Stimme immer wieder im NDR zu hören, wenn sie über Neuerscheinungen auf dem Buchmarkt spricht. Oft auch im „gemischten Doppel“ mit Rainer Moritz vom Literaturhaus Hamburg.

Kostenbeitrag: 15 Euro (Schüler, Studenten und Auszubildende frei), nur an der Abendkasse, ab 18.00 Uhr.

Nach der Veranstaltung wird eingeladen zu Wein und Paragrafenbrezeln.

– Schleswiger Gesellschaft Justiz und Kultur e.V. –

Spendenkonto Nospa IBAN: DE44 2175 0000 0050 0072 94, BIC: NOLADE21NOS

<https://www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/OLG/Service/Termine/JustizKultur.html>

Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt für Schleswig-Holstein

Herausgegeben vom Ministerium für Justiz und Gesundheit des Landes Schleswig-Holstein
in Kiel, das den Präsidenten des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts mit der Schriftleitung und der Wahrnehmung
der Aufgaben des Herausgebers beauftragt hat.

Früher im Verlag J.J. Augustin, Glückstadt – ISSN 1860-9643

ERSCHEINT SEIT 1750

AUSGEGEBEN IM NOVEMBER 2022

TEIL A NUMMER 11

24. Schleswiger Forum zum Öffentlichen Recht

am 17. Juni 2022 (Freitag) in Saal 6
des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts
Brockdorff-Rantzau-Straße 13 in Schleswig

Programm

Thema	ZUKUNFT DER GEMEINDEFINANZEN	12.45
	Moderation vormittags: Prof. Dr. Mathias Nebendahl,	13.30
	Rechtsanwalt, Fachanwalt Kanzlei Brock Müller Ziegenbein, Kiel	
	Moderation nachmittags: Maren Thomsen,	
	Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts, Schleswig	
ab 09.00	Eintreffen der Teilnehmerinnen und Teilnehmer / Begrüßungskaffee	14.00
09.30	Eröffnung: Maren Thomsen,	
	Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts, Schleswig	
09.35	Grußwort: Stephan Dose,	14.20
	Bürgermeister der Stadt Schleswig, Schleswig	
09.40	Grußwort: Kristina Herbst,	
	Staatssekretärin für ländliche Räume und Kommunen im Ministerium für Inneres, ländliche Räume, Integration und Gleichstellung des Landes Schleswig-Holstein, Kiel	14.50
10.00	Finanzverfassung im föderalen Staat,	
	Prof. Dr. Florian Becker,	
	Lehrstuhl für Öffentliches Recht an der Christian-Albrechts-Universität, Kiel	
	anschließend Diskussion	15.35
10.45	Kaffeepause	15.50
11.00	Rechtsschutz: Kommunale Ansprüche auf hinreichende Finanzausstattung.	
	Dr. Dominik Lück,	
	Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Kanzlei DOMBERT Rechtsanwälte, Potsdam	16.20
	anschließend Diskussion	
11.45	Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand,	
	Dr. Ralf Paetsch,	
	Vorsitzender Richter am Schleswig-Holsteinischen Finanzgericht, Kiel	

anschließend **Diskussion**

Mittagspause

Preisverleihung

„Schleswiger Forum Preis“ in den Kategorien.
Herausragende Dissertation
und
Herausragende Schwerpunktarbeit
im Schwerpunktbereich „Staat und Verwaltung“

Aktuelle Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts zum Abgabenrecht, mit dem Schwerpunkt Gebührenrecht,

Maren Thomsen,

Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts, Schleswig

Beitragsrecht:

Prof. Dr. Marcus Arndt,

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Kanzlei Weissleder/Ewer, Kiel

Neue Maßstäbe der Kommunen in Schleswig-Holstein im Zweitwohnungssteuerrecht,

Kerstin Krüger,

Vorsitzende Richterin am Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgericht und Güterichterin, Schleswig

anschließend **Diskussion**

Kaffeepause

Kommunale Steuern – Überblick und Herausforderungen,

Jörg Bülow,

Geschäftsführendes Vorstandsmitglied des Schleswig-Holsteinischen Gemeindetages

Drittmittelakquise von Kommunen – Praxisbeitrag aus der Stadt Flensburg,

Ole Dunklau,

Dipl.-Kaufmann, Leiter Fördermittelmanagement der Stadt Flensburg, Flensburg

anschließend **Diskussion**

Tagungsbericht zum 24. Schleswiger Forum zum Öffentlichen Recht*

Zukunft der Gemeindefinanzen

Hannah Japsen und Marc-Bennet Meister**

Nach zwei Jahren coronabedingter Zwangspause fand am 17. Juni dieses Jahres zum 24. Mal das Schleswiger Forum zum Öffentlichen Recht in den Räumen des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts in Schleswig statt. Teilnehmende aus Wissenschaft und Praxis kamen zusammen, um sich mit rechtlichen Fragestellungen und Problemen rund um das Thema „Zukunft der Gemeindefinanzen“ zu befassen.

Stellvertretend für die krankheitsbedingt abwesende Präsidentin des Oberverwaltungsgerichts Maren Thomsen übernahm die Vizepräsidentin *Birgit Voß-Güntge* die Eröffnung. Nach einem kurzen Grußwort von Schleswigs Bürgermeister *Stephan Dose* folgte ein Grußwort von der neuen Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Landtages *Kristina Herbst*. *Herbst* betonte in ihrem Grußwort, dass das gewählte Thema des Forums aktueller denn je sei, da die Corona-Pandemie viele Gemeinden finanziell geschwächt und langfristige Investitionen durchkreuzt habe.

Die Moderation der Veranstaltung teilten sich *Prof. Dr. Mathias Nebendahl*¹ und *Arno Witt*².

Als erster Referent stellte *Prof. Dr. Florian Becker*³ die Finanzverfassung im föderalen Staat dar. Auch *Becker* betonte die politische Aktualität finanzverfassungsrechtlicher Themen, welche sich etwa in der kommunalpolitischen Diskussion um eine sog. Pferdesteuer oder in der Bewilligung des Sondervermögens für die Bundeswehr zeige. Anschließend zeigte *Becker* auf, dass die Finanzverfassung auch individualschützende Elemente enthält, wie etwa das Gleichartigkeitsverbot aus Art. 105 Abs. 2a GG, wonach eine Kommune keine Steuer erheben darf, die denselben Belastungsgrund erfasst wie eine Bundessteuer. Im weiteren Verlauf des Vortrages beschäftigte *Becker* sich mit den Anforderungen, welche an die Regeln der Finanzverfassung im Allgemeinen und insbesondere an die Regeln zur Verteilung des Steueraufkommens zu stellen sind. Diese müssen sowohl eine hinreichende Stabilität aufweisen als auch genügend Flexibilität zulassen, um auf neue Entwicklungen reagieren zu können, ohne dass es jedes Mal einer Verfassungsänderung bedürfe. Aus diesem Grund könnten in der Finanzverfassung nur die Grundlinien determiniert sein, welche insbesondere einer aufgabenadäquaten Ausstattung Rechnung tragen müssten. Sodann ging *Becker* auf den Anspruch auf Mindestausstattung der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften ein. *Becker* kritisierte insofern, dass der Anspruch unter dem Leistungsfähigkeitsvorbehalt des Landes stehe. Er forderte, die Kommunen mit einem robusten Anspruch auszustatten, um die Gefahr einer Unterfinanzierung der Kommunen abzuwenden.

Nach einer kurzen Kaffeepause referierte *Dr. Dominik Lück*⁴ zum Thema Rechtsschutz. Inhalt seines Vortrages war dabei die Frage nach kommunalen Ansprüchen auf eine hinreichende Finanzausstattung. Dabei erklärte *Lück* zunächst die verfassungsrechtlichen Grundlagen kommunaler Finanzausstattung und konzentrierte sich anschließend auf das Konnexitätsprinzip sowie das Durchgriffsverbot aus Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG. Das Durchgriffsverbot bezwecke den Schutz der Kommunen vor der Auferlegung neuer Belastungen durch den Bund und konkretisiere damit den Garantiegehalt des Art. 28 Abs. 2 GG. *Lück* stellte sodann die Rechtsschutzmöglichkeiten für den Fall einer Verletzung der Selbstverwaltungsgarantie durch die Kommunalverfassungsbeschwerde vor. Problematisch könne dabei vor allem sein, dass dadurch in keinem Fall ein angemessener Ausgleich erreicht werden könne, da mit der Kommunalverfassungsbeschwerde nur Gesetze angreifbar seien. *Lück* kritisierte, dass die Kommunen in der Konsequenz keine effektiven Handlungsmöglichkeiten hätten. Außerdem kritisierte er, dass Kommunen zwar zusätzliche Aufgaben übernommen hätten, dafür aber nicht ausreichend finanziert würden.

Im Anschluss an eine angeregte Diskussion präsentierte *Dr. Ralf Paetsch*⁵ das Thema „Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand“. Dabei stellte er den § 2b UStG vor, dessen Übergangsfrist am 31.12.2022 ausläuft. Ab dem kommenden Jahr sind juristische Personen des öffentlichen Rechts demnach in vielen Bereichen umsatzsteuerpflichtig. Zu den zentralen Aspekten der Vorschrift gehöre als erstes die Frage, wann eine juristische Person des öffentlichen Rechts eine Tätigkeit im Rahmen der öffentlichen Gewalt ausführt. Auf einer zweiten Stufe stelle sich dann die Frage nach dem Bestehen größerer Wettbewerbsverzerrungen. *Paetsch* erklärte, dass bei der Ausübung einer Tätigkeit im Rahmen öffentlicher Gewalt, ausgenommen bei größerer Wettbewerbsverzerrung, keine Umsatzsteuer zu zahlen sei. Allerdings zähle § 2b Abs. 4 UStG sog. Katalogtätigkeiten auf, mit denen eine juristische Person des öffentlichen Rechts bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 UStG stets als Unternehmerin gelte. Anschließend erläuterte *Paetsch* den Vorsteuerabzug der juristischen Personen des öffentlichen Rechts und nannte als Grenzfallbeispiel eine BFH-Entscheidung⁶ über den Vorsteuerabzug eines Besucherparkplatzes für eine kostenlos nutzbare Brücke.

Nach einer Mittagspause folgte die Verleihung des „Schleswiger Forum Preises“ in den Kategorien „Herausragende Dissertation“ und „Herausragende Schwerpunktarbeit“ im Schwerpunktbereich „Staat und Verwaltung“ auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Den Preis für die beste Dissertation gewann *Dr. Asad Yasin*⁷ mit seiner mit summa cum laude bewerteten Arbeit zum Thema „Öffentliche Ämter im Spannungsfeld rechtlicher Anforderungen und

* Der Beitrag ist auch erschienen in: NordÖR 2022, 401.

** Die Autoren sind studentische Hilfskräfte am Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

1 Honorarprofessor für Medizinrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Fachanwalt für Medizin- und Verwaltungsrecht bei der Kanzlei Brock Müller Ziegenbein, Kiel.

2 Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Kanzlei Wegner Stähr & Partner, Kiel.

3 Geschäftsführender Direktor des Instituts für Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

4 Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Kanzlei DOMBERT Rechtsanwälte, Potsdam.

5 Vorsitzender Richter am Schleswig-Holsteinischen Finanzgericht, Kiel.

6 BFH XI R 10/21.

7 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

politischer Erforderlichkeit“. Den Preis für die beste Schwerpunktarbeit erhielt *Simon Meyer*⁸ für seine Arbeit zum Thema „Finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit der Schleswig-Holsteinischen Glücksspielabgabe“.

*Maren Thomsens*⁹ Vortrag zur aktuellen Rechtsprechung des OVG Schleswig zum Abgabenrecht mit dem Schwerpunkt Gebührenrecht musste aufgrund ihrer Abwesenheit ausfallen, wurde den Teilnehmenden jedoch in Schriftform zur Verfügung gestellt.

Im darauffolgenden Vortrag verschaffte *Prof. Dr. Marcus¹⁰ Arndt* den Zuhörenden einen umfassenden Überblick über das Beitragsrecht. Nach einer Darstellung der Grundlagen ging *Arndt* darauf ein, für welche Beiträge eine Erhebungspflicht der Kommunen bestehe. *Arndt* zeigte auf, dass aufgrund erheblicher Proteste in der Bevölkerung, welche sich durch zahlreiche Bürgerinitiativen manifestieren, die früher bestehende Pflicht zur Erhebung von Straßenausbaubeiträgen durch den Landesgesetzgeber gestrichen wurde. Nunmehr stehe es den Kommunen frei, selbst zu entscheiden, ob sie solche Beiträge erheben wollen oder nicht. *Arndt* kritisierte, dass der in § 76 Abs. 2 S. 2 GO offensichtlich zum Ausdruck gebrachte gesetzgeberische Wille, eine solche Pflicht aufzuheben, durch den § 76 Abs. 3 GO konterkariert werde. Dort heißt es, dass die Gemeinden nur Kredite aufnehmen dürfen, wenn eine andere Finanzierung nicht möglich sei. *Arndt* wies daraufhin, dass dieser Absatz so ausgelegt werden könne, dass die Kommunen im Rahmen dieser anderen Finanzierung zunächst Straßenausbaubeiträge zu erheben hätten. Viele Kommunen seien in der Praxis allerdings auf Kredite angewiesen, sodass eine Pflicht zur Beitragserhebung durch die Hintertür bestehen bleibe. In einer anschließenden Diskussion wurde die Frage aufgeworfen, ob die Abwälzung der Entscheidung auf die Kommunen darüber, ob Straßenausbaubeiträge erhoben werden sollen oder nicht, eine geeignete Lösung sei. Viele Kommunen seien auf die Erhebung der Beiträge zur Finanzierung angewiesen und würden nun gegenüber ihren Bürgern vor einem erheblichen Rechtfertigungsdruck stehen. *Arndt* stimmte dem zu, wies jedoch darauf hin, dass mit der Streichung der Pflicht den Kommunen auch ein erweiterter Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Finanzierungsmöglichkeiten eröffnet werde. So hätten viele Kommunen die Beitragspflicht in ihren Satzungen bereits gestrichen und stattdessen anderweitige Finanzierungsinstrumente etabliert.

*Kerstin Krüger*¹¹ stellte sodann die neuen Maßstäbe der Kommunen in Schleswig-Holstein im Zweitwohnungssteuerrecht vor. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, Kammerbeschluss vom 18. Juli 2019,¹² wonach der alte Maßstab zur Berechnung der Zweitwohnungssteuer anhand der Jahresrohmierte gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoße, sei die Bildung neuer Maßstäbe erforderlich geworden. *Krüger* stellte als neu entwickelte Modelle das sog. „Lübecker Modell“, welches auf den Lagewert abstellt, und das sog. „St. Peter-Ordning Modell“, welches an den Lagefaktor anknüpft, gegenüber. *Krüger* ging dabei insbesondere auf das Urteil der 4. Kammer

des VG Schleswig vom 23. März 2022¹³ ein, wonach das sog. „Lübecker Modell“ gegen das aus Art. 3 Abs. 1 GG resultierende Gebot der steuerlichen Belastungsgleichheit verstoße. Zwar verfüge der Normgeber bei der Ausgestaltung von Regelungen zur Bestimmung der Bemessungsgrundlage über einen weiten Spielraum, allerdings müssen die Bemessungsregeln in der Lage sein, den mit der Steuer verfolgten Belastungsgrund in der Relation realitätsgerecht abzubilden. Belastungsgrund der kommunalen Zweitwohnungssteuer als örtliche Aufwandsteuer sei der Aufwand des Steuerpflichtigen für das Innehaben der Zweitwohnung. Indes zwingt der Charakter als Aufwandsteuer die Gemeinden nicht dazu, den getätigten Aufwand konkret zu ermitteln, sondern der Rückgriff auf einen Ersatzmaßstab sei zulässig, wenn dieser einen zumindest lockeren Bezug zu dem zu erfassenden Aufwand aufweise. Im sog. „Lübecker Modell“ fehle es an diesem Bezug, denn der maßstabprägende Lagewert in Gestalt des reinen Bodenrichtwertes sei hierfür ungeeignet. *Krüger* wies daraufhin, dass in diesem Verfahren die Berufung zugelassen worden sei. Sodann zeigte *Krüger* auf, dass in dem sog. „St. Peter-Ordning Modell“ der Bodenrichtwert nur als einer von mehreren Faktoren herangezogen werde, was mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar sei.¹⁴

Im Anschluss an eine Kaffeepause folgte als nächster Referent *Jörg Bülow*¹⁵ mit dem Thema „Kommunale Steuern“. *Bülow* gab hierbei einen von vielen Grafiken begleiteten Überblick zur Grund- und Gewerbesteuer. Einen Schwerpunkt stellte die Folge des BVerfG-Urteils¹⁶ zum Bewertungsgesetz zur Grundsteuer dar. Die Grundeigentümer werden ab dem 1. Juli 2022 aufgerufen, eine einmalige Erklärung über die Grundsteuer abzugeben. *Bülow* kritisierte, dass viele Grundeigentümer hierüber nicht ausreichend informiert worden seien. Dies könnte dazu führen, dass es einen Ansturm auf Behörden gibt, da viele Grundeigentümer möglicherweise erst die anzugebenden Daten in Erfahrung bringen müssten. *Bülow* wies auch auf die Hebesätze zur Grund- und Gewerbesteuer hin, die in Schleswig-Holstein geringer seien als im Bundesdurchschnitt.

*Ole Dunklau*¹⁷ stellte im letzten Thema des Tages die Drittmittelakquise von Kommunen mit einem Praxisbeitrag aus der Stadt Flensburg vor. Er erwähnte die Probleme der Kommunen im Hinblick auf einen Investitionsstau auf kommunaler Ebene und begrenzte finanzielle Mittel und Ressourcen. *Dunklau* präsentierte die Generierung von Drittmitteln als Teillösung für diese Probleme. Dabei kritisierte er, dass oft Kenntnisse in den betroffenen Rechtskreisen von Kommunalrecht, Haushaltsrecht, Vergaberecht, Beihilfenrecht und Steuerrecht fehlten. Das führe nicht selten zu Fehlern bei der Antragsstellung. *Dunklau* erklärte anschließend das Modellprojekt der „Smarten Grenzregion“, mit dem die Stadt Flensburg, der Kreis Schleswig-Flensburg und der Kreis Nordfriesland mit Fördergeldern des Bundes in den Bereichen Mobilität, Gesundheit, kritische Infrastruktur, digitale Daten und Services im Allgemeinen miteinander vernetzt werden sollen. Die Basis dafür soll der Aufbau einer Digitalagentur in Flensburg sowie der Ausbau der Digitalen Infrastruktur in der Region sein.

Nach einem zusammenfassenden Schlusswort ließ man die Tagung bei einem Imbiss mit Getränken und der Möglichkeit des weiteren Austausches ausklingen.

8 Student der Rechtswissenschaften im 8. Semester und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

9 Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts, Schleswig.

10 Honorarprofessor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Fachanwalt für Verwaltungsrecht bei der Kanzlei Weissleder Ewer, Kiel.

11 Vorsitzende Richterin am Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgericht und Güterrichterin, Schleswig.

12 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats v. 18.7.2019 – 1 BvR 807/12.

13 VG Schleswig, Urteil der 4. Kammer v. 23.3.2022 – 4 A 154/21.

14 VG Schleswig, Urteil der 4. Kammer v. 23.3.2022 – 4 A 178/21.

15 Geschäftsführendes Vorstandsmitglied des Schleswig-Holsteinischen Gemeindetages.

16 BVerfG, Urteil v. 10.4.2018 – 1 BvR 639/11.

17 Dipl.-Kaufmann, Leiter Fördermittelmanagement der Stadt Flensburg, Flensburg.

Finanzverfassung im föderalen Staat

24. Schleswiger Forum 2022 am 17. Juni 2022

Professor Dr. Florian Becker, LL.M. (Cambridge)



I. Die politische Aktualität finanzverfassungsrechtlicher Themen

In der politischen Diskussion hat das Finanzverfassungsrecht oft ganz unbemerkt Konjunktur. Die Aushebelung der Schuldenbremse durch überbordende oder umgewidmete Corona-Kredite,¹ die Frage nach der Finanzierung einer Digitalisierung der Schulen² und (zuletzt) die Einrichtung eines Sondervermögens zur Ertüchtigung der Bundeswehr:³ all diese Themen haben eine breite Aufmerksamkeit in der Tagespresse gefunden.

Und auch im Land Schleswig-Holstein sind Themen wie die sog. Pferdesteuer⁴ oder die Straßenausbaubeiträge⁵ schon Gegenstand eines Wahlkampfes gewesen – vermutlich ohne dass wirklich jedem Betrachter die finanzverfassungsrechtlichen Implikationen des Themas völlig präsent gewesen sind.

Die Handlungsmöglichkeiten des eingreifenden, aber erst recht des gewährenden Staates gründen auf seiner ausreichenden Ausstattung mit Finanzmitteln. Der mittellose Staat kann sich nicht auf die Gefahrenabwehr vorbereiten, er kann die Folgen eines Schadenseintritts nicht mildern, er kann keine sozialstaatlichen Versprechen einlösen und keine Infrastrukturen errichten.

Deswegen bilden alle gelehrten Diskussionen über die Verteilung von Verwaltungs- und Gesetzgebungskompetenzen sowie über die Domänen kommunaler Selbstverwaltung nicht die ganze Wahrheit ab, weil die Verantwortung für die verteilten Aufgaben und Befugnisse ohne korrespondierende Finanzmittel ins Leere läuft.

II. Schutzaufgabe der Finanzverfassung

1. Die duale Zweckstiftung der Finanzverfassung

In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht die besondere Bedeutung der Finanzverfassung des Grundgesetzes immer wieder unterstrichen: Sie ist – so das Gericht – „Eckpfeiler der bundesstaatlichen Ordnung. Sie soll eine Finanzordnung sicherstellen, die den Gesamtstaat und die Gliedstaaten am Gesamtertrag der Volkswirtschaft angemessen beteiligt. Bund und Länder müssen im Rahmen der verfügbaren Gesamteinnahmen so ausgestattet werden, dass sie die Ausgaben leisten können, die zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderlich sind.“⁶

Das Zitat des Bundesverfassungsgerichts weist der Finanzverfassung damit zwei Aufgaben zu: In einem ersten Schritt sollen ihre Regeln die staatliche Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg der Bürger begründen und begrenzen. Dann bildet sie in einem zweiten Schritt den Rahmen für eine gerechte Verteilung der ausgehobenen Finanzmittel auf die Gebietskörperschaften.

2. Individualschützende Elemente der Finanzverfassung i.w.S.

a) Individualschützende Elemente der Finanzverfassung i.e.S.

Die Finanzverfassung im eigentlichen Sinne ist in Art. 104a ff. GG niedergelegt. Sie befasst sich augenscheinlich nur mit dem zweiten der beiden Aspekte. Materielle Vorgaben, die die Steuergewalt des Staates begründen und begrenzen, sind hier – zumindest ausdrücklich – nur am Rande erwähnt.

So wird etwa der einfache Gesetzgeber ermahnt, bei Aufteilung des Umsatzsteuerertrages zwischen Bund und Ländern die Deckungsbedürfnisse der Gebietskörperschaften so aufeinander abzustimmen, daß ein billiger Ausgleich zwischen ihren Interessen erzielt, dabei aber eine Überbelastung der Steuerpflichtigen vermieden wird (Art. 106 Abs. 4 Satz 3 Nr. 2 GG).

Auch das Verbot der Erhebung solcher örtlicher Verbrauch- und Aufwandsteuern, die bundesgesetzlich geregelten Steuern gleichartig sind (Art. 105 Abs. 2a GG), unterbindet nicht nur zum Schutz der finanzverfassungsrechtlichen Gesetzgebungskompetenzen einen konkurrierenden Zugriff auf ein und dieselbe Steuerquelle,⁷ sondern das Gleichartigkeitsverbot schützt auch den Steuerpflichtigen vor einer übermäßigen und unabgestimmten Mehrfachbelastung desselben Steuerobjekts.⁸

Diese ausdrücklich individualschützende Funktion entnimmt das Bundesverfassungsgericht auch jenseits der dargelegten Spurenelemente dem gesamten, in der Finanzverfassung enthaltenen Zuständigkeitsgeflecht, das eine Schutzwirkung „auch im Verhältnis zum Bürger [entfaltet], der darauf vertrauen darf, nur in dem durch die Finanzverfassung vorgegebenen Rahmen belastet zu werden.“⁹

b) Grundrechtlicher Schutz gegen die Erhebung von Abgaben

Dieser mit der Kompetenzverteilung begründete Schutz des Bürgers gegen übermäßige steuerliche Inanspruchnahme wird in nur begrenztem Maße durch Freiheitsrechte ergänzt.

So begründet die Erhebung von Abgaben und insbesondere von Steuern jenseits des schillernden Begriffs der Erdrosselung schon keinen Eingriff in das Eigentumsrecht.¹⁰ Auch der kurzlebige Gedanke eines aus Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG

¹ Siehe hierzu *Becker/Harding/Laude*, Corona-Pandemie und Schuldenbremse in Schleswig-Holstein, 2021.

² Vgl. Art. 104c GG.

³ Siehe *Meyer*, NJW 2022, 2242 ff.

⁴ Dazu *Dietlein/Peters*, LKV 2013, 1 ff.; *Schmidt*, KommJur 2016, 361 ff.

⁵ Vgl. *Arndt/Hoefler/Dörschner*, Die Gemeinde SH 2018, 90 ff.; *Brüning*, LKV 2019, 529 ff.; *ders.*, LKV 2020, 7 ff.

⁶ BVerfGE 145, 171 (190 f.).

⁷ Vgl. *Heun*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band III, 3. Aufl. 2018, Art. 105 Rn. 36; *Siekmann*, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 105 Rn. 25.

⁸ Vgl. BVerfGE 98, 106 (124 f.); *Heun*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band III, 3. Aufl. 2018, Art. 105 Rn. 36; *Siekmann*, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 105 Rn. 25.

⁹ BVerfGE 145, 171 (192).

¹⁰ BVerfGE 95, 267 (300 f.); zum Ganzen *Wendt*, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 14 Rn. 38 ff.; *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rn. 65 f.

abgeleiteten Halbteilungsgrundsatzes, wonach der Gebrauch des Eigentums *zugleich* der Allgemeinheit nützen soll, das Eigentum also gleichermaßen als privat- und als gemeinnützig zu behandeln ist,¹¹ vermochte der staatlichen Besteuerungsmacht als einmaliges *obiter dictum* des Bundesverfassungsgerichts keine dauerhaft wirksamen Grenzen zu setzen.

Einen gewissen Schutz bietet hingegen Art. 6 GG gegen einen übermäßigen steuerlichen Zugriff auf solche Konstellationen, die durch das besondere Zusammensein in Ehe und Familie geprägt sind.¹²

Soweit die Abgabenerhebung damit im Regelfall lediglich in die allgemeine Handlungsfreiheit eingreift, läuft das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das diesen Zugriff eigentlich regulieren soll, zumindest bei der Steuer ins Leere.¹³ Ihr Zweck ist die Finanzierung der allgemeinen Staatstätigkeit und dieser Zweck wird natürlich umso besser erfüllt, je höher die Steuer angesetzt ist. Lediglich bei nicht-steuerlichen Abgaben sorgt das Verhältnismäßigkeitsprinzip in seinem einfachgesetzlichen Gewand der Äquivalenz für einen – oftmals aber recht lockeren – Bezug zwischen dem zugewendeten Vorteil und der Höhe der Abgabe.¹⁴

Die größte Schutzwirkung für den Steuerbürger entfaltet in grundrechtlicher Hinsicht der allgemeine Gleichheitssatz und die aus ihm abgeleiteten Forderungen nach Belastungsgleichheit sowie nach einer Besteuerung, die sich an der Leistungsfähigkeit des Steuerschuldners orientiert.¹⁵

3. Die Finanzverfassung als Grundlage aufgabenangemessener Finanzausstattung der Gebietskörperschaften

Angesichts der in Art. 104a Abs. 1 GG angeordneten prinzipiellen Konnexität zwischen staatlicher Aufgabenerfüllung und korrespondierender Ausgabenverantwortung ist es das im Vordergrund stehende Anliegen der Finanzverfassung, dafür zu sorgen, dass jede Gebietskörperschaft mit ausreichenden Mitteln ausgestattet ist, um die ihr zugewiesenen oder ihrem Zugriff offenstehenden Aufgaben auch tatsächlich wahrnehmen zu können.¹⁶

Erste und wichtigste Quelle zur Erfüllung dieses Ausstattungsversprechens ist die Steuer. Steuern als diejenigen finanziellen Lasten, die *jeder einzelne* im Rahmen und nach Maßgabe seiner individuellen Leistungsfähigkeit zur Finanzierung der allgemeinen Staatstätigkeit zu erbringen hat, weisen im Vergleich mit anderen Abgabenarten eine zentrale Bedeutung auf. Deswegen konstituiert die Finanzverfassung des Grundgesetzes einen Steuerstaat.¹⁷ Dies wird zum einen anhand der tatsächlichen Zusammensetzung staatlicher Einnahmen deutlich, die zum anderen durch die Regelungsstruktur der Finanzverfassung determiniert ist.

Im Jahr 2021 wurden in Deutschland – ohne Berücksichtigung der Gemeindesteuern – insgesamt ca. 761 Milliarden Euro an Steuern eingenommen; über 80% dieser Summe

entfielen auf die drei großen Gemeinschaftssteuern, deren Ertrag zwischen Bund und Ländern aufgeteilt wird.¹⁸ Lässt man die insoweit finanzverfassungsrechtlich „außer Konkurrenz“ stehenden 770 Milliarden Euro Einnahmen der Sozialversicherung außer Betracht, so wird an diesen Zahlen deutlich, dass der Anteil der Steuern an den gesamten staatlichen Einnahmen in Höhe von ca. 1,6 Billionen Euro ganz erheblich ist.

Diese Dominanz der Steuer ist kein Zufall: Nur die Steuern sind ausführlich in der Finanzverfassung geregelt und die sorgfältige Ausgewogenheit der dortigen Regelungen bleibt nur dann gewährleistet, wenn die Steuereinnahmen tatsächlich einen Großteil der staatlichen Einnahmen ausmachen, da die Verteilungsmechanismen der Finanzverfassung ansonsten funktionslos würden.¹⁹ Tatsächlich sind Alternativen zum Steuerstaat – etwa ein vorrangig gebührenfinanzierter Dienstleistungsstaat, wie er etwa in Ansätzen der Vorschrift des § 76 GO SH hervorscheint²⁰ – allerdings auch der Sache nach fragwürdig, weil allein die Steuererhebung an die Leistungsfähigkeit des Schuldners anknüpft. Vor diesem Hintergrund bedürfen alle nichtsteuerlichen Abgaben, die auf der Grundlage von Sach- und nicht von Steuergesetzgebungskompetenzen erhoben werden, der besonderen sachlichen Rechtfertigung.²¹

4. Regelungsthemen und Prinzipien der Finanzverfassung

Bei der Ausgestaltung ihrer Regelungen lässt sich die steuerstaatliche Finanzverfassung von einer Reihe von Prinzipien leiten. Hier steht der bereits erwähnte Grundsatz des Gleichlaufs von Aufgaben- und Ausgabenverantwortung (Art. 104a Abs. 1 GG) an erster Stelle. Aber auch die Entkopplung von steuerlicher Gesetzgebungskompetenz und Aufkommenshoheit, die indessen durch eine zumindest teilweise Bestimmung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Aufkommenshoheit wieder zusammengeführt werden (vgl. Art. 105 i.V.m. 106 GG), ist ein prägendes Element der Finanzverfassung. Über allen Verteilungsfragen thronen indes die Grundsätze der Finanz- und Haushaltsautonomie von Bund und Ländern, die wiederum in das bündische Prinzip wechselseitiger Solidarität eingebettet sind. Dessen greifbarste Konsequenzen sind zum einen der reformierte Länderfinanzausgleich (vgl. Art. 107 Abs. 2 GG),²² zum anderen die verschiedenen Finanzhilfen des Bundes für Länder und kommunale Selbstverwaltungskörperschaften.

Die Finanzverfassung des Grundgesetzes ordnet den Steuerstaat unter drei Gesichtspunkten: Sie verteilt mit den steuerlichen Gesetzgebungskompetenzen die Befugnis, über das „ob“ und das „wie“ einer Steuerregelung zu entscheiden. Die Verteilung der steuerlichen Verwaltungskompetenz entscheidet darüber, welcher Hoheitsträger für die Erhebung der Steuer im Einzelfall verantwortlich ist (vgl. Art. 108 GG).

Aber die Antwort auf die interessanteste Frage gibt die Ertragshoheit (vgl. Art. 106 GG): Welchem Hoheitsträger fließt im Ergebnis das Aufkommen aus der Steuer zu? Bei diesem letzten Aspekt handelt es sich – wie das Bundesverfassungs-

11 BVerfGE 93, 121 (136 ff.); aufgegeben in BVerfGE 115, 97 (108 ff.).

12 Siehe zur Zweitwohnungssteuer BVerfGE 114, 316 (332 ff.); zum steuerfreien Existenzminimum BVerfGE 87, 153 (169 ff.).

13 Vgl. Frenz, GewArch 2006, 282 (282 ff.) m.w.N.

14 Dazu BVerfGE 83, 363 (392); Jarass, in: ders./Pieroth, Grundgesetz, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 30; Wienbracke, JuS 2019, 1070 (1073); ausführlich zu kommunalen Gebühren Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 1335 ff.

15 Siehe BVerfGE 93, 121 (134 ff.); Heun, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 75 ff.

16 Vgl. BVerfGE 32, 333 (338); 55, 274 (300).

17 BVerfGE 78, 249 (266 f.); 93, 319 (342); Isensee, FS Ipsen, 1977, 409 (420 ff.).

18 <https://www.bundesfinanzministerium.de/Monatsberichte/2022/01/Inhalte/Kapitel-3-Analysen/3-2-steuereinnahmen-2021.html>.

19 BVerfGE 55, 274, (300).

20 Hierzu Becker/Korten, NVwZ 2019, 1625 ff.

21 BVerfGE 78, 249 (266 f.); Jachmann-Michel/Vogel, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band III, 7. Aufl. 2018, Art. 105 Rn. 2; Seiler, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 74. Ergänzungslieferung 2015, Art. 105 Rn. 42.

22 Zur Reform des Länderfinanzausgleichs siehe Förster/Kronert, ZG 2017, 228 ff.; Mehlhaf, DÖV 2018, 647 ff.

gericht es ausdrückt – „um eine zentrale Frage der politischen Machtverteilung in der Bundesrepublik Deutschland.“²³

Nur eine vernünftige Verteilung der Steuerertragshoheit gewährleistet eine aufgabenorientierte Finanzausstattung der staatlichen Ebenen. Dieses Anliegen weist damit auch als reales wirtschaftliches Fundament staatlicher Aufgabenerfüllung eine enge Verbindung zum Bundesstaatsprinzip und die hierauf zurückzuführende staatliche Eigenständigkeit von Bund und Ländern auf.

III. Anforderungen an die Regeln der Finanzverfassung im Allgemeinen, an die Regeln zur Verteilung des Steueraufkommens im Besonderen

Insbesondere die der Sicherstellung einer aufgabenangemessenen Finanzausstattung dienenden Regeln über die Verteilung des Steueraufkommens zwischen Bund und Ländern sowie unter den Ländern müssen zwei, zueinander in einem Spannungsverhältnis stehende Charakteristika aufweisen:²⁴

Zum einen dürfen die Regeln nicht der völlig freien politischen Gestaltung unterliegen, weil beim Geld bekanntlich oft die Freundschaft endet bzw. – um es etwas passender auszudrücken – bundestaatliche Loyalität und Solidarität auf die Probe gestellt werden. Das Bundesverfassungsgericht²⁵ betont regelmäßig vor allem diese Stabilisierungsfunktion der Finanzverfassung: Soweit deren Regeln die Fragen nach Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Aufkommenshoheit beantworten, handelt es sich bei den entsprechenden Normen um eine in sich geschlossene Rahmen- und Verfahrensordnung, die auf Klarheit und Bindung angelegt ist.²⁶ Die Regelungen der Finanzverfassung fördern und entlasten den politischen Prozess, indem sie ihm einen festen Rahmen vorgeben.²⁷ Diese Funktion kann sie aber nur dann erfüllen, wenn die Beachtung ihrer Vorschriften strikt durchgesetzt wird und diese auch für die Beteiligten nicht zur Disposition stehen. „Der strikten Beachtung der finanzverfassungsrechtlichen Zuständigkeitsbereiche von Bund und Ländern“ – so das Bundesverfassungsgericht – „kommt eine überragende Bedeutung für die Stabilität der bundesstaatlichen Verfassung zu.“

Zum anderen dürfen die Regeln aber auch nicht zu starr sein, weil dies nicht nur die legitimen Anliegen politischer Gestaltung unterminieren würde, sondern sie dann auch der notwendigen Flexibilität entbehren, um auf eine Neuentstehung oder Verschiebung von Aufgabenverantwortung zu reagieren. Die Verteilung oder Verschiebung von Finanzmitteln ist immer auch ein Element politischer Gestaltung. Und es wäre misslich, wenn jede Veränderung in dieser Hinsicht nur durch Verfassungsänderungen möglich wäre, weil dann mit der Zeit die Finanzverfassung im Stil von Art. 104b, c oder d GG zergliedert oder mit kurzlebigen Vorschriften – wie dem anlässlich der Corona-Pandemie eingefügten Artikel 143h GG²⁸ – destabilisiert würde.

Deswegen kann die Verteilung des Finanzaufkommens im Bundesstaat nur in ihren Grundlinien festgelegt werden, aus denen sich dann ein verfassungsrechtlich normiertes Gefüge ergibt, das in sich durchaus beweglich und anpassungsfähig

ist, dessen einzelne Stufen aber nicht beliebig ausgewechselt oder übersprungen werden können.²⁹

Die beiden eher prozesshaften Aspekte der Stabilisierungsfunktion der Finanzverfassung einerseits und der ihr inhärenten notwendigen Flexibilitätsreserve andererseits müssen aber von der Frage umklammert werden, ob einzelne Gebietskörperschaften, insbesondere die kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften, einen materiellen Anspruch auf eine aufgabenadäquate Finanzausstattung haben – und wenn ja: wem gegenüber.

IV. Die Verteilung des Steueraufkommens zwischen Stabilität und Flexibilität

1. Entkopplung von und Wechselbeziehung zwischen Gesetzgebungskompetenzen und Aufkommensverteilung

Art. 106 GG regelt die Verteilung des Steueraufkommens zwischen Bund, Ländern und z.T. auch den Gemeinden. Diese Regelungen sind im Lichte der Stabilitätsfunktion der Finanzverfassung zwingend.³⁰

Die Aufkommensverteilung erfolgt grundsätzlich unabhängig davon, ob die zu verteilende Steuer ihre Grundlage in einem Bundes- oder einem Landesgesetz findet. Allerdings bezieht sich die Verteilung der Gesetzgebungskompetenz in Art. 105 GG auf die in Art. 106 GG enthaltene Verteilung des Steueraufkommens: Neben einem schmalen Bereich ausschließlicher Gesetzgebungskompetenzen jeweils für den Bund und die Länder, verfügt der Bund jedenfalls nicht nur dann über eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz zur Regelung der übrigen Steuern, wenn für sie eine bundeseinheitliche Regelung nach Art. 72 Abs. 2 GG erforderlich ist, sondern auch dann, „wenn ihm das Aufkommen dieser Steuern ganz oder zum Teil zusteht.“

2. Systematik der Aufkommensverteilung

Für die Zuweisung einer Steuergesetzgebungskompetenz ist daher der Blick auf die Aufkommensverteilung erforderlich, die in Art. 106 GG anhand einzelner Steuertypen vorgenommen wird.

Art. 106 GG kombiniert hierfür ein Trenn- mit einem Verbundsystem. Im Sinne des erstgenannten ist die Aufkommenshoheit einiger Steuern einer bestimmten staatlichen Ebene ausschließlich zugeordnet. Das Aufkommen der in Abs. 1 genannten Steuern steht ausschließlich dem Bund zu, das Aufkommen der in Abs. 2 genannten Steuern hingegen ausschließlich den Ländern.

Im Sinne des Verbundsystems werden dann aber in Art. 106 Abs. 3 GG die großen Steuern auf den Bund einerseits, die Gesamtheit der Länder andererseits nach jeweils unterschiedlichen Kriterien verteilt. Veränderungen des Steueraufkommens wirken sich daher auf beide Ebenen gleichmäßig aus und dies motiviert auch beide Ebenen dazu, sich im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse um eine Vergrößerung des Steueraufkommens durch die Setzung motivierender Rahmenbedingungen zu bemühen.

Die Verteilung des Steueraufkommens im Verbundsystem erfolgt zum Teil statisch – so bei der Einkommens- und der Körperschaftsteuer (vgl. Art. 106 Abs. 3 S. 2 GG) – oder als

23 BVerfGE 145, 171 (191).

24 Vgl. Schwarz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band III, 7. Aufl. 2018, Art. 106 Rn. 1 ff.

25 Zuletzt BVerfGE 145, 171 (191 f.).

26 BVerfGE 145, 171 (191).

27 BVerfGE 145, 171 (191).

28 Eingefügt durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 104a und 143h) vom 29. September 2020, BGBl. 2020 I S. 2048.

29 BVerfGE 101, 158 (214).

30 BVerfGE 105, 185 (194); Siekmann, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 106 Rn. 2c.

Flexibilitätsreserve bzw. politische Verhandlungsmasse dynamisch – wie bei der Umsatzsteuer (vgl. Art. 106 Abs. 3 S. 3 GG).

3. Beschränkung der finanzverfassungsrechtlichen Verteilungsregeln auf Steuern

Die Verteilungsregeln des Art. 106 GG erfassen nur Erträge aus Steuern. All jene Abgaben, die besonderen Finanzierungszwecken als Gegenleistung dienen, fließen derjenigen Gebietskörperschaft zu, die die Leistung erbringt. Dies richtet sich nach der entsprechenden Verwaltungskompetenz, so dass sich die für eine konkrete Aufgabe verantwortliche Gebietskörperschaft selbst mit den für die Erfüllung dieser Aufgabe bestimmten Mitteln ausstatten kann – allerdings natürlich nur in den Grenzen der Zulässigkeit der Erhebung nicht-steuerlicher Abgaben.

Nicht einmal eine exorbitante Höhe anderer, nicht steuerlicher Einnahmen löst die auf Steuern bezogenen Verteilungsfolgen des Art. 106 GG aus. Dies hat das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der ersten Versteigerung der UMTS-Lizenzen durch den Bund festgestellt.³¹ Der Rechtscharakter der dabei erlösten ca. 100 Mrd. DM war umstritten: die ausschließlich dem Bund zukommenden Mittel wurden etwa als schlichter zivilrechtlicher Verkaufserlös, als Abschöpfungsabgabe oder als Abgabe „sui generis“ eingeordnet. Aber Art. 106 Abs. 3 GG verteilt nur Einnahmen, deren Rechtsqualität als Steuer feststeht³² und die Finanzverfassung verbietet es aufgrund ihrer Striktheit, nicht-steuerliche Einnahmen einfach nur aufgrund ihrer Höhe nach den Regeln über die übrigen Gemeinschaftssteuern zu verteilen; zumal unklar gewesen wäre, nach den Regeln welcher der drei Gemeinschaftssteuern der Ertrag hätte verteilt werden sollen. Durch diese Versteigerung konnte der Bund also erhebliche Mittel einnehmen, die die Steuerlast der Unternehmen und damit die Verteilungsmasse bei der Aufkommensverteilung der großen Steuern zwischen Bund und Ländern zulasten letzterer minderten.

Das Bundesverfassungsgericht nahm dies als einmaliges Vorkommnis hin, mahnte aber auch, dass wenn in Zukunft „neuartige Einnahmequellen mit bedeutsamen Erträgen das von Art. 106 GG zu Grunde gelegte Verteilungssystem sprengen, ... der verfassungsändernde Gesetzgeber“ gefordert sein könnte.³³

Art. 106 GG gewährt also finanzverfassungsrechtliche Stabilität und Gleichmaß in der Aufkommensverteilung allein im Hinblick auf Steuererträge. Im Übrigen erlaubt der Rückgriff auf die Sachgesetzgebungskompetenzen für den Erlass von nicht-steuerlichen Abgabenvorschriften einen finanzverfassungsrechtlich nur begrenzt domestizierten Zugriff auf die Abgabenschuldner.

4. Beschränkung der finanzverfassungsrechtlichen Verteilungsregeln auf die genannten Typusbegriffe

Der Katalog der in Art. 106 GG verteilten Steuern ist aber nicht nur im Hinblick auf die Differenzierung zwischen Steuern und nichtsteuerlichen Abgaben abschließend. Auch kann der Gesetzgeber keine dort nicht erfassten Steuern hinzuerfinden, weil für diese dann gerade keine feste Aufkommenszuweisung oder Verteilungsregel existiert.

Damit kommt dem einfachen Gesetzgeber zwar ein weiterer Gestaltungsspielraum bei der Auswahl von Steuergegenständen, aber *grundsätzlich kein* Steuererfindungsrecht zu.³⁴ Vielmehr muss er sich an den in Art. 106 GG zur Beschreibung der Steuerarten verwendeten Typusbegriffen orientieren.³⁵

Bei der Ausgestaltung von Verkehrs-, Verbrauchs- oder Aufwandsteuern kann der Gesetzgeber daher auf den jeweiligen Normal- oder Durchschnittsfall, also die typische Verkehrs-, Verbrauchs- oder Aufwandsteuer abstellen. Einzelfallerscheinungen scheiden bei der Typusbildung aus.³⁶

Hierdurch wird die stabilisierende Wirkung des Art. 106 GG aufgeweicht. Denn eine Steuer muss eben dem „Typus“, dem überkommenen Bild von dieser Steuer entsprechen; aber es müssen nicht immer alle Merkmale des Steuertypus vorliegen.

Trotz seiner grundsätzlichen Ablehnung einer Befugnis, Steuern jenseits des in Art. 106 GG aufgeführten Katalogs zu erfinden, hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber damit doch eine nicht unerhebliche Flexibilität in der Erfassung von Steuergegenständen eingeräumt.

So entspricht zwar eine *Kernbrennstoffsteuer*, die entsteht, wenn ein Brennelement erstmals in einen Kernreaktor eingesetzt wird, *nicht* dem „Typus“ der „*Verbrauchssteuer*“: Kernbrennstoff ist kein verbrauchsfähiges Gut, für das der Endverbraucher im Sinne des herkömmlichen Verbrauchsteuerbegriffes sein Einkommen zur Befriedigung eines privaten Bedarfs verwendet. Der Bund konnte also eine solche Steuer nicht erfinden, weil Art. 106 GG für sie keine Verteilungsregel enthält.

Deutlich großzügiger zeigte sich das Bundesverfassungsgericht hingegen jüngst bei der Überprüfung der Übernachtungssteuern anhand des Begriffs der Aufwandsteuer. Bis zu dieser Entscheidung gingen Wissenschaft und höchstrichterliche Rechtsprechung noch einhellig davon aus, dass der Typus der Aufwandsteuer dadurch geprägt ist, dass sie nicht die Einkommenserzielung, sondern die Einkommensverwendung für den persönlichen Lebensbedarf erfasst, in der die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen zum Ausdruck kommt.³⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat demgegenüber – ohne dass dies durch den Streitgegenstand überhaupt geboten gewesen wäre – angeregt, dass der Typus der Aufwandsteuer durchaus auch Aufwendungen im Zusammenhang mit der Einkommenserzielung – im konkreten Fall also berufliche Übernachtungen – erfassen kann.³⁸

Die Umwidmung der in Art. 106 GG enthaltenen Steuerarten von zu definierenden Tatbestandsmerkmalen zu Typusbegriffen lädt den jeweiligen Gesetzgeber bei der Inanspruchnahme von Gesetzgebungskompetenzen zu einer Erprobung verfassungsrechtlicher Grenzen der Flexibilität ein. Die Feststellung, dass eine bestimmte Steuer lediglich einem Typusbegriff entsprechen muss, führt bereits zu einer nicht unerheblichen Flexibilisierung der Steuerverfassung nicht nur im Zugriff auf den Steuerpflichtigen, sondern auch im Hinblick auf die Verteilung des Aufkommens zwischen Bund und Ländern. Denn wer einen Typusbegriff ausdehnen kann, verbei-

31 BVerfGE 105, 185 (192 ff.); hierzu *Becker*, DV 35 (2002), 1 ff.

32 BVerfGE 105, 185 (Ls., 194).

33 BVerfGE 105, 185 (194 f.).

34 BVerfGE 145, 171 (195 ff.); aus der Literatur siehe *Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band III, 7. Aufl. 2018, Art. 106 Rn. 17 ff.; *Seiler*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 74. Ergänzungslieferung 2015, Art. 105 Rn. 121 ff., jeweils m.w.N.

35 Vgl. BVerfGE 145, 171 (194).

36 BVerfGE 145, 171 (193).

37 Vgl. BVerfGE 16, 64 (74); 65, 325 (345 ff.); s.a. BVerfGE 123, 1 (15); BVerwGE 143, 301 (303 ff.); aus der Literatur *Becker*, FS Schmidt-Jortzig, 2011, 251 (255 ff.) m.w.N.

38 BVerfG, NVwZ 2022, 1038 (1040 Rn. 79 ff.).

tert damit auch das aus dieser gesteuerten Quelle herrührende Aufkommen.

5. Ausdrückliche Flexibilitätsreserven in der Aufkommensverteilung

Allerdings enthält die Finanzverfassung auch *ausdrückliche* Flexibilitätsreserven. Dies gilt insbesondere für die Verteilung der Umsatzsteuer zwischen Bund und Ländern sowie – im Rahmen des neuen Länderfinanzausgleichs – für die Verteilung des entsprechenden Länderanteils auf die einzelnen Empfänger.

Anders als bei der statischen Verteilung von Einkommens- und Körperschaftsteuer (vgl. Art. 106 Abs. 3 S. 2 GG) sieht das Grundgesetz für die Umsatzsteuer keinen verfassungsfesten Verteilungsschlüssel zwischen Bund und Ländern vor, sondern weist diese Entscheidung vielmehr dem einfachen Bundesgesetzgeber zu (Art. 106 Abs. 3 Satz 3 GG).

Auf diese Weise bildet die Verteilung der Umsatzsteuer eine Flexibilitätsreserve zur Reaktion auf unterschiedliche Entwicklungen von Einnahmen und Finanzbedarf bei den Gebietskörperschaften. Allerdings gibt die Verfassung dem Gesetzgeber materielle Vorgaben für die Festlegung der Verteilung an die Hand (Art. 106 Abs. 3 Satz 4 Nr. 1 und 2 GG). Diese Vorgaben sollen sicherstellen, dass insbesondere die jeweiligen gleichberechtigten Ansprüche von Bund und Ländern auf ausreichende Finanzausstattung für die Erfüllung ihrer notwendigen Aufgaben gewährleistet bleiben.

Da Einnahmen, Ausgaben und Aufgaben der Gebietskörperschaften typischerweise einer dynamischen Entwicklung unterliegen, soll aber eine einmal festgelegte Aufteilung der Umsatzsteuer nicht für alle Ewigkeit gelten. Dementsprechend sieht Art. 106 Abs. 4 Satz 1 GG die Möglichkeit einer Revision der Verteilung vor, bei der die genannten Maßgaben erneut zu berücksichtigen sind. Wenn sich „das Verhältnis zwischen den Einnahmen und Ausgaben des Bundes und der Länder wesentlich anders entwickelt“, führt dies zu einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung, das Umsatzsteueraufkommen zwischen Bund und Ländern neu aufzuteilen.

Auch die Verteilung des Länderanteils an der Umsatzsteuer auf die einzelnen Länder weist eine nicht unerhebliche, wenn auch ebenfalls verfassungsrechtlich domestizierte Flexibilität auf. Nach der Abschaffung des sehr streitanfälligen alten sekundären Länderfinanzausgleichs (Art. 107 Abs. 2 GG a.F.) werden heute die Unterschiede in der Leistungsfähigkeit zwischen den einzelnen Ländern nicht mehr durch Zuweisungen der Reichen an die Armen ausgeglichen. Vielmehr wird der gesamte Länderanteil an der Umsatzsteuer grundsätzlich nach Maßgabe der Einwohnerzahl verteilt, aber dann durch Zu- und Abschläge gemäß der jeweiligen Finanzkraft modifiziert.

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht deutlich gemacht, dass es auch hier dem politischen Prozess nicht immer großes Vertrauen schenkt und deswegen – „unabhängig von wechselnden Ausgleichsbedürfnissen und von konkreten Zuteilungs- und Ausgleichssummen“ – den eigentlichen Verteilungsentscheidungen die Bestimmung „langfristig anwendbare(r) Maßstäbe“ vorauszuschicken ist, „aus denen dann die konkreten, in Zahlen gefassten Zuteilungs- und Ausgleichsfolgen abgeleitet werden können.“³⁹

Das Spannungsverhältnis zwischen Stabilität und Flexibilität wird auf diese Weise prozessual durch „eine gesetzliche

Maßstabgebung, die den rechtsstaatlichen Auftrag eines gesetzlichen Vorgriffs in die Zukunft hat“ aufgelöst, so dass „die Maßstäbe der Steuerzuteilung und des Finanzausgleichs bereits gebildet sind, bevor deren spätere Wirkungen konkret bekannt werden.“⁴⁰

Dies war die Geburtsstunde des Maßstäbengesetzes,⁴¹ das dem konkreten Finanzausgleichsgesetz⁴² vorgelagert ist.

V. Anspruch auf Mindestausstattung

1. Länder

Auch wenn die entscheidenden gesetzlichen Regelungen des primären sowie des sekundären Finanzausgleichs im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben durch ein Bundesgesetz vorgenommen werden, bedarf dieses doch der Zustimmung des Bundesrats. Hieraus ergibt sich, dass die Länder nicht nur aufgrund der materiellen verfassungsrechtlichen Vorgaben, sondern auch wegen ihrer Möglichkeit zur Blockade entsprechender Regelungen über eine erhebliche Vetoposition verfügen, um sicherzustellen, dass sie aufgabenadäquat finanziert sind.

Im Übrigen verfügen sie nach Art. 106 Abs. 2 GG über allein ihnen zugewiesene Steuerquellen und sie können auch jenseits der typischerweise an die kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften weitergereichten Gesetzgebungsbefugnisse im Bereich der örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern⁴³ noch auf Steuergesetzgebungskompetenzen zurückgreifen, die der Bund noch nicht aufgrund seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz in Anspruch genommen hat.

Die materiellen Vorgaben für die Aufkommensverteilung zwischen Bund und Ländern, innerhalb der Gruppe der Länder sowie für den Länderfinanzausgleich stellen gemeinsam mit den den Ländern zustehenden steuerlichen Gesetzgebungskompetenzen deren auskömmliche Finanzierung weitgehend sicher. Dies gilt zumindest soweit sie willens und in der Lage sind, ihre Ansprüche im politischen wie im verfassungsrechtlichen Prozess durchzusetzen.

2. Kommunale Selbstverwaltungskörperschaften

Die kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften sind in dieser Hinsicht in einer deutlich weniger komfortablen Position.

a) Die kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften in der Finanzverfassung

Die Finanzverfassung versteht sie im Sinne einer grundsätzlichen Zweistufigkeit des Bundesstaats als Teile der Länder (vgl. Art. 106 Abs. 9 GG)⁴⁴ und berücksichtigt sie zum Schutze der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie mit einzelnen direkten Ansprüchen und Berechtigungen.

Der Garantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG sind aber – außer den dort genannten Hebesatzbefugnissen – weder auto-

40 BVerfGE 101, 158 (217).

41 Gesetz über verfassungskonkretisierende allgemeine Maßstäbe für die Verteilung des Umsatzsteueraufkommens, für den Finanzkraftausgleich sowie für die Gewährung von Bundesergänzungszuweisungen (Maßstäbengesetz – MaßstG) vom 9. September 2001, BGBl. I S. 2302.

42 Gesetz über den Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern (Finanzausgleichsgesetz – FAG) vom 20. Dezember 2001, BGBl. I S. 3955.

43 Vgl. z.B. § 3 KAG SH.

44 BVerfGE 39, 96 (109); Heintzen, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band II, 7 Aufl. 2021, Art. 106 Rn. 3.

39 BVerfGE 101, 158 (215).

me Steuererhebungs Kompetenzen noch bestimmte Anteile an dem Steueraufkommen unmittelbar zu entnehmen. Dies ist der Finanzverfassung vorbehalten. Hier beteiligt Art. 106 Abs. 5 bis 8 GG die Gemeinden durch die Erschließung oder Eröffnung eigener Steuerquellen und -anteile an bestimmten Steuerarten.

Somit gibt das Grundgesetz zwar vor, aus welchen Steuerquellen sich die Finanzierung der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften jeweils speist. Über die Relation zwischen finanzieller Ausstattung und zu erfüllenden Aufgaben wird hier allerdings noch keine ausdrückliche Aussage getroffen.

b) Die Ableitung aus dem Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie

Zu dem bundes- wie landesverfassungsrechtlich gewährleisteten Recht der kommunalen Selbstverwaltung gehört aber nach allgemeiner Ansicht in Literatur und Rechtsprechung (unter Einschluss des Bundesverwaltungsgerichts⁴⁵ sowie einiger Landesverfassungsgerichte,⁴⁶ aber bei Schweigen des Bundesverfassungsgerichts⁴⁷ auch ein über die unmittelbare Zuordnung des Aufkommens einzelner Steuerarten hinausgehender Anspruch auf eine angemessene Finanzausstattung. Das Bundesverfassungsgericht erkennt indes zumindest an, „dass zwischen der Zuweisung von Aufgaben und der Zuweisung von Finanzmitteln ein Konnex besteht. Insoweit liegt ihm die Vorstellung einer aufgabengerechten kommunalen Finanzausstattung zugrunde.“⁴⁸

Ebenso wie mit Blick auf die Selbstverwaltungsgarantie im Allgemeinen existiert auch bei deren auf die Finanzausstattung bezogener Komponente ein unantastbarer Kernbereich, in den gesetzgeberische Eingriffe nicht zu rechtfertigen sind und die daher ohne Weiteres gegen die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung verstoßen.⁴⁹

Die finanzielle Komponente der Selbstverwaltungsgarantie gewährleistet den Selbstverwaltungskörperschaften in ihrem Kernbereich ein Maß an Ausstattung, das ihnen die Erfüllung aller ihrer Pflichtaufgaben und eines Mindestmaßes freiwilliger Aufgaben ermöglicht, da ansonsten von einer kommunalen Selbstverwaltung im eigentlichen Sinne nicht mehr die Rede sein kann.⁵⁰

Eine Verletzung des unantastbaren Kernbereichs der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie ist anzunehmen, wenn die „freie Spitze“ – mithin der Teil der Finanzmittel, der für die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben aufgewendet werden kann – einen gewissen, im Einzelnen hinsichtlich seiner Höhe umstrittenen Anteil an der gesamten Finanzausstattung nicht überschreitet.⁵¹

45 BVerwGE 106, 280 (287); 127, 155 (157); BVerwG, NVwZ 2013, 1078 (1078 Rn. 11 ff.).

46 RhPfVerfGH, NVwZ 2012, 1034 (1035); ThürVerfGH, NVwZ-RR 2005, 665 (667 f.); ThürVerfGH, KommJur 2012, 14 (17 f.); HessStGH, NVwZ 2013, 1151 (1152).

47 Vgl. zuletzt BVerfGE 155, 310 (333): „manches ungeklärt“

48 BVerfGE 155, 310 (333).

49 Vgl. BVerwGE 106, 280 (287); RhPfVerfGH, NVwZ 2012, 1034 (1034); HessStGH, NVwZ 2013, 1151 (1152); ThürVerfGH, KommJur 2012, 14 (17); Schwarz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band II, 7. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 247.

50 Vgl. BVerwGE 106, 280 (287); RhPfVerfGH, NVwZ 2012, 1034 (1035); Schwarz, KommJur 2020, 45 (47).

51 ThürVerfGH, NVwZ-RR 2005, 665 (667 f.); ThürVerfGH, KommJur 2012, 14 (17 f.); Brünig, LKV 2019, 529 (530); Dreier, in: ders., Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 28 Rn. 146; Hellermann, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 52. Edition 2022, Art. 28 Rn. 54.1; Schwarz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band II, 7. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 247 f.

c) Die Verantwortung des Landes

Die verfassungsrechtliche Verantwortung für die Angemessenheit der finanziellen Ausstattung aller kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften trägt allein das jeweilige Land.⁵² Dies ist die Kehrseite der staatsorganisatorischen Integration der Selbstverwaltungskörperschaften in die Gliedstaaten.⁵³ Diese Verantwortung des Landes verschiebt und relativiert sich auch dann nicht, wenn bestimmte Lasten der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften durch Bundesgesetz ausgelöst werden.⁵⁴

d) Leistungsfähigkeitsvorbehalt und Verteilungssymmetrie

Die Verfassung Schleswig-Holsteins scheint diese Verantwortung kontextualisieren, wenn nicht gar relativieren zu wollen, da sie die Verpflichtung des Landes gegenüber den kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften unter den Vorbehalt der finanziellen Leistungsfähigkeit des Landes stellt und damit auf den Grundsatz der Verteilungssymmetrie im Sinne einer Verteilungsgerechtigkeit zwischen Land und Selbstverwaltungskörperschaften rekurriert.⁵⁵ Dies scheint dem Landesgesetzgeber die Option zu eröffnen, eine Unterfinanzierung der Gemeinden mit Hinweis darauf zu rechtfertigen, dass auch die Haushaltslage des Landes notleidend ist.

Zumindest aus der Sicht des Grundgesetzes besteht die Gewährleistung der finanziellen Mindestausstattung der Kommunen leistungskraftunabhängig und bestimmt sich allein nach Kostenbelastung sowie Finanzkraft der Kommunen.⁵⁶

Sollte das Land sich wegen mangelnder eigener Leistungsfähigkeit zur Befriedigung des kommunalen Mindestbedarfs außerstande sehen, stehen ihm – anders als den kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften selbst – Möglichkeiten zu Gebote, deren finanzielle Lasten durch eine Verringerung von Aufgaben oder Herabsetzung von Standards zu mildern.⁵⁷ Eine unmittelbare Übertragung von Aufgaben durch den Bund kommt aufgrund von Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG ja ohnehin nicht mehr infrage und die Länder müssen aufgrund ihrer Landesverfassungen die Übertragung neuer Aufgaben regelmäßig finanziell kompensieren (vgl. z.B. Art. 57 Abs. 2 LVerf SH). Beides schützt die Selbstverwaltungskörperschaften allerdings nicht vor der Überforderung durch bestehende Aufgaben.

Erst im Randbereich der Selbstverwaltungsgarantie kann der Landesgesetzgeber den in Art. 57 Abs. 1 LVerf SH zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Verteilungssymmetrie anwenden, um die Einbindung der kommunalen Finanzausstattung in die finanzielle Gesamtsituation aller öffentlichen Haushalte des Landes zu unterstreichen.⁵⁸

52 BVerfGE 26, 172 (181); Becker/Brünig, Öffentliches Recht in Schleswig-Holstein, 2. Aufl. 2022, § 3 Rn. 61; Mehde, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 67. Ergänzungslieferung 2012, Art. 28 Rn. 85.

53 BVerfGE 86, 148 (218 f.); Inhester, Kommunaler Finanzausgleich im Rahmen der Staatsverfassung, 1998, S. 88 f., 124 f.; st. Rspr. der Landesverfassungsgerichte, siehe z.B. ThürVerfGH, NVwZ-RR 2005, 665 (666); HessStGH, NVwZ 2013, 1151 (1152).

54 RhPfVerfGH, NVwZ 2012, 1034 (1036).

55 So noch Änderungsantrag der Fraktion von CDU, SPD, FDP BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und SSW zum Gesetzentwurf zur Änderung der Landesverfassung Drucksache 17/193, LT-Drs. 17/516, S. 2 f.

56 ThürVerfGH, NVwZ-RR 2005, 665 (668); ThürVerfGH, KommJur 2012, 14 (17 f.).

57 Henneke, Kommunale Finanzgarantien in der Rechtsprechung, in: ders./Pünder/Waldhoff, Recht der Kommunalfinanzen, 2006, S. 443 ff. (485 m.w.N.).

58 ThürVerfGH, NVwZ-RR 2005, 665 (668).

Wollte man den Leistungsfähigkeitsvorbehalt hingegen strikt auf die bundesverfassungsrechtlich abzuleitende Garantie einer finanziellen Mindestausstattung und damit den Kernbereich von Art. 28 Abs. 2 GG beziehen, verstößt die Landesverfassungsrechtliche Norm in dieser Hinsicht schlicht und ergreifend gegen höherrangiges Bundesverfassungsrecht.⁵⁹

VI. Fazit

Die Finanzverfassung des Grundgesetzes konstituiert einen Steuerstaat. Ihre Regelungen zur Verteilung des erzielten Steueraufkommens oszillieren dabei zwischen Strenge und Flexibilität, um auf diese Weise eine aufgabenadäquate Finanzausstattung der verschiedenen staatlichen Ebenen zu gewährleisten.

Nur diejenigen Gebietskörperschaften, die auf die typischerweise im Rahmen der Verfassung einfachgesetzlich getroffenen Verteilungsentscheidungen selbst maßgeblich einwirken können, bedürfen dabei keines absoluten Schutzes ihrer Finanzausstattung.

59 Lange, DVBl. 2015, 457 (459 f.).

Dies gilt nicht für die kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften, die als staatsorganisatorischer Teil ihres Landes nur in Randbereichen der Finanzverfassung erwähnt werden und als Adressaten verschiedenster staatlicher Handlungsaufträge durch eine Garantie finanzieller Mindestausstattung geschützt werden müssen. Die Notwendigkeit eines solchen Schutzes wird noch dringlicher, wenn man sich vor Augen führt, dass der allergrößte Teil der für den Bürger sichtbaren Verwaltung kommunalen Herkommens ist und dennoch – oder vielleicht auch: deswegen – bundesweit viele kommunale Selbstverwaltungskörperschaften strukturell überschuldet sind.⁶⁰

Dies alles macht deutlich, dass die Finanzverfassung des Grundgesetzes ein komplexes System mit vielen beweglichen Elementen darstellt, eine aufgabenadäquate Finanzausstattung zugunsten Dritter, nicht an der Verteilungsentscheidung aktiv Beteiligter bislang aber immer noch nicht allenthalben so recht gelingen mag.

60 Siehe zu den Schulden der Gemeinden und Gemeindeverbände die Statistik bei <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/2307/umfrage/schulden-der-gemeinden-nach-bundeslaendern/>.

Rechtsschutz: Kommunale Ansprüche auf hinreichende Finanzausstattung

Rechtsanwalt Dr. Dominik Lück, Potsdam*

I. Problemstellung

Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsgerichte der Länder haben sich vielfach zu kommunalen Ansprüchen auf hinreichende Finanzausstattung geäußert. Anlass hierzu waren Kommunalverfassungsbeschwerden von Gemeinden, Städten oder Landkreisen. In der Folge ist die aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG und den entsprechenden Regelungen der Landesverfassungen abgeleitete kommunale Finanzhoheit ganz wesentlich durch die Rechtsprechung geprägt.

Besondere Bedeutung haben dabei in den letzten Jahren die landesverfassungsrechtlichen Regelungen des Konnexitätsprinzips sowie dessen bundesverfassungsrechtliches Äquivalent, das Durchgriffsverbot des Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG gewonnen.

Doch gerade in Bezug auf diesen Themenkomplex und die damit einhergehenden Problemstellungen zeigen sich die praktischen Herausforderungen, die sich im Hinblick auf den Rechtsschutz durch die Kommunalverfassungsbeschwerde im Allgemeinen und in Bezug auf die Durchsetzung von kommunalen Ansprüchen auf hinreichende Finanzausstattung im Besonderen stellen.

Diesen Fragen widmet sich der nachstehende Beitrag. Nach einem Überblick über die verfassungsrechtlichen Grundlagen kommunaler Finanzausstattung und einer Erläuterung der durch die Kommunalverfassungsbeschwerde bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten geht er dabei auf zwei sich aktuell in der praktischen Anwendung von Konnexitätsprinzip

und Durchgriffsverbot stellenden Herausforderungen ein: Zum einen der Frage der Anforderungen an die vom Landesgesetzgeber durchzuführende Prognose in Hinblick auf den gebotenen Kostenausgleich, zum anderen dem Problem der bundesrechtlichen Änderung des kommunalen Aufgabenbestandes.

II. Verfassungsrechtliche Grundlagen kommunaler Finanzausstattung

Art. 28 Abs. 2 GG verbürgt Kreisen und Gemeinden das Recht auf Selbstverwaltung. Den Gemeinden muss damit das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Die Gewährleistung der Selbstverwaltung umfasst die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung, die sogenannte kommunale Finanzhoheit.

Die Selbstverwaltungsgarantie gewährleistet – nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹ – die Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung und unterwirft die Auferlegung neuer Aufgaben einem Rechtfertigungserfordernis. Dabei ist verfassungsrechtlich anerkannt, dass die Finanzhoheit der Kommunen das Recht zu einer eigenverantwortlichen Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft umfasst.²



* Der Autor ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner bei Dombert Rechtsanwälte Part mbB in Potsdam. Sein Tätigkeitsschwerpunkt liegt im Kommunalrecht einschließlich Fragen der Kommunalfinanzierung. Der Beitrag ist die ergänzte und mit Nachweisen versehene Version seines Vortrages im Rahmen des 24. Schleswiger Forum zum Öffentlichen Recht.

1 Statt vieler: BVerfG, B. v. 7.7.2020 – 2 BvR 696/12, juris.
2 Vgl. statt vieler st. Rspr. BVerfG, B. v. 7.7.2020 – 2 BvR 696/12, juris, Rn. 54 m.w.N.

Das bedeutet praktisch: Wenn die Kommune eigene Aufgaben nicht mehr wahrnehmen und mangels finanziellen Spielraums Prioritätsentscheidungen bezüglich der Aufgabenwahrnehmung nicht mehr treffen kann, ist der effektive Gewährleistungsbereich kommunaler Selbstverwaltung im Allgemeinen und der Finanzhoheit im Besonderen in unverhältnismäßiger Weise eingeschränkt.³

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht insoweit in seinem Beschluss zum kommunalen Bildungs- und Teilhabepaket vom 7.7.2020 festgestellt, dass noch ungeklärt sei, ob Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG den sachlichen Gewährleistungsbereich von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 GG erweitere oder zumindest materiell-rechtlich verstärke und ob eine angemessene Finanzausstattung oder jedenfalls eine finanzielle Mindestausstattung Teil kommunaler Finanzhoheit sei. Es geht aber gleichzeitig auch davon aus, dass sich Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG zumindest entnehmen lasse, dass zwischen der Zuweisung von Aufgaben und der Zuweisung von Finanzmitteln ein Konnex bestehe und ihm insoweit die Vorstellung einer aufgabengerechten kommunalen Finanzausstattung zugrunde liege.⁴

Damit ist ein Zusammenhang von Aufgabenwahrnehmung und Finanzausstattung höchstrichterlich festgestellt. Dieser wird durch das Bundesverfassungsgericht zudem noch weiter konkretisiert. So stellt es im Beschluss vom 7.7.2020 weiter fest, dass die landesverfassungsrechtlichen Garantien kommunaler Selbstverwaltung größtenteils einen Anspruch auf finanzielle Mindestausstattung verbürgen, der zum nicht weiter beschränkbareren Kern kommunaler Selbstverwaltung gerechnet werde. Demgegenüber sei bei den darüber hinaus gehenden Vorgaben der Landesverfassungen zur angemessenen Finanzausstattung der Kommunen und dem Grundsatz der Konnexität durchaus eine Divergenz festzustellen.⁵ So werde jedenfalls überwiegend angenommen, dass für die Wahrnehmung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben eine sogenannte freie Spitze verbleiben müsse, solle die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nicht ausgehöhlt werden.⁶ Auf diese Weise solle sichergestellt werden, dass die Kommunen zusätzliche freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben in einem bescheidenen, aber doch merklichen Umfang wahrnehmen könnten.⁷

Der Beschluss zum kommunalen Bildungs- und Teilhabepaket ist aber darüber hinaus in Bezug auf das Selbstverwaltungsrecht noch in anderer Hinsicht von erfreulicher Klarheit. Schließlich stellt das Bundesverfassungsgericht auch fest, dass Art. 28 Abs. 2 GG überdies die Kommunen vor einer Aufgabenzuweisung schützt.⁸ Insoweit formuliert es wörtlich: „Die Kommunen müssen die Erledigung neu zugewiesener Aufgaben innerhalb ihrer Verwaltung organisieren und hierfür die notwendigen finanziellen und personellen Ressourcen bereit-

stellen. Das kann mit der Gefahr einhergehen, dass für die Wahrnehmung freiwilliger Aufgaben Ressourcen nicht mehr in ausreichendem Umfang zur Verfügung stehen.“⁹ Tendenziell ist die Zuweisung einer neuen Aufgabe an die Kommunen daher geeignet, die Übernahme, die Beibehaltung und den Ausbau bestehender freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben zu erschweren oder gar zu verhindern.“^{10, 11}

Kommunale Ansprüche auf hinreichende Finanzausstattung sind jedoch nicht auf diese – im Einzelfall dennoch möglicherweise nur schwer greifbare und durchsetzbare – Garantien begrenzt.

III. Die Aufgaben landesverfassungsrechtlicher Regelungen des Konnexitätsprinzips und des Durchgriffsverbots nach Art 84 Abs. 1 S. 7 GG

Sowohl das Landesverfassungsrecht als auch das Grundgesetz schützen Kommunen über Art. 28 Abs. 2 GG hinaus im Hinblick auf die Zuweisung neuer Aufgaben.

1. Konnexitätsprinzip

Zum einen treffen mittlerweile alle Landesverfassungen der Flächenstaaten Regelungen zum sog. Konnexitätsprinzip.

Landesverfassungsrechtliche Konnexitätsprinzipien regeln dabei, dass die gemeindliche Verpflichtung zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben des Landes nur zulässig ist, sofern dabei Bestimmungen über die Deckung der Kosten getroffen worden sind. Das Konnexitätsprinzip verpflichtet damit die Länder, eine entsprechende eigene finanzielle Kostenlast zu tragen, wenn es den Kommunen die Erfüllung (landeseigener) Aufgaben überträgt oder diese zu einer Aufgabenerfüllung verpflichtet.

Die Regelung des finanziellen Ausgleichs ist dabei regelmäßig in einem engen zeitlichen sachlichen und rechtlichen Zusammenhang zur Aufgabenübertragung zu treffen.

In materieller Hinsicht unterscheiden sich die Konnexitätsprinzipien der Länder: Während in Ländern mit einem strikten Konnexitätsprinzip – wie in Art. 57 Abs. 2 LV Schleswig-Holstein – normiert ist, dass der Landesgesetzgeber eine Mehrbelastung der Kommunen „entsprechend“ finanziell auszugleichen hat, ist in Ländern (etwa Art. 87 Abs. 3 S. 3 LVerf LSA) mit einem relativen Konnexitätsprinzip lediglich ein „angemessener“ Kostenausgleich zu gewähren.

In allen Ländern stellt sich dabei die Frage nach den rechtlichen Anforderungen an eine tragfähige Prognose – hierzu später mehr. In Bezug auf die Länder mit dem relativen Konnexitätsprinzip kommt allerdings hinzu, dass den Kommunen verfassungsrechtlich von vornherein kein voller Kostenersatz zusteht.¹²

Dabei ist es nach Ansicht der Landesverfassungsgerichte bei einem relativen Konnexitätsprinzip verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn den Kommunen eine Interessenquote bei der Kostendeckung verbleibt.¹³ Praktisch bedeutet dies, dass der Landesgesetzgeber bei seiner Beurteilung was angemessen ist, berücksichtigen darf, mit welcher Quote das

³ Vgl. statt vieler st. Rspr. BVerfG, B. v. 7.7.2020 – 2 BvR 696/12, juris, Rn. 54 m.w.N.

⁴ BVerfG, B. v. 7.7.2020 – 2 BvR 696/12, juris, Rn. 54 unter Verweis auf Schwarz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 244 f., 247.

⁵ Vgl. nur BVerwG, U. v. 30.1.2013, BeckRS 2013, 18194; BVerwG, U. v. 29.5.2019 – 10 C 6/18, juris Rn. 13; StGH BW, U. v. 10.5.1999 – 2/97, juris Rn. 86 ff.

⁶ Vgl. BayVerfGH, E. v. 28.11.2007 – Vf. 15-VII-05, juris Rn. 217; LVerfG M-V, U. v. 30.6.2011 – 10/10, juris Rn. 77; ThürVerfGH, U. v. 12.10.2004 – 16/02, juris Rn 87; Volkmann, DÖV 2001, S. 497, 501.

⁷ Vgl. BVerwG, U. v. 30.1.2013, BeckRS 2013, 18194; LVerfG M-V, U. v. 26.1.2012 – 33/10, juris Rn. 101; ThürVerfGH, U. v. 18.3.2010 – 52/08, juris Rn. 33 f.

⁸ Vgl. statt vieler st. Rspr. BVerfG, B. v. 7.7.2020 – 2 BvR 696/12, juris Rn. 58 m.w.N.

⁹ Brüning, JURA 2015, 592, 597; Schoch, DVBI 2016, 1007, 1009.

¹⁰ Vgl. Mehde, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 100; Schwarz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 231.

¹¹ BVerfG, B. v. 07.07.2020 – 2 BvR 696/12, juris Rn. 54.

¹² Vgl. insoweit zuletzt LVerfG LSA, U. v. 19.7.2022 – LVG 44/21, juris Rn. 70.

¹³ LVerfG LSA, U. v. 19.7.2022 – LVG 44/21, juris Rn. 70.

Interesse der Kommune zu bewerten ist, die ihr übertragene Aufgabe eigenständig wahrnehmen zu können.

Mit anderen Worten: Ist eine Aufgabenwahrnehmung für die Kommune besonders attraktiv, kann ihr eine höhere Eigenbeteiligung an den Kosten zugemutet werden. Verfassungsgerichtlich ist dann nur noch zu beurteilen, ob der jeweilige Landesgesetzgeber diese Interessenquote verhältnismäßig gebildet hat.

In der landesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung wird allerdings zum Teil unterschiedlich beurteilt, wann das Konnexitätsprinzip greift: Die überwiegende Zahl der Landesverfassungsgerichte geht – dem Urteil des Verfassungsgerichtshof NRW vom 9.12.2014¹⁴ folgend – davon aus, dass eine konnexitätsrelevante Verpflichtung nicht vorliegt, wenn die geltend gemachte Aufgabenerweiterung nicht (unmittelbar) durch ein Landesgesetz bewirkt worden ist, also der Landesgesetzgeber selbst untätig geblieben ist.¹⁵

Andere Landesverfassungsgerichte – wie etwa Brandenburg – gehen davon aus, dass das Konnexitätsprinzip auch dann Anwendung findet, wenn der Landesgesetzgeber selbst untätig bleibt, aber sich durch Bundesrecht der Aufgabenstandard der Kommunen erhöht.¹⁶ Darauf, welche Problemstellungen sich hieraus ergeben, geht der Beitrag später ein.

2. Durchgriffsverbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG

Bundesverfassungsrechtlich gilt seit der Föderalismusreform I aus dem Jahr 2006 das Durchgriffsverbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG. Die Regelung lautet: „Durch Bundesgesetz dürfen Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben nicht übertragen werden.“ Sie normiert damit ein Verbot der direkten Aufgabenzuweisungen des Bundes an die kommunale Ebene (sog. „striktes Durchgriffsverbot“).

Literatur und Rechtsprechung verstehen Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG als Konkretisierung des Art. 28 Abs. 2 S. 1 und S. 3 GG und sehen den Schutzzweck des Durchgriffsverbotes primär darin, dass die kommunale Finanzausstattung und die Selbstverwaltungshoheit der Kommunen geschützt werden.¹⁷

Die Regelung beruht dabei auf einer Empfehlung der Föderalismuskommission. Nach deren Ansicht sollte es zukünftig den Ländern vorbehalten sein, zu bestimmen, wer Aufgabenträger für eine bundesrechtlich geregelte Sachaufgabe ist. Damit war das Ziel verbunden, dass auch bei einer bundesrechtlichen Aufgabenfestlegung das jeweilige landesrechtliche Konnexitätsprinzip greift und die Länder zum Ausgleich einer Mehrbelastung der Kommunen verpflichtet werden.¹⁸

Der Gesetzgeber ist diesem Votum der Föderalismuskommission gefolgt. Dabei formulierte die damalige Bundeskanzlerin in der parlamentarischen Debatte folgende Hoffnung: „In besonderem Maße werden die Kommunen von dieser Föderalismusreform profitieren; denn es wird jetzt festgeschrieben, dass Aufgaben nicht mehr durch Bundesgesetz auf die kommunale Ebene übertragen werden dürfen. Das hat zur Folge, dass dies durch die Länder geschehen muss, die hoffentlich dem Konnexitätsprinzip nicht nur prinzipiell, sondern

auch faktisch verpflichtet sind. Das heißt, dass die Kommunen finanziell so ausgestattet werden, wie es notwendig ist.“¹⁹

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zum kommunalen Bildungs- und Teilhabepaket diese Zielsetzung bestätigt und zum Ausdruck gebracht, dass die Regelung des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG zum Schutz der kommunalen Selbstverwaltung weit auszulegen ist.²⁰ Denn nur durch eine extensive Auslegung könne die ratio der Vorschrift hinreichend Wirkung und die tatsächlich gewollte Schutzwirkung zu Gunsten der Kommunen entfalten.

Schließlich formulierte das Bundesverfassungsgericht wörtlich, dass das Durchgriffsverbot vor allem der Stärkung und Absicherung der kommunalen Finanzhoheit dienen solle.²¹ Weiter stellte es fest, dass Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG der Sache nach damit die Anwendbarkeit der landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsregelungen auch bei der Vollziehung von Bundesgesetzen durch die Kommunen sicherstelle und auf diese Weise zugleich die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG schlechthin schütze.²²

IV. Rechtsschutz durch die Kommunalverfassungsbeschwerde

Statthafter Rechtsbehelf für die Geltendmachung von kommunalen Ansprüchen auf hinreichende Finanzausstattung ist die Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, §§ 91 ff BVerfGG, die in den Landesverfassungen und Verfassungsgerichtsgesetzen der Flächenstaaten eine Entsprechung findet.

Dabei ist jedoch klarzustellen, dass mit einer Kommunalverfassungsbeschwerde in keinem Fall – im Sinne einer Leistungsklage – erreicht wird, dass eine Kommune einen angemessenen Ausgleich in Hinblick auf die ihr übertragenen Aufgaben erhält.

Durch die Kommunalverfassungsbeschwerde kann immer nur festgestellt werden, dass die getroffenen – oder auch nicht getroffenen – landesrechtlichen Regelungen gegen die Vorgaben des jeweiligen Landes-Konnexitätsprinzips verstoßen bzw. bundesgesetzliche Regelungen unzulässige Aufgabenzuweisungen an die Kommunen darstellen. Mit anderen Worten: Die Kommunalverfassungsbeschwerde ist zwar das entscheidende Schutzinstrumentarium für die kommunale Selbstverwaltung, insbesondere in Bezug auf die Finanzausstattung.²³ Ihr Anwendungsbereich ist aber von vornherein beschränkt.

Dies gilt auch deshalb, weil ihr Beschwerdegegenstand auf Gesetze beschränkt ist und Kommunen nicht die Möglichkeit haben, sich gegen sie belastende letztinstanzliche Urteile zu wenden. Wird also der der jeweiligen Kommune zustehende Kostenausgleich auf Grundlage einer gesetzlichen Regelung durch die zuständige Landesbehörde durch Verwaltungsakt festgesetzt, steht den Kommunen hiergegen zwar der Verwaltungsrechtsweg offen. Sie können die zu niedrige und deshalb möglicherweise rechtswidrige Festsetzung im Verwaltungsakt vor den Verwaltungsgerichten rügen, aber die Entscheidung eines Oberverwaltungsgerichtes nicht durch das Landesverfassungsgericht überprüfen lassen.

¹⁴ VerfGH NRW, U. v. 9.12.2014 – 11/13, juris Rn. 80 ff.

¹⁵ VerfGH RP, DVBl. 2015, 1581; LVerfG LSA, U. v. 25.2.2020 – LVG 5/18, juris Rn. 62; LVerfG M-V, U. v. 19.8.2021 – LVerfG 2/19, 3/19, 1/20, juris Rn. 85.

¹⁶ VerfG Bbg, U. v. 30.4.2013 – 49/11, juris Rn. 75.

¹⁷ BVerfG, B. v. 07.07.2020 – 2 BvR 696/12, juris Rn. 59 ff.; Koriath, NVwZ 2005, 503, 508; Engelken, ZKJ 2012, 478.

¹⁸ Schön, in: Wiesner/Wapler, SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, 6. Auflage 2022, § 69, Rn. 5 unter Verweis auf: Koriath, NVwZ 2005, 503 (508); Engelken, ZKJ 2012, 478.

¹⁹ BT-Plenardebatte 16/44 vom 30.6.2006, S. 4258

²⁰ BVerfG, B. v. 7.7.2020 – 2 BvR 696/12, juris Rn. 59 ff.

²¹ BVerfG, B. v. 7.7.2020 – 2 BvR 696/12, juris Rn. 33 m.w.N

²² BVerfG, B. v. 7.7.2020 – 2 BvR 696/12, juris Rn. 67 m.w.N

²³ Hierzu ausführlich: Lück, Der Beitrag der Kommunalverfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, §§ 91 ff. BVerfGG zum Schutz kommunaler Selbstverwaltung, 2013.

Vielmehr sind die Kommunen stets gehalten, innerhalb Jahresfrist mit der Kommunalverfassungsbeschwerde das den Kostenausgleich regelnde Gesetz anzugreifen, obwohl sich innerhalb dieser Frist die tatsächlichen und finanziellen Auswirkungen der Aufgabenübertragung möglicherweise in der Praxis noch gar nicht gezeigt haben.

Angesichts der hohen Anforderungen, die die Verfassungsgerichte an die Darlegung der Beschwerdebefugnis der Kommunalverfassungsbeschwerde stellen,²⁴ ist dies ein nicht unerhebliches Problem für die Durchsetzung der kommunalen Ansprüche auf hinreichende Finanzausstattung. Schließlich verlangt etwa das Landesverfassungsgericht Sachsen-Anhalt, dass die Beschwerdeführer darlegen, worin im Vergleich zur bisherigen Rechtslage die Verpflichtung zur Erfüllung neuer Aufgaben konkret liegt und in welchem Umfang die Aufgaben zu einer Mehrbelastung führen, für die kein verfassungsgemäßer finanzieller Ausgleich geschaffen worden sei.²⁵

Hinzu kommt, dass im Einzelfall abzugrenzen ist, welches Gericht zuständig ist.

Faustformelartig kann festgehalten werden, dass die Landesverfassungsgerichte dann zuständig sind, wenn der Mangel an Finanzausstattung aus einer landesrechtlichen Regelung herrührt, d.h. die Verletzung des Konnexitätsprinzips gerügt wird. Das Bundesverfassungsgericht ist hingegen zuständig, wenn gerügt wird, dass der Bundesgesetzgeber gegen das Durchgriffsverbot verstoßen haben soll.

Andernfalls greift die Subsidiarität der Kommunalverfassungsbeschwerde, die vorsieht, dass sich Kommunen vorrangig an das Landesverfassungsgericht zu wenden haben, jedenfalls soweit eine Beschwerde wegen Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung nach dem Recht des Landes beim Landesverfassungsgericht erhoben werden kann. Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts immer auch dann der Fall, wenn die landesverfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung hinter dem Gewährleistungsniveau des Art. 28 Abs. 2 GG zurückbleibt.²⁶ Fraglich ist aber, ob dieser Gedanke auch dann greift, wenn das landesrechtliche Konnexitätsprinzip anders ausgelegt wird, als dies der verfassungsändernde Gesetzgeber in der Föderalismusreform I gehofft hatte?

V. Aktuelle Herausforderungen in der Praxis

Diese Frage leitet unmittelbar über auf zwei aktuelle Herausforderungen, die sich im Hinblick auf die Durchsetzung kommunaler Ansprüche auf hinreichende Finanzausstattung stellen.

a) Anforderungen an die vom Landesgesetzgeber zu treffende Prognose hinsichtlich des Kostenausgleichs

Unabhängig von der Art des landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzips ist vom jeweiligen Landesgesetzgeber stets eine Regelung zum Kostenausgleich zu treffen.

Anerkannt ist dabei, dass dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Methode zur Kostendeckung zusteht.²⁷ In der Folge gilt: Der Landesgesetzgeber ist nicht gehindert, ein Kostenerstattungskonzept zu verfolgen, das den Kommunen Anreize für eine sparsame Aufgaben-

wahrnehmung gibt und dadurch eine kostensenkende Wirkung hat. Er muss allerdings dafür sorgen, dass eine durchschnittliche Kommune die realistische Möglichkeit hat, durch zumutbare eigene Anstrengungen zum vollständigen Kostenausgleich zu kommen.²⁸

Dem Gesetzgeber ist es daher gestattet, ein Erstattungskonzept einzurichten, das über besondere Anreize für wirtschaftlichen und sparsamen Gesetzesvollzug eine kostensenkende Wirkung entfaltet.²⁹ Dagegen ist ein Erstattungssystem, das sich in der bloßen Festschreibung einer Eigenbeteiligung oder absoluter Obergrenzen erschöpft, unzulässig.³⁰

Da aber sowohl bei einer Aufgabenübertragung als auch beim Entzug einer kommunalen Einnahmequelle durch landesgesetzliche Regelungen kein Fall denkbar scheint, in dem die dadurch für die Kommunen entstehenden Kosten exakt vorhergesagt werden können, wird der Landesgesetzgeber immer eine Prognose anzustellen haben.

Dabei ist jeder Prognose immanent, dass sie ausgehend von Daten und Zahlen der Vergangenheit in die Zukunft gerichtet ist, sodass der Landesgesetzgeber über einen gewissen „Prognosespielraum“ verfügt.³¹ In der Folge ist er gehalten, eine auf vernünftigen Erwägungen beruhenden Schätzung durchzuführen.³² Eine lediglich grobe Schätzung der zukünftigen Mehrbelastung soll dagegen nicht genügen.

Doch was heißt das nun konkret? In der Praxis sehen sich sowohl der Landesgesetzgeber als auch die betroffenen Kommunen regelmäßig genau diesem Problem ausgesetzt. Freilich ist der Blickwinkel ein unterschiedlicher:

Der Landesgesetzgeber ist dabei – regelmäßig wird der entsprechende Gesetzentwurf ja nicht vom Landtag selbst, sondern dem jeweils zuständigen Ressort der Landesregierung vorbereitet – dem Konflikt ausgesetzt, dass im Landeshaushalt begrenzte Haushaltsmittel zur Verfügung stehen. Er steht deshalb unter dem Druck, „sparsam zu prognostizieren“

Er steht dabei Kommunen gegenüber, die zwar im Interesse geeint sind, möglichst einen maximalen Ausgleich zu erhalten, aber natürlich von der übertragenen Aufgabe bzw. der weggefallenen kommunalen Einnahmequelle völlig unterschiedlich betroffen sein können.

Um es anhand eines Beispiels zu verdeutlichen: Verschiedene Bundesländer haben in den letzten Jahren die Möglichkeit von Kommunen, Straßenausbaubeiträge zu erheben, abgeschafft und ergänzend den Kostenausgleich für die entzogene Einnahmequelle geregelt. Sie sahen sich dabei dem Problem ausgesetzt, dass es Städte und Gemeinden gibt, die in der Vergangenheit viel im Bereich des Straßenausbaus getan haben und für die Zukunft viele Straßenbaumaßnahmen planen. Gleichzeitig gibt es aber auch Gemeinden, bei denen das Gegenteil der Fall ist. Von der Abschaffung der Möglichkeit, Ausbaubeiträge zu erheben, sind die Kommunen deshalb höchst unterschiedlich betroffen.

Da es aber vor dem Hintergrund des interkommunalen Gleichbehandlungsgebots nicht zulässig ist, diese Unterschiedlichkeit der Kommunen genau so auch in der Ausgleichsregelung abzubilden, ist zwingend ein sachgerechter Maßstab zur Verteilung des Kostenersatzes zu finden. Da der Gesetzgeber dabei nicht gehalten ist, die bestmögliche oder

24 LVerfG LSA, U. v. 20.10.2015 – LVG 2/14, juris Rn. 77; LVerfG SH, U. v. 3.9.2012 – LVerfG 1/12, juris Rn. 30; LVerfG SH, B. v. 17.6.2016 – LVerfG 3/15, juris Rn. 22 m.w.N.

25 LVerfG LSA, U. v. 25.2.2020 – LVG 5/18, juris Rn. 54.

26 BVerfG, U. v. 21.11.2017 – 2 BvR 2177/16, juris LS 2.

27 Vgl. LVerfG LSA, U. v. 25.2.2020 – LVG 5/18, juris Rn. 70.

28 Vgl. LVerfG M-V, U. v. 17.6.2021 – 9/19, juris Rn. 67.

29 Vgl. LVerfG M-V, U. v. 17.6.2021 – 9/19, juris Rn. 68.

30 LVerfG Bbg, U. v. 14.2.2002 – juris LS 4, OS 6 b.

31 Vgl. LVerfG M-V, U. v. 17.6.2021 – 9/19, juris Rn. 68.

32 Vgl. LVerfG M-V, U. v. 17.6.2021 – 9/19, juris Rn. 68.

gerechteste Lösung zu wählen, ist verfassungsrechtlich auch ein pauschaler Ansatz nicht zu beanstanden.³³

Dieser führt dann aber zwangsläufig dazu, dass aufgrund ihrer unterschiedlichen Ausgangslage die Kommunen von den Regelungen des Kostenausgleichs und ihren möglichen Defiziten unterschiedlich betroffen sind.

Praktisch formuliert: Kommunen, die dank früherer Baumaßnahmen in Bezug auf ihre Straßen auf „neuestem Stand“ sind, profitieren von einem pauschalen Kostenausgleich. Kommunen, die hingegen zunächst in andere Infrastruktur investiert haben, oder aber ihre Bürger nicht mit Ausbaubeiträgen belasten wollten, sehen sich nun dem Konflikt ausgesetzt, dass allein durch die pauschalen Kostenausgleichszuweisungen ein Straßenausbau nicht finanziert werden kann.

Ein Bundesland, das die Straßenbaubeiträge abgeschafft hat, ist Mecklenburg-Vorpommern. Die dort getroffene Regelung³⁴ war auch schon Gegenstand eines verfassungsgerichtlichen Verfahrens, in dessen Ergebnis das Landesverfassungsgericht die vom Landesgesetzgeber unternommene Prognose bestätigt hat.

Neben einigen wichtigen Konkretisierungen in Hinblick auf die Prognoseanforderungen ist das Urteil insbesondere mit Blick auf eine vorgenommene Differenzierung bemerkenswert: Entgegen des Vortrags der Beschwerdeführerin sah es das Landesverfassungsgericht als zulässig an, dass der vom Gesetzgeber durchgeführten Prognose im Wesentlichen Erkenntnisse aus der Vergangenheit zugrunde lagen.

Als Grund hierfür nennt das Verfassungsgericht, dass die Straßenbaulast in unverändertem Umfang auch bisher eine wichtige Aufgabe der Gemeinden war, die durch die Abschaffung der Straßenbaubeiträge keine Veränderung erfahren hat.³⁵ Lediglich die Möglichkeit, aber auch die Pflicht, Straßenbaubeiträge zu erheben, wurde geändert.

Der Sachverhalt unterscheidet sich damit erheblich von den Fällen, in denen eine vorher nicht existente oder mit diesem Inhalt bestehende Aufgabe auf die Kommunen übertragen wird. In diesen Fällen soll demgegenüber eine ausschließliche Betrachtung der Vergangenheit als Grundlage für die Prognose künftiger Entwicklungen nicht ausreichend sein.³⁶

Welche Anforderungen in diesen Fällen konkret an die Prognose zu stellen sind, ließ es aber – mangels Entscheidungserheblichkeit – offen. Diese Frage wird daher Landesgesetzgeber und Kommunen auch zukünftig beschäftigen.

b) Das Problem der bundesrechtlichen Änderung des Aufgabenbestandes

Eine zweite aktuelle Herausforderung ist das Problem der durch eine bundesrechtliche Regelung erfolgenden Änderung des kommunalen Aufgabenbestandes.

aa) Konstellation in BVerfG U. v. 07.07.2020 zum kommunalen Bildungs- und Teilhabepaket

Hierbei ist zunächst jene Konstellation in den Blick zu nehmen, die der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum kommunalen Bildungs- und Teilhabepaket zugrunde lag.

33 Vgl. LVerfG M-V, U. v. 17.6.2021 – 9/19, juris Rn. 88 ff.

34 § 8a KAG MV.

35 Vgl. LVerfG M-V, U. v. 17.06.2021 – 9/19, juris Rn. 71; dies nun bestätigend LVerfG LSA, U. v. 19.7.2022 – LVG 44/21, juris Rn. 86 ff.

36 Vgl. LVerfG M-V, U. v. 17.6.2021 – 9/19, juris Rn. 71; dies nun bestätigend LVerfG LSA, U. v. 19.7.2022 – LVG 44/21, juris Rn. 86 ff.

Im SGB XII wurden die Regelungen zu den Bedarfen für Bildung und Teilhabe sowie zur Erbringung der entsprechenden Leistungen durch den Bundesgesetzgeber zum Teil wesentlich verändert, erweitert und um neue Aufgaben ergänzt. Gleichzeitig blieb die Aufgabenzuweisung auf die örtlichen Träger der Sozialhilfe, die das SGB XII seit jeher vorgenommen hat, bestehen.

Da infolge der Föderalismusreform zwar die Gesetzgebungskompetenz für die Regelung der Sozialhilfe weiterhin beim Bundesgesetzgeber liegt, und die nach Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG verbotene Aufgabenzuweisung durch die Änderungen am SGB XII nicht stattgefunden hat, sondern lediglich bestehen blieb, hat sich der Bundesgesetzgeber insoweit auf die Position gestellt, dass es sich um einen Fall des Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG handele und nicht zu beanstanden sei.

Dieser Gedanke scheint zunächst auch nicht unplausibel, denn Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG regelt: „Recht, das als Bundesrecht erlassen worden ist, aber wegen der (...) Einfügung des Artikels 84 Abs. 1 Satz 7 (...) nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden könnte, gilt als Bundesrecht fort. Es kann durch Landesrecht ersetzt werden.“ Soweit in Bundesgesetzen bis heute noch direkte Aufgabenzuweisungsvorschriften an die Kommunen enthalten sind, sind diese folglich wegen der Übergangsvorschrift des Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG trotz des nun geltenden Durchgriffsverbotes verfassungskonform.

Dies ist aber dann problematisch, wenn der Bundesgesetzgeber diese Möglichkeit nutzt, und bundesrechtlich bereits zugewiesene Aufgaben wesentlich verändert, erweitert und um neue Aufgaben ergänzt, ohne dass die Kommunen einen entsprechenden Kostenausgleich erhalten.

Schließlich greift – entsprechend der Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte³⁷ – das landesrechtliche Konnexitätsprinzip regelmäßig nur dann, wenn der Landesgesetzgeber selbst „aktiv tätig geworden ist“.

Richtigerweise hat das Bundesverfassungsgericht deshalb festgehalten, dass ein verbotener Durchgriff des Bundes im Sinne des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG immer dann anzunehmen ist, wenn ein Bundesgesetz den Kommunen erstmals eine bestimmte (Verwaltungs-)Aufgabe zuweist oder eine damit funktional äquivalente Erweiterung einer bundesgesetzlich bereits zugewiesenen Aufgabe vornimmt.³⁸

Dies ist dann der Fall, wenn sie in ihren Wirkungen auf das Schutzgut des Art. 28 Abs. 2 GG einer erstmaligen Aufgabenübertragung gleichkommt.³⁹

37 VerfGH NRW, U.v. 9.12.2014 – 11/13, juris Rn. 80 ff.; VerfGH RP, U. v. 30.11.2015, DVBl. 2015, 1581; LVerfG LSA, U. v. 25.2.2020 – LVG 5/18, juris Rn. 62; LVerfG M-V, U. v. 19.8.2021 – LVerfG 2/19, 3/19, 1/20, juris Rn. 85.

38 Vgl. BVerfG, B. v. 7.7.2020 – 2 BvR 696/12 – juris, Rn. 83.

39 Das Bundesverfassungsgericht entschied weiter: „Eine – mit einer erstmaligen Aufgabenübertragung durch Bundesgesetz funktional äquivalente – Erweiterung einer bundesgesetzlich bereits übertragenen Aufgabe ist anzunehmen, wenn ihre Maßstäbe, Tatbestandsvoraussetzungen oder Standards so verändert werden, dass damit mehr als unerhebliche Auswirkungen auf die Organisations-, Personal- und Finanzhoheit der Kommunen verbunden sind. Für das regulatorische Interesse des Bundes ist dagegen nur Raum, wenn die Auswirkungen auf die Eigenverantwortlichkeit der Kommunen gering sind. Eine Änderung bundesgesetzlich zugewiesener Aufgaben überschreitet daher die Übergangskompetenz von Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG und stellt eine nach Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG unzulässige Aufgabenübertragung dar, wenn sie neue Leistungstatbestände schafft, bestehende Leistungstatbestände auf neue Gruppen von Berechtigten ausweitet oder wenn sie die Dauer eines Leistungsbezugs so verlängert, dass damit zugleich ihr Charakter verändert wird. Eine unzulässige Änderung bundesgesetzlicher Aufgabenzuweisungen liegt ferner vor, wenn das Änderungsgesetz den Kommunen neue Berichts-, Informations- oder Organisationspflichten auferlegt.“

Diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wurde von der kommentierenden Literatur⁴⁰ – gerade mit Blick auf den Schutz der kommunalen Finanzausstattung äußerst positiv aufgenommen. Die finale Lösung des Problems stellt aber auch sie nicht dar.

bb) Die sog. „Konnexitätsfalle“

Denn: Mit dem Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (kurz Kinder- und Jugendstärkungsgesetz - KJSG) ist eine neue, bislang ungelöste Konstellation hinzugetreten.

Das KJSG sieht umfassende Änderungen des SGB VIII vor. Unter anderem ist ein besserer Kinder- und Jugendschutz vorgesehen und Kinder und Jugendliche, die in Pflegefamilien oder in Einrichtung der Erziehungshilfe aufwachsen, werden gestärkt.

Auch diese Änderungen stellen eine wesentliche Veränderung, Erweiterung und Ergänzung um neue Aufgaben dar. Im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz ist dies unproblematisch, da der Bundesgesetzgeber im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG die konkurrierende Gesetzgebung und die Befugnis innehat, „Sachaufgaben“ zu erweitern oder Standarderhöhungen einzuführen (sog. „Aufgabenbestimmungsnormen“).

Anders als im SGB XII hat der Bundesgesetzgeber aber im SGB VIII die Aufgabenzuweisung geändert.⁴¹ Bereits mit dem Kinderförderungsgesetz (KiföG) im Jahr 2008 hat er die alte Fassung des § 69 Abs. 1 SGB VIII, die lautete: „Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind die örtlichen und überörtlichen Träger. Örtliche Träger sind die Kreise und die kreisfreien Städte. Landesrecht regelt, wer überörtlicher Träger ist.“ aufgehoben und durch einen neuen § 69 Abs. 1 SGB VIII ersetzt. Seit dem 16.12.2008 lautet dieser nun: „Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe werden durch Landesrecht bestimmt.“

Ist der Landesgesetzgeber nun gehalten, eigene landesrechtliche Aufgaben zu Weisungsregelungen zu treffen, greifen die landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzipien. Denn: Das Konnexitätsprinzip verpflichtet ja die Länder, eine entsprechende eigene finanzielle Kostenlast zu tragen, wenn es den Kommunen die Erfüllung landeseigener Aufgaben überträgt oder diese zu einer Aufgabenerfüllung verpflichtet. Die Länder haben nach § 69 Abs. 1 SGB VIII daher nun die Wahl, die Aufgabe entweder selbst wahrzunehmen, oder sie auf die Kommunen zu übertragen und über das Konnexitätsprinzip Kostenausgleich zu gewähren.

Ein praktisches Problem stellt sich dabei aber: Es gibt Bundesländer (Mecklenburg – Vorpommern,⁴² aber auch Schleswig-Holstein,⁴³ Bayern),⁴⁴ die bereits vor dem 16.12.2008

– seinerzeit rein deklaratorisch – geregelt hatten, dass Träger der öffentlichen Jugendhilfe die örtlichen und überörtlichen Träger und örtliche Träger die Kreise und die kreisfreien Städte sind.

Erst durch die bundesgesetzliche Änderung des SGB VIII wurde aus dieser deklaratorischen Regelung nun eine konstitutive. Dies geschah freilich, ohne dass der Landesgesetzgeber selbst noch einmal tätig wurde.

Mit der Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte – anknüpfend an das Landesverfassungsgericht Nordrhein-Westfalen – wonach das Konnexitätsprinzip nicht greift, wenn der Landesgesetzgeber nicht tätig geworden ist, entsteht damit für die betroffenen Kommunen eine äußerst missliche Konstellation. Denn nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat der Bundesgesetzgeber korrekt gehandelt.⁴⁵ Mit seinem Handeln verstößt er nicht gegen Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG. Schließlich regelt er selbst überhaupt gar keine Aufgabenzuweisung mehr.

Er ändert vielmehr nur im Rahmen seiner nach wie vor bestehenden Gesetzgebungskompetenz sozialrechtliche Regelungen. Auf der anderen Seite kann sich der Landesgesetzgeber aber – mit Billigung eines Großteils der Landesverfassungsgerichte⁴⁶ – auch auf die Position zurückziehen, dass er ja selbst gar nicht gehandelt habe, mithin ein Fall des Konnexitätsprinzips nicht ausgelöst sei.

Praktisch bedeutet dies: Der Bundesgesetzgeber schafft neue Aufgaben, der Landesgesetzgeber tut nichts, bezahlen müssen die Kommunen selbst.

Angesichts der in Folge der Corona- und der Ukraine Krise erfolgenden Rekordneuerschuldung und damit zukünftig zu erwartenden klammen Kassen von Bund und Ländern birgt diese Feststellung die Gefahr, dass sich Bund und Länder gezwungen sehen, von diesem – vermutlich bislang bloß zufälligen Resultat – auch zukünftig Gebrauch zu machen. Notwendig wäre allein, dass die Länder deklaratorische Zuständigkeitsregelungen treffen, solange noch eine bundesgesetzliche Aufgabenzuweisung besteht und der Bundesgesetzgeber erst hiernach eine Aufgabenerweiterung vornimmt.

Dies würde dazu führen, dass sowohl die landesrechtlichen Konnexitätsprinzipien, als auch das Durchgriffsverbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG in ihrer angestrebten Wirkung zukünftig verpuffen. Die Hoffnung der seinerzeitigen Bundeskanzlerin, dass die Föderalismusreform I dazu führt, dass die Kommunen finanziell so ausgestattet werden, wie es notwendig ist, hätte sich damit zerschlagen.

16 Jahre nach der Föderalismusreform I ist die Frage nach kommunalen Ansprüchen auf hinreichende Finanzausstattung und ihre rechtliche Durchsetzung aktueller denn je.

⁴⁰ Lorenzen, DVBl 2020, 1480; Henneke, DVBl 2021, 216; Waldhoff, JuS 2021, 476; Groth, NJW 2020, 3242; Rixen, NVwZ 2020, 1351; Meyer, NVwZ 2020, 1731.

⁴¹ Schön, in: Wiesner/Wapler, SGB VIII, 6. Auflage 2022, § 69, Rn. 5; Kunkel/Kepert, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, 8. Auflage 2022, § 69 Rn. 5.

⁴² Die auf das Jahr 1993 datierende Aufgabenzuweisung des § 1 Abs. 1 KJHG-Org M-V (GVBl M-V 1993, S. 1548 vom 23.2.1993) wirkte vor der Föderalismusreform I folglich rein deklaratorisch und wiederholte bloß den § 69 Abs. 1 SGB VIII a.F.

⁴³ Schleswig-Holstein § 47 Abs. 1 S. 1 JuFÖG: „Örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind die Kreise und die kreisfreien Städte.“ (Gesetz und auch zitierte Fassung des § 47 Abs. 1 S. 1 datiert auf den 5. Februar 1992).

⁴⁴ § 15 AGSG

⁴⁵ Zwischenzeitlich ist das Bundesverfassungsgericht mit dieser Frage befasst. Unter dem Aktenzeichen 2 BvR 1022/22 ist eine Kommunalverfassungsbeschwerde der Landeshauptstadt Schwerin und der Hansestadt Rostock anhängig.

⁴⁶ VerfGH NRW, U. v. 9.12.2014 – 11/13, juris Rn. 80 ff.; VerfGH RP, DVBl. 2015, 1581; LVerfG LSA, U. v. 25.2.2020 – LVG 5/18, juris Rn. 62; LVerfG M-V, U. v. 19.8.2021 – LVerfG 2/19, 3/19, 1/20, juris Rn. 85.

Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand

Dr. Ralf Paetsch, Vorsitzender Richter am Schleswig-Holsteinischen Finanzgericht



I. Änderung der Besteuerungspraxis und Neuregelung der Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand ab 2023

Die von juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Rahmen sog. Beistandsleistungen an andere juristische Personen des öffentlichen Rechts ausgeführten Umsätze wurden bis zur Jahrtausendwende nicht in vollem Umfang der Umsatzbesteuerung unterworfen. Die Nichtbesteuerung dieser Umsätze erfolgte vor dem Hintergrund, dass die Überprüfung der Umsatzbesteuerung regelmäßig nur im Rahmen von Betriebsprüfungen vorgenommen wird, da es sich bei der Umsatzsteuer um eine Anmeldesteuer handelt, deren Höhe vom Unternehmer in der Steuererklärung selbst berechnet wird. Derartige Betriebsprüfungen fanden bei der öffentlichen Hand im Hinblick auf die Besteuerung von Beistandsleistungen aber nur in Ausnahmefällen statt.

Zu einer Änderung der Besteuerungspraxis im Hinblick auf die Umsätze der öffentlichen Hand kam es nach der Jahrtausendwende zum einen dadurch, dass die juristischen Personen des öffentlichen Rechts die bei der Erbringung der Beistandsleistungen angefallenen Kosten für Eingangsleistungen im Rahmen des Vorsteuerabzugs geltend machten und sich hierfür auf ihre Unternehmerstellung beriefen. Der BFH teilte diese Rechtsauffassung und erkannte im Jahre 2011 einer Gemeinde den Vorsteuerabzug aus den Errichtungskosten einer Sporthalle zu, die im Rahmen von Beistandsleistungen entgeltlich einer anderen Gemeinde für den Schulsport überlassen wurde.¹ Der BFH schloss sich hierbei der EuGH-Rechtsprechung aus dem Jahre 2008² zur Auslegung der unionsrechtlichen Regelungen für die Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand³ an.

Die im deutschen Umsatzsteuerrecht enthaltene Vorschrift des § 2 Abs. 3 UStG, die an die Körperschaftsteuerlichen Regelungen zur Besteuerung der öffentlichen Hand in § 4 KStG anknüpft, ist aufgrund des abweichenden Regelungsgehalts des § 4 KStG nicht mit den vorrangigen unionsrechtlichen Vorschriften zur Besteuerung der öffentlichen Hand (dazu II.) vereinbar. Im Anschluss an einen langjährigen Diskussionsprozess wurden die unionsrechtlichen Regelungen daher mit dem Steueränderungsgesetz 2015⁴ durch Einfügung des § 2b UStG mit Wirkung vom 1.1.2016⁵ weitgehend in das nationale Umsatzsteuerrecht übernommen. Zugleich wurde eine langfristige Übergangsregelung⁶ geschaffen, mit der die Anwendung des § 2b UStG bis Anfang 2023 hinausgeschoben werden konnte, um der öffentlichen Hand die Umstellung auf die geänderte Rechtslage zu erleichtern. Von dieser Optionsmöglichkeit hat die öffentliche Hand Gebrauch gemacht. Im Folgenden werden die ab dem 1.1.2023 geltenden Regelungen zur Besteuerung der von der öffentlichen Hand erbrachten Umsätze (dazu III.), zum Vorsteuerabzug (dazu IV.) sowie zum Besteuerungsverfahren (dazu V.) näher dargestellt.

II. Unionsrechtliche Rechtsgrundlagen für die Besteuerung der Umsätze der öffentlichen Hand

Die unionsrechtlichen Rechtsgrundlagen für die Besteuerung der Umsätze der öffentlichen Hand ergeben sich aus der Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie (MwStSystRL),⁷ deren Regelungen ein Anwendungsvorrang gegenüber dem nationalen Umsatzsteuerrecht zukommt.⁸ Der Umsatzsteuer unterliegt nach Art. 9 Abs. 1 MwStSystRL jeder Steuerpflichtige, der eine wirtschaftliche Tätigkeit selbstständig ausübt, mit den gegen Entgelt erbrachten Lieferungen von Gegenständen und Dienstleistungen nach Art. 2 MwStSystRL. Nach Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 1 MwStSystRL gelten Staaten, Länder, Gemeinden und sonstige Einrichtungen des öffentlichen Rechts nicht als Steuerpflichtige, soweit sie Tätigkeiten ausüben oder Umsätze bewirken, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen, auch wenn sie im Zusammenhang mit diesen Tätigkeiten oder Umsätzen Zölle, Gebühren, Beiträge oder sonstige Abgaben erheben. Eine Ausnahme hiervon besteht nach Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 2 MwStSystRL für Tätigkeiten oder Umsätze, sofern eine Behandlung als nicht Steuerpflichtige zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde. Einer Umsatzbesteuerung unterliegen zudem nach Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 3 MwStSystRL die in Anhang I genannten Tätigkeiten der öffentlichen Hand (Katalogtätigkeiten), sofern der Umfang dieser Tätigkeiten nicht unbedeutend ist.

III. Voraussetzungen für die Besteuerung der Umsätze der öffentlichen Hand

1. Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand

Die Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand setzt eine wirtschaftliche bzw. unternehmerische Tätigkeit durch Erbringung entgeltlicher Leistungen voraus.⁹ Eine solche Tätigkeit liegt bei einem Leistungsaustausch im Rahmen eines Rechtsverhältnisses zwischen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts als leistendem Unternehmer und einem Leistungsempfänger vor, bei dem zwischen der erbrachten Leistung und der vom Leistungsempfänger gezahlten Vergütung ein unmittelbarer Zusammenhang besteht.¹⁰ Die Vergütung muss den tatsächlichen Gegenwert für eine bestimmbare Leistung bilden, die für einen identifizierbaren Leistungsempfänger einen konkreten, verbrauchsfähigen Vorteil beinhaltet.¹¹

1 BFH-Urteil vom 10.11.2011 V R 41/10, BStBl II 2017, 869.
2 EuGH-Urteil vom 16.9.2008 C-288/07 *Isle of Wight Council*, Slg. 2008 I-7203.
3 Zu Einzelheiten vgl. unter II.
4 Steueränderungsgesetz 2015 vom 2.11.2015, BGBl. I 2015, 1834.
5 Nach § 27 Abs. 22 Satz 2 UStG ist § 2b UStG erst auf alle nach dem 31.12.2016 ausgeführten Umsätze anzuwenden.
6 § 27 Abs. 22 Satz 3 bis 6 UStG sieht eine Option zur weiteren Anwendung des § 2 Abs. 3 UStG auf alle bis zum 31.12.2020 ausgeführten Umsätze vor, die durch den mit Corona-Steuerhilfegesetz vom 19.6.2020 eingefügten § 27 Abs. 22a UStG bis zum 31.12.2022 verlängert wurde.

7 Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. L 347 vom 11.12.2006, S. 1.
8 BFH-Urteile vom 24.10.2013 V R 17/13, BStBl II 2015, 513; vom 21.4.2022 V R 2/22 (V R 6/18), DStRE 2022, 996, Rz. 33, m.w.N.
9 Vgl. Art. 2 und 9 MwStSystRL, §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 UStG.
10 Ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt EuGH-Urteil vom 24.2.2022 C-605/20 *Suzlon Wind Energy Portugal*, HFR 2022, 499, Rz. 62; BFH-Urteil vom 30.6.2022 V R 25/21, DStR 2022, 2054, Rz. 16, jeweils m.w.N.
11 BFH-Vorlagebeschluss vom 15.12.2021 XI R 31/19, BStBl II 2022, 577, Rz. 28 f.; BFH-Urteil vom 26.1.2022 XI R 19/19 (XI R 12/17), BStBl II 2022, 582, Rz. 32 f., jeweils m.w.N.

Einen Grenzfall für das Vorliegen einer steuerbaren wirtschaftlichen Tätigkeit bildet die durch eine Gemeinde auf Grundlage einer Satzung von ortsfremden Kurgästen erhobene Kurtaxe für die Bereitstellung von Kureinrichtungen (Kurpark, Wege, Kurhaus), die für die Allgemeinheit frei zugänglich sind. Der BFH hat hierzu dem EuGH in einem Vorabentscheidungsersuchen die Frage vorgelegt, ob es aufgrund der kostenlosen Nutzungsmöglichkeit der Kureinrichtungen an einem konkreten, verbrauchsfähigen Vorteil der Kurgäste fehlt und ob es für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinde darauf ankommt, zu welchem Prozentsatz die Kurtaxe die Betriebskosten der Kureinrichtungen deckt.¹²

2. Ausnahme bei Handeln im Rahmen der öffentlichen Gewalt

Die Umsatzbesteuerung der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand entfällt nur dann, wenn die juristische Person des öffentlichen Rechts im Rahmen der öffentlichen Gewalt tätig geworden ist, da sie in diesem Fall nicht als Steuerpflichtige bzw. Unternehmerin gilt.¹³ Ein solches hoheitliches Tätigwerden setzt eine Befugnis der juristischen Person des öffentlichen Rechts aus einer öffentlich-rechtlichen Sonderregelung voraus, die sich aus Gesetz, einer Rechtsverordnung oder einer Satzung, einem öffentlich-rechtlichen Vertrag oder aus einer Verwaltungsvereinbarung ergibt.¹⁴ Die juristische Person des öffentlichen Rechts muss bei der Erhebung von Abgaben von dieser hoheitlichen Sonderregelung Gebrauch machen. Ein hoheitliches Handeln ist sowohl im Rahmen von Pflichtaufgaben als auch im Rahmen freiwilliger Aufgaben der öffentlichen Hand möglich. Privatrechtliches Handeln ist dagegen stets unternehmerisch und erfolgt nicht im Rahmen der öffentlichen Gewalt, sodass die öffentliche Hand insoweit der Umsatzbesteuerung unterliegt.¹⁵ Der Umsatzbesteuerung unterliegt auch das Handeln von Beliehenen, da diese zwar eine ihnen übertragene öffentlich-rechtliche Aufgabe ausüben, mangels Eingliederung in eine juristische Person des öffentlichen Rechts aber nicht als sonstige Einrichtungen des öffentlichen Rechts i.S. des Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 1 MwStSystRL anzusehen sind.¹⁶

3. Rückausnahme bei größeren Wettbewerbsverzerrungen

Die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand unterliegt auch bei der Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse der Umsatzbesteuerung, wenn sie zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führt.¹⁷ Eine solche Wettbewerbsverzerrung setzt zunächst das Vorliegen einer Wettbewerbssituation voraus. Die von der öffentlichen Hand erbrachte wirtschaftliche Tätigkeit weist die hierfür erforderliche Marktrelevanz aus, wenn gleichartige Leistungen durch private Unternehmer angeboten werden.¹⁸ Für die Gleichartigkeit der Leistungen ist auf die Sicht des Durchschnittsverbrauchers abzustellen.¹⁹ Die Leistungen müssen zudem in einem vergleichbaren Rechtsrahmen erbracht werden.²⁰ Einen Grenzfall bildet insoweit die

Erhebung von Parkgebühren für Parkplätze in Parkhäusern, Tiefgaragen und auf anderen Stellplätzen einerseits sowie für Parkbuchten mit Parkscheinautomaten an öffentlichen Straßen andererseits. Nach Auffassung der Finanzverwaltung liegt nur bei der Überlassung von Parkplätzen ein steuerbares Entgelt vor, da die Parkbuchten an öffentlichen Straßen der Ordnung des ruhenden Verkehrs und damit einer hoheitlichen Aufgabe dienen.²¹

Für eine Wettbewerbssituation reicht bereits ein potentieller Wettbewerb aus, bei dem das Angebot gleichartiger Leistungen durch private Anbieter möglich ist.²² Eine solche Angebotsmöglichkeit darf nicht rein theoretisch sein, sondern muss sich aufgrund von Tatsachen, Indizien oder einer Marktanalyse ergeben.²³ Bei Vorliegen eines Anschluss- und Benutzungszwangs ist ein potentieller Wettbewerb ausgeschlossen, da für private Anbieter keine Möglichkeit zur Erbringung gleichartiger Leistungen besteht.²⁴ Ein Beispiel hierfür sind Leistungen der öffentlichen Hand im Rahmen der Entsorgung von Abfall aus Privathaushalten.²⁵

Die Beurteilung der Wettbewerbssituation beschränkt sich nicht auf den lokalen Markt, da es für die Vergleichbarkeit der von privaten Anbietern angebotenen Leistungen auf die Eigenschaften der von der öffentlichen Hand erbrachten Leistung ankommt.²⁶ Zu einer räumlichen Begrenzung des für die Wettbewerbssituation relevanten Marktes kann es aber bei Vorliegen einer Abnahme- oder Annahmepflicht von Leistungen der öffentlichen Hand kommen, da regelmäßig nur insoweit eine gleichartige Leistung vorliegt.²⁷ Die räumliche Begrenzung des relevanten Marktes ist bei lokalen Monopolen aber nicht zweifelsfrei. Der BFH hat hierzu dem EuGH in dem oben erwähnten²⁸ Vorabentscheidungsersuchen zur Kurtaxe die Frage vorgelegt, ob eine Wettbewerbsverzerrung auch dann vorliegt, wenn eine Kurtaxe durch eine Gemeinde für ihr Gebiet erhoben wird und in Nachbargemeinden gleichartige Leistungen durch private Betreiber von Kureinrichtungen angeboten werden.²⁹

Liegt eine Wettbewerbssituation vor, so sind an das Vorliegen größerer Wettbewerbsverzerrungen keine erhöhten Anforderungen zu stellen.³⁰ Es kommt lediglich darauf an, ob eine Wettbewerbsverzerrung mehr als unbedeutend ist. Einen Grenzfall bilden hier hoheitliche Hilfsengeschäfte, bei denen es sich um wirtschaftliche Tätigkeiten einer juristischen Person des öffentlichen Rechts im Rahmen ihres nicht steuerbaren hoheitlichen Handelns handelt. Nach Auffassung der Finanzverwaltung begründet auch die Veräußerung von Gegenständen aus dem Hoheitsbereich in größerem Umfang keine nachhaltige wirtschaftliche Tätigkeit. Zu einer Wettbewerbsverzerrung kommt es danach erst dann, wenn die öffentliche Hand aufgrund der Vielzahl der Umsätze wie ein professioneller Händler auftritt.³¹

21 Abschn. 2b.1 Abs. 5 UStAE.

22 EuGH-Urteil vom 19.1.2017 C-344/15 *National Roads Authority*, HFR 2017, 261, Rz. 41, m.w.N.

23 EuGH-Urteil vom 19.1.2017 C-344/15 *National Roads Authority*, HFR 2017, 261, Rz. 42, m.w.N.

24 BMF-Schreiben vom 16.12.2016, BStBl I 2016, 1451, Rz. 25.

25 Vgl. § 20 Abs. 1 i.V.m. § 17 KrWG.

26 BMF-Schreiben vom 16.12.2016, BStBl I 2016, 1451, Rz. 24.

27 BMF-Schreiben vom 16.12.2016, BStBl I 2016, 1451, Rz. 27; vgl. EuGH-Urteil vom 13.7.2007 C-408/06 *Götz*, Slg 2007, I-11295, Rz. 44 zum Übertragungsbereich einer Milchquoten-Verkaufsstelle.

28 Vgl. unter III.1.

29 BFH-Vorlagebeschluss vom 15.12.2021 XI R 31/19, BStBl II 2022, 577, Rz. 40–47 zu Frage 2.

30 BMF-Schreiben vom 16.12.2016, BStBl I 2016, 1451, Rz. 31.

31 Abschn. 2b.1 Abs. 9 UStAE.

12 BFH-Vorlagebeschluss vom 15.12.2021 XI R 31/19, BStBl II 2022, 577, Rz. 30–34 zu Frage 1.

13 Vgl. Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 1 MwStSystRL, § 2b Abs. 1 Satz 1 UStG.

14 EuGH-Urteil vom 16.9.2008 C-288/07 *Isle of Wight Council*, Slg. 2008 I-7203, Rz. 33; BMF-Schreiben vom 16.12.2016, BStBl I 2016, 1451, Rz. 6.

15 BFH-Urteil vom 20.10.2021 XI R 10/21, BFHE 274, 342, Rz. 40, m.w.N.; Abschn. 2b.1 Abs. 7 UStAE.

16 BFH-Beschluss vom 21.3.2018 XI B 113/17, BFH/NV 2018, 739.

17 Vgl. Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 2 MwStSystRL, § 2b Abs. 1 Satz 2 UStG.

18 BMF-Schreiben vom 16.12.2016, BStBl I 2016, 1451, Rz. 23.

19 BMF-Schreiben vom 16.12.2016, BStBl I 2016, 1451, Rz. 24.

20 BMF-Schreiben vom 16.12.2016, BStBl I 2016, 1451, Rz. 26.

Größere Wettbewerbsverzerrungen liegen schließlich nach § 2b Abs. 2 Nr. 1 UStG nicht vor, wenn die von privaten Unternehmern erbrachten vergleichbaren Leistungen einer Steuerbefreiung unterliegen, auf die nicht nach § 9 UStG verzichtet werden kann. Dies entspricht den unionsrechtlichen Vorgaben, da die Nichtbesteuerung der öffentlichen Hand in diesen Fällen nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung führen kann.³²

4. Steuerbares Handeln bei Katalogtätigkeiten

Die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand unterliegt der Umsatzbesteuerung, soweit es sich um Katalogtätigkeiten aus Anhang I zur MwStSystRL handelt, da insoweit eine Unternehmerstellung der öffentlichen Hand fingiert wird. Eine Ausnahme hiervon besteht nur bei einem unbedeutenden Umfang der Tätigkeit.

Zu den Katalogtätigkeiten gehören u.a. Leistungen im Bereich der Telekommunikation, die Lieferung von Wasser, Gas, Elektrizität und thermischer Energie, die Güterbeförderung, Hafen- und Flughafendienstleistungen, die Personenbeförderung sowie Veranstaltungen von Messen und Ausstellungen mit gewerblichem Charakter.

5. Bagatellgrenze für gleichartige Tätigkeiten

§ 2b Abs. 2 Nr. 1 UStG sieht eine an die Kleinunternehmerregelung des § 19 UStG angelehnte Bagatellgrenze in Höhe von 17 500 € für das Vorliegen größerer Wettbewerbsverzerrungen vor. Eine größere Wettbewerbsverzerrung scheidet danach aus, wenn der aus gleichartigen Tätigkeiten erzielte Umsatz im Kalenderjahr die Bagatellgrenze voraussichtlich nicht überschreitet. Die Gleichartigkeit der Leistungen beurteilt sich nach demselben Maßstab wie bei der Prüfung größerer Wettbewerbsverzerrungen.³³ Für das Überschreiten der Bagatellgrenze ist zu Beginn des jeweiligen Kalenderjahres bzw. zum Zeitpunkt der Neuaufnahme einer Tätigkeit im Laufe des Kalenderjahres eine Prognose des Gesamtumsatzes vorzunehmen, den die juristische Person des öffentlichen Rechts in diesem Kalenderjahr aus sämtlichen gleichartigen Tätigkeiten erzielen wird.³⁴

Bei dem in § 2b Abs. 2 Nr. 1 UStG geregelten Ausschluss größerer Wettbewerbsverzerrungen handelt es sich um eine unwiderlegbare Vermutung, deren unionsrechtliche Grundlage zweifelhaft ist, da Art. 13 MwStSystRL keine vergleichbare Regelung enthält. Als unionsrechtliche Grundlage lässt sich allenfalls die in Art. 281 ff. MwStSystRL geregelte Ermächtigung zur Schaffung von Sonderregelungen für Kleinunternehmer heranziehen, die allerdings nicht ausdrücklich eine Beschränkung derartiger Sonderregelungen ausdrücklich auf gleichartige Leistungen zulässt.

6. Zusammenarbeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts

§ 2b Abs. 3 UStG enthält zwei weitere Ausnahmen von der Umsatzbesteuerung für Leistungen der öffentlichen Hand, die an andere juristische Personen des öffentlichen Rechts erbracht werden. Die Ausnahme von der Umsatzbesteuerung setzt ein hoheitliches Handeln des Leistenden im Rahmen der Zusammenarbeit mit der anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts voraus. Für diesen Fall regelt § 2b Abs. 3 UStG die unwiderlegbare Vermutung, dass keine größeren Wettbewerbsverzerrungen vorliegen.

a) Ausschließliche Leistungserbringung durch juristische Personen des öffentlichen Rechts

Nach § 2b Abs. 3 Nr. 1 UStG sind größere Wettbewerbsverzerrungen ausgeschlossen, wenn die Leistungen an andere juristische Personen des öffentlichen Rechts aufgrund gesetzlicher Bestimmungen nur von juristischen Personen des öffentlichen Rechts erbracht werden dürfen. Als gesetzliche Bestimmungen kommen hierbei nur Gesetze und Rechtsverordnungen in Betracht, sodass die Ausschließlichkeit der Leistungserbringung nicht allein durch Satzung geregelt werden kann.³⁵ Der Begriff der gesetzlichen Bestimmung ist insoweit enger als die für das Handeln im Rahmen der öffentlichen Gewalt maßgebliche öffentlich-rechtliche Sonderregelung.³⁶ Ein allgemeines gesetzliches Kooperationsgebot, das durch Satzungsregelungen, vertragliche Vereinbarungen oder die Verwaltungspraxis ausgefüllt werden muss, stellt keine hinreichende gesetzliche Bestimmung dar.³⁷

In den Fällen des § 2b Abs. 3 Nr. 1 UStG ist ein Wettbewerb zu privaten Unternehmern ausgeschlossen, da die fraglichen Leistungen nur von der öffentlichen Hand erbracht werden können. Das Fehlen einer entsprechenden Vorschrift in der MwStSystRL ist damit unschädlich, da § 2b Abs. 3 Nr. 1 UStG lediglich deklaratorische Bedeutung zukommt.³⁸

b) Beistandsleistungen zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts

aa) Nach § 2b Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 UStG liegen größere Wettbewerbsverzerrungen nicht vor, wenn die Zusammenarbeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts durch gemeinsame spezifische öffentliche Interessen bestimmt wird. Ein Regelbeispiel für eine derartige Zusammenarbeit bilden nach § 2b Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 UStG Beistandsleistungen zwischen juristischen Personen der öffentlichen Hand, wenn

- a) die Leistungen auf langfristigen öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen beruhen,
- b) die Leistungen dem Erhalt der öffentlichen Infrastruktur und der Wahrnehmung einer allen Beteiligten obliegenden öffentlichen Aufgabe dienen,
- c) die Leistungen ausschließlich gegen Kostenerstattung erbracht werden und
- d) der Leistende gleichartige Leistungen im Wesentlichen an andere juristische Personen des öffentlichen Rechts erbringt.

bb) Die einzelnen Voraussetzungen der Beistandsleistungen werden von der Finanzverwaltung wie folgt konkretisiert:

Bei den langfristigen öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen muss es sich um unbefristete Vereinbarungen oder um Vereinbarungen mit einer Laufzeit von fünf Jahren handeln, soweit nicht eine kürzere Laufzeit nach Art der Tätigkeit üblich ist.³⁹ Privatrechtliche Vereinbarungen zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts führen zur Steuerbarkeit der erbrachten Leistungen, da es insoweit an hoheitlichem Handeln fehlt.⁴⁰

Die Wahrnehmung einer allen Beteiligten obliegenden öffentlichen Aufgabe wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Aufgabe einer juristischen Person des öffentlichen Rechts

32 BFH-Urteil vom 15.4.2010 V R 10/09, BStBl II 2010, 863, Rz. 48.

33 Vgl. hierzu unter III.3.

34 BMF-Schreiben vom 16.12.2016, BStBl I 2016, 1451, Rz. 34

35 BMF-Schreiben vom 16.12.2016, BStBl I 2016, 1451, Rz. 42.

36 Vgl. hierzu unter III.2.

37 Abschn. 2b.1 Abs. 8 Satz 2 UStAE.

38 *Treiber* in Sölch/Ringleb, UStG Kommentar, § 2b Rz. 81.

39 BMF-Schreiben vom 16.12.2016, BStBl I 2016, 1451, Rz. 47.

40 Vgl. hierzu unter III.2.

(z.B. durch Gemeinden auf einen Zweckverband) übertragen worden ist.⁴¹

Bei der Prüfung der Leistungserbringung gegen Kosten-erstattung ist eine sachgerechte Ermittlung der Kosten vorzunehmen, in die fixe Kosten wie Miete und Abschreibung und variable Kosten einbezogen werden können.⁴² Für Personalkosten ist hierbei ein pauschaler Kostenansatz zulässig.

Gleichartige Leistungen werden im Wesentlichen an andere juristische Personen des öffentlichen Rechts erbracht, wenn sie nach der Höhe ihrer Umsätze zu mindestens 80 % an derartige Personen erbracht werden.⁴³

cc) Für die Ausnahme der Beistandsleistungen von der Umsatzbesteuerung fehlt es an einer unionsrechtlichen Grundlage in der MwStSystRL. § 2b Abs. 3 Nr. 2 UStG ist daher nach Auffassung der Verwaltung⁴⁴ unionsrechtskonform dahin auszulegen, dass auch bei Erfüllung des Regelbeispiels des Satzes 2 stets zu prüfen ist, ob die Nichtbesteuerung der Beistandsleistungen zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führt. Verwaltungsunterstützende Hilfstätigkeiten wie Gebäudereinigung, Grünpflegearbeiten, Neubau- und Sanierungsmaßnahmen an Straßen und Gebäuden sowie unterstützende IT-Leistungen werden danach von § 2b Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 UStG nicht erfasst, da sie auch von privaten Unternehmern erbracht werden können.

IV. Vorsteuerabzug der öffentlichen Hand

1. Voraussetzungen des Vorsteuerabzugs

Die Umsatzbesteuerung der von der öffentlichen Hand erbrachten Leistungen eröffnet der leistenden juristischen Person des öffentlichen Rechts den Vorsteuerabzug für die von ihr bezogenen Eingangsleistungen. Die Rechtsgrundlagen für den Vorsteuerabzug ergeben sich aus Art. 168 MwStSystRL und aus § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG, die trotz des unterschiedlichen Wortlauts einen identischen Regelungsgehalt aufweisen.

Der Vorsteuerabzug setzt voraus, dass die juristische Person des öffentlichen Rechts die Eingangsleistung für ihre steuerpflichtige wirtschaftliche Tätigkeit bezogen hat. Hierfür ist es entweder erforderlich, dass ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang zur wirtschaftlichen Tätigkeit besteht oder die Eingangsleistung im Rahmen von Allgemeinkosten ein Kostenelement der wirtschaftlichen Tätigkeit bildet.⁴⁵ Der Vorsteuerabzug kommt insbesondere für Anschaffungskosten von Fahrzeugen und Herstellungskosten von Gebäuden in Betracht, die für die wirtschaftliche Tätigkeit verwendet werden. Für Personalkosten ist kein Vorsteuerabzug möglich, da diese nicht mit Umsatzsteuer belastet sind, sondern dem Lohnsteuerabzug unterliegen.

Einen Grenzfall für den Vorsteuerabzug bilden die Herstellungskosten für die Errichtung einer kostenlos nutzbaren Hängeseilbrücke mit kostenpflichtigen Besucherparkplätzen. Der BFH hat in diesem Fall die tatrichterliche Würdigung des Finanzgerichts bestätigt, dass die Herstellungskosten in direktem und unmittelbarem Zusammenhang mit der steuerpflichtigen Vermietung der Besucherparkplätze stehen und

damit ein Vorsteuerabzug für diese Herstellungskosten eröffnet ist.⁴⁶

2. Aufteilung der Vorsteuerbeträge

a) Der Vorsteuerabzug ist ausgeschlossen, soweit die bezogene Leistung für hoheitliche Tätigkeiten verwendet wird, da insoweit keine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt.⁴⁷ Bei einer gemischten Verwendung der bezogenen Leistung für wirtschaftliche und für hoheitliche Tätigkeiten ist der Vorsteuerbetrag daher auf beide Tätigkeitsbereiche aufzuteilen.⁴⁸ Ein Vorsteuerabzug ist nur für den Vorsteuerbetrag möglich, der auf die wirtschaftliche Tätigkeit entfällt.

In dem vom BFH entschiedenen Fall der Hängeseilbrücke war der Vorsteuerbetrag aus den Herstellungskosten für die Hängeseilbrücke aufzuteilen, da diese Kosten sowohl mit der kostenpflichtigen Vermietung von Pkw-Parkplätzen als auch mit der kostenfreien Überlassung von Busparkplätzen, die mit Mitteln aus einer EU-Förderung errichtet worden waren, in direktem und unmittelbarem Zusammenhang standen.⁴⁹

In gleicher Weise hat der BFH entschieden, dass der Vorsteuerbetrag aus den Kosten für die Neugestaltung des Marktplatzes einer Stadt, der für den Kurbetrieb und im Rahmen der Widmung für den Allgemeingebrauch genutzt wird, auf beide Bereiche aufzuteilen ist.⁵⁰ Eine solche Aufteilung setzt jedoch voraus, dass der direkte und unmittelbare Zusammenhang mit dem Kurbetrieb nicht bereits dadurch entfällt, dass die Kurgäste den Marktplatz als Teil der Allgemeinheit nutzen und es damit insoweit an einer für den Vorsteuerabzug erforderlichen wirtschaftlichen Tätigkeit der Stadt fehlt.⁵¹

b) Der Aufteilungsmaßstab für die Vorsteuerbeträge ergibt sich aus einer analogen Anwendung der Regelung des § 15 Abs. 4 UStG für die Aufteilung des Vorsteuerabzugs bei gemischter Verwendung für steuerfreie und steuerpflichtige Umsätze.⁵² Nach dieser Regelung ist die Aufteilung im Wege einer sachgerechten Schätzung vorzunehmen; die Anwendung eines Umsatzschlüssels ist hierbei gegenüber anderen Aufteilungsmethoden nachrangig.

3. Korrektur des Vorsteuerabzugs

Der im Kalenderjahr des Bezugs der Eingangsleistung vorgenommene Vorsteuerabzug ist in späteren Kalenderjahren zu berichtigen, soweit bei einer gemischten Verwendung der Eingangsleistung für hoheitliche und für wirtschaftliche Tätigkeiten eine Änderung der Nutzungsanteile eintritt. Die Durchführung der Berichtigung des Vorsteuerabzugs richtet sich nach § 15a UStG.

V. Besteuerungsverfahren

1. Abgabe von Steuererklärungen

Wird eine juristische Person des öffentlichen Rechts wirtschaftlich tätig, ist sie nach § 18 UStG zur Abgabe von Umsatzsteuer-Voranmeldungen (Abs. 1) und einer Umsatzsteuer-Jahreserklärung (Abs. 3) verpflichtet. Da das Unternehmen nach § 2 Abs. 1 Satz 2 UStG die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit umfasst, hat die juristische Person des öffentlichen Rechts als

41 BMF-Schreiben vom 16.12.2016, BStBl I 2016, 1451, Rz. 49.

42 BMF-Schreiben vom 16.12.2016, BStBl I 2016, 1451, Rz. 51.

43 BMF-Schreiben vom 16.12.2016, BStBl I 2016, 1451, Rz. 54.

44 BMF-Schreiben vom 14.11.2019, BStBl I 2019, 1140.

45 Ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt EuGH-Urteil vom 8.9.2022 C-98/21 *Finanzamt R*, HFR 2022, 983, Rz. 45. f., m.w.N.

46 BFH-Urteil vom 20.10.2021 XI R 10/21, BFHE 274, 342.

47 BFH-Urteil vom 20.10.2021 XI R 10/21, BFHE 274, 342, Rz. 48, m.w.N.

48 BFH-Urteil vom 20.10.2021 XI R 10/21, BFHE 274, 342, Rz. 49, m.w.N.

49 BFH-Urteil vom 20.10.2021 XI R 10/21, BFHE 274, 342, Rz. 49.

50 BFH-Urteil vom 3.8.2017 V R 62/16, BStBl II 2021, 109.

51 Vgl. hierzu unter III.1.

52 BFH-Urteil vom 20.10.2021 XI R 10/21, BFHE 274, 342, Rz. 50, m.w.N.

Einheitsunternehmerin jeweils nur eine Erklärung abzugeben, in der sie die Umsätze und den Vorsteuerabzug für ihre gesamte wirtschaftliche Tätigkeit aufnehmen muss.

Für die wirtschaftliche Tätigkeit des Landes Schleswig-Holstein als juristische Person des öffentlichen Rechts begründet § 18 Abs. 4f UStG abweichend hiervon eine eigenständige Erklärungspflicht für Organisationseinheiten, soweit diese durch ihre wirtschaftliche Tätigkeit eine Erklärungspflicht begründen. Diese originäre Erklärungspflicht besteht für die Verwaltung der Verfassungsorgane des Landes, Ministerien und nachgeordnete Behörden mit eigener Selbstständigkeit.⁵³ Das Land kann durch eine abweichende Option die originäre Erklärungspflicht an sich ziehen („opt-out“) oder aber durch eine Option zur Bildung untergeordneter Einheiten weitere Erklärungspflichten dieser Einheiten begründen („opt-in“). Entgelte aus Leistungen zwischen den verschiedenen Behörden des Landes sind von den erklärungsspflichtigen Organisationseinheiten nicht in die jeweiligen Erklärungen aufzunehmen, da es sich um nicht steuerbare Innenumsätze handelt.

2. Zuständigkeit für das Besteuerungsverfahren

Die Zuständigkeit für die Umsatzbesteuerung liegt nach § 21 Abs. 1 Satz 1 AO bei dem Finanzamt, von dessen Bezirk aus das Unternehmen betrieben wird. Für die Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand kommt es danach darauf ein,

⁵³ Treiber in Sölch/Ringleb, UStG Kommentar, § 18 Rz. 397.

in welchem Bezirk die jeweilige Gemeinde oder anderweitige Gebietskörperschaft belegen ist. Für das Land als juristische Person des öffentlichen Rechts sieht § 18 Abs. 4g Satz 1 UStG eine abweichende Zuständigkeitsregelung für die erklärungs-pflichtigen Organisationseinheiten vor. Danach kann die Zuständigkeit für die einzelnen Organisationseinheiten durch Anordnung des Finanzministeriums bestimmt werden.

VI. Schlussbemerkung

Die Besteuerungspraxis wird sich im Hinblick auf die Beistandsleistungen und andere hoheitliche Tätigkeiten der öffentlichen Hand aufgrund der Anwendung des § 2b UStG ab dem 1.1.2023 grundlegend ändern. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts unterliegen mit diesen Leistungen der Umsatzbesteuerung, sofern eine Wettbewerbssituation zu privaten Anbietern vorliegt. Dies gilt unabhängig von der privatrechtlichen oder hoheitlichen Ausgestaltung der Leistungserbringung. Einen „Anreiz“ für die Besteuerung bildet der Vorsteuerabzug, der den juristischen Personen des öffentlichen Rechts für ihre wirtschaftliche Tätigkeit grundsätzlich auch dann eröffnet ist, wenn die Tätigkeit nicht kostendeckend ist. Durch die umsatzsteuerlichen Erklärungspflichten entsteht der öffentlichen Hand schließlich ein hoher Vorbereitungsaufwand. Die erstmalige Erklärungsabgabe steht regelmäßig bereits zum 10.4.2023 mit der Umsatzsteuer-Voranmeldung für das I. Quartal 2023 an.

„Schleswiger Forum Preis 2022“ vergeben*



Bürgermeister Stephan Dose, VPräs'in OVG Birgit Voß-Güntge, Preisträger Simon Meyer, Preisträger Dr. Assad Yasin, RA'in Dr. Silke Reimer, RA Arno Witt, RiVG Dr. Jakob Tischer. Foto: Jane Dittmer

Im Rahmen des am 17. Juni 2022 veranstalteten „24. Schleswiger Forum zum Öffentlichen Recht“, einer Tagung für Juristinnen und Juristen aller Berufssparten zu aktuellen verwaltungsrechtlichen Themen, hat die Veranstaltergemeinschaft des Forums den diesjährigen „Schleswiger Forum Preis“ in den Kategorien „Herausragende Dissertation“ und „Herausragende Schwerpunktarbeit ‚Staat und Verwaltung‘“ nunmehr zum siebten Mal vergeben. Der Preis ist dotiert mit 2.500 Euro für die Dissertation und mit 500 Euro für die universitäre Schwerpunktarbeit. Stifter sind das Schleswiger

Forum, die Arbeitsgemeinschaft Verwaltungsrecht im Deutschen Anwaltverein – Landesgruppe Schleswig-Holstein – und die Stadt Schleswig.

Die Auswahlentscheidungen orientieren sich am Geist der Tagung, wissenschaftliche Theorie und Praxis des Öffentlichen Rechts miteinander zu verbinden.

In der Kategorie „Herausragende Dissertation“ auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts fiel die Wahl auf die von Herrn Dr. Assad Yasin für seine mit „summa cum laude“ ausgezeichnete Dissertation *Stellenbesetzung im Spannungsfeld rechtlicher Anforderungen und politischer Erforderlichkeit – Zur*

* Der Beitrag ist auch erschienen in: NordÖR 2022, 400.

Anwendung des Grundsatzes der Bestenauslese auf politische Beamte, kommunale Wahlbeamte und Richter an den obersten Gerichtshöfen des Bundes. Herr Dr. Yasin fertigte die Arbeit am Lehrstuhl von Professor Dr. Christoph Brüning an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, wo er gegenwärtig noch als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig ist. Die Laudatio hielt Dr. Silke Reimer, Vertreterin der Arbeitsgemeinschaft Verwaltungsrecht im Deutschen Anwaltverein und Mitglied der dreiköpfigen Jury. Sie hob hervor, dass die Arbeit nicht nur sprachlich sehr ansprechend sei, sondern dass man auch dem Gang der Untersuchung über die besonderen Zugangsvoraussetzungen zu den aufgeführten Berufsgruppen sowie der Betrachtung politischer Erforderlichkeiten gut folgen könne. Die am Ende der Arbeit unterbreiteten Vorschläge an den Gesetzgeber, kritikwürdige Abweichungen vom Grundsatz der Bestenauslese zu begrenzen, seien ihrer Ansicht nach auch praxistauglich. Die Arbeit sei nicht zuletzt für den Bund von erheblichem Interesse und deshalb schon durch das Bundesministerium des Innern gefördert worden.

Den Preis für die „Herausragende Schwerpunktarbeit“ im Schwerpunktbereich „Staat und Verwaltung“ erhielt Simon Meyer für seine wissenschaftliche Arbeit *Schleswig-Holsteinische Glücksspielabgabe – Ihre Zulässigkeit aus finanzverfassungsrechtlicher Sicht unter ergänzender Berücksichtigung*

der Abgabepflicht einer Person, die weder Wohnsitz noch dauernden Aufenthalt in Schleswig-Holstein hat. Besonders beeindruckt zeigte sich der Laudator, der Richter am Verwaltungsgericht Dr. Jakob Tischer, von dem hohen Niveau wissenschaftlichen Arbeitens und dem überaus beachtlichen Verständnis, das der Preisträger schon als Student der Rechtswissenschaften für die Probleme der Finanzverfassung zeige – ein Thema, welches auch für gestandene Juristen keine Materie sei, die sich einem beim ersten Zugriff sofort erschließe. Umso erfreulicher sei es, dass es gelungen sei, das Thema „Glücksspielabgabe und Finanzverfassung“ auch für die praktische Rechtsanwendung zu erschließen. Simon Meyer studiert im 8. Semester an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und ist zugleich als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl von Professor Dr. Florian Becker tätig.

Die Veranstaltergemeinschaft besteht aus: Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Landtages, Bürgermeister der Stadt Schleswig, Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften, Rechtswissenschaftliche Fakultät an der CAU Kiel, Arbeitsgemeinschaft Verwaltungsrecht im Deutschen Anwaltverein – Landesgruppe Schleswig-Holstein –, Kieler Doctores Iuris e.V., Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts, Präsident des Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgerichts und compolcity GmbH.

24. Schleswiger Forum zum Öffentlichen Recht – Zukunft der Gemeindefinanzen im Juni 2022

Aktuelle Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts zum Abgabenrecht mit dem Schwerpunkt Gebührenrecht

Maren Thomsen, Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts



Inhaltsverzeichnis

1. Aktuelle Entscheidungen seit 2020
2. Zitiergebot und sonstige Anforderungen an eine Satzung und deren Bekanntmachung nach Schleswig-Holsteinischem Landesrecht
 - a) Straßenausbaubeitragsrecht (§ 8 KAG) und Zitiergebot
 - b) Erschließungsbeitragsrecht und Zitiergebot
 - c) Kommunale Steuern und Zitiergebot
 - d) Kommunale Gebühren und Zitiergebot
 - aa) Straßenreinigungsgebühren
 - bb) Abfallgebühren
 - e) Ermächtigung zur Kostenerstattung bei Grundstücksanschlussleitungen
 - f) Tourismusabgabe und Zitiergebot
 - g) Ermächtigung zum Erlass rückwirkender Satzungen
 - aa) Zitiergebot
 - bb) Verstoß gegen das Schlechterstellungsverbot des § 2 Abs. 2 Satz 3 KAG
 - h) Sonstige Formalien nach schleswig-holsteinischem Landesrecht
 - aa) Ausfertigung
 - bb) Bekanntmachung
3. Entscheidungsschwerpunkte des OVG Schleswig im Gebührenrecht
 - a) Leistungsbezogene Gebührenberechnung - Rohrbruch

- b) Starkverschmutzerzuschläge
 - aa) Zulässigkeit
 - bb) Grundlagenbescheid
 - cc) Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot
- c) Dreijähriger Ausgleichszeitraum des § 6 Abs. 2 Satz 9 KAG
 - aa) Ermittlung der Kostenüber- bzw. -unterdeckung
 - cc) Fehlerhafte Kalkulation
 - bb) Ausgleichszeitraum

1. Aktuelle Entscheidungen des Schleswig-Holsteinischen OVG seit 2020

Gebührenrecht

- Beschluss vom 12. Januar 2022 – 2 MB 10/21 – Schmutzwassergebühr – Frischwassermaßstab bei Rohrbruch
- Beschluss vom 7. Oktober 2021 – 2 MB 3/21 – Schmutzwassergebühr – Schätzung
- Beschluss vom 15. Juni 2021 – 2 LB 15/19 – für Starkverschmutzerzuschläge nach Verschmutzungsstufen muss das Messverfahren in der Satzung festgelegt sein
- Urteil vom 12. Juni 2020 – 2 KN 2/18 – Straßenreinigungsgebühren, Ausgleich einer festgestellten Kostenüber- oder -unterdeckung im Rechtssinne

Ausbau- und Erschließungsbeiträge

Beschluss vom 6. Mai 2022 – 2 LA 21/19 –, zugelassen nach 2 LB 3/22 (Möglichkeit des Heranfahrens bei engen Straßen erforderlich?)

Beschluss vom 23. März 2022 – 2 LA 463/18 – Entstehen der sachlichen Beitragspflicht, Kreis der Beitragspflichtigen

Urteil vom 10. März 2022 – 2 LB 18/20 – Folgen der Unwirksamkeit eines Einheitssatzes für eine Teileinrichtung

Beschluss vom 22. Oktober 2021 – 2 LA 216/17 – Notwendigkeit einer Widmung im Ausbaubeitragsrecht, Rückwirkung

Urteil vom 8. Juli 2021 – 2 LB 99/18 – Unterschiedliche Verkehrsfunktionen des Straßenzugs

Beschlüsse vom 31. März 2021 – 2 MB 14/20 – und – 15/20 – Erschließungsbeitragsrecht, Zitiergebot und Bekanntmachung

Beschluss vom 5. März 2021 – 2 LA 214/17 – kein Ermessensfehler, den Straßenausbau zeitgleich mit der Sanierung der Kanalisation durchzuführen

Beschluss vom 26. Oktober 2020 – 2 MB 9/20 – keine Berücksichtigung von werthaltigem Altmaterial bei Ermittlung des beitragsfähigen Aufwandes

Beschluss vom 30. April 2020 – 2 LA 228/17 – und – 2 LA 229/17 – langjährige Nutzung der Zufahrt über fremdes Grundstück der Ehefrau begründet kein Wegerecht in Form eines Wohnheitsrechts, Notwegerecht

Steuerrecht

Beschluss vom 4. März 2022 – 5 MB 44/21 – Fehlende Ausnahmeregelung von der Steuerpflicht für Erwerbszweitwohnungen Verheirateter in einer Zweitwohnungssteuersatzung

Beschluss vom 9. September 2021 – 5 LA 1/21 – bei Erfüllung der Tatbestände können die drei Abgabenarten Zweitwohnungssteuer, Kur- und Tourismusabgabe nebeneinander erhoben werden.

Beschluss vom 23. August 2021 – 5 MB 10/21 – zum Steuermaßstab bei Zweitwohnungen

Beschluss vom 12. Mai 2021 – 5 MB 1/21 – Festsetzungsverjährung bei Spielgerätesteuern

Urteil vom 13. Februar 2020 – 2 KN 2/17 – Fortsetzungsfeststellungsinteresse im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens; außer Kraft getretene Pferdesteuersatzung

Urteil vom 9. Januar 2020 – 2 LB 2/19 – Bestreiten des Zugangs des Zweitwohnungssteuerbescheides

Sonstiges Abgabenrecht

Urteil vom 10. Juni 2021 – 2 KN 2/19 – Rechtmäßigkeit einer Schmutzwasserbeseitigungssatzung, Gräben als Gewässer

Urteil vom 13. Februar 2020 – 2 LB 16/19 – Kosten für Einsatz gemeindeeigenen Personals beim Aufwendungsersatzanspruch für die Herstellung eines Grundstücksanschlusskanals

2. Zitiergebot und sonstige Anforderungen an eine Satzung und deren Bekanntmachung nach Schleswig-Holsteinischem Landesrecht

Probleme bereiten in Schleswig-Holstein in der Regel die Anforderungen an eine Satzung, die sich aus dem Zitiergebot des § 66 Abs. 1 Nr. 2 LVwG ergeben. Danach müssen Satzungen die Rechtsvorschriften angeben, welche zum Erlass der Satzung berechtigen.

§ 66 Landesverwaltungsgesetz SH (LVwG) lautet:

(1) Satzungen müssen

1. in der Überschrift als Satzung gekennzeichnet sein,
2. die Rechtsvorschriften angeben, welche zum Erlaß der Satzung berechtigen,
3. auf die erfolgte Beschlußfassung, Genehmigung, Zustimmung oder das Einvernehmen mit anderen Stellen hinweisen, soweit diese durch Rechtsvorschrift vorgeschrieben sind,
4. das Datum angeben, unter dem sie ausgefertigt sind, und
5. den Träger der öffentlichen Verwaltung bezeichnen, der die Satzung erlassen hat.

(2) Satzungen sollen

1. in der Überschrift ihren wesentlichen Inhalt kennzeichnen und
2. bei Gemeinden, Kreisen und Ämtern den örtlichen Geltungsbereich angeben; ist der Geltungsbereich nicht angegeben, so gelten die Satzungen für deren gesamten Bezirk.

Wegen der Anforderungen im Einzelnen herrscht Unsicherheit einerseits im Hinblick auf eine sehr restriktive Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts im Bereich des Beitrags- und Gebührenrechts und eine etwas großzügigere Sichtweise im Bereich des Straßenausbaubeitragsrechts, so dass das Schleswig-Holsteinische Verwaltungsgericht zu letzterem die Berufung zugelassen hatte (u.a. Urteil vom 10. September 2020 – 9 A 131/18 – n.v.). Hierzu hat das Schleswig-Holsteinische Oberverwaltungsgericht im Urteil vom 10. März 2022 – 2 LB 18/20 – entschieden, dass das Zitiergebot durch eine in der Eingangsformel der Straßenausbaubeitragsatzung verwendete Zitierung „[a]ufgrund des § 4 der Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein und der §§ 1, 2 und 8 KAG“ nicht verletzt wird (juris Rn. 67 ff., 69). Im Einzelnen hat es ausgeführt:

Das Zitiergebot des § 66 Abs. 1 Nr. 2 LVwG begründet nach der Rechtsprechung des Schleswig-Holsteinischen OVG eine Pflicht zur Angabe der Ermächtigungsgrundlage. Nicht erforderlich ist die Angabe der Vorschriften, aus denen sich formelle oder materielle Rechtmäßigkeitsanforderungen ergeben. § 66 Abs. 1 Nr. 2 LVwG bezieht sich auch auf diejenigen Normen, aus denen sich ergibt, dass der die Satzung erlassende Träger öffentlicher Verwaltung zur Anwendung einer spezialgesetzlichen Satzungsbefugnis berechtigt ist.

(vgl. OVG Schleswig, Urteile vom 3. September 2019 – 2 KN 5/16 –, juris Rn. 29, vom 13. Februar 2020 – 2 LB 16/19 –, juris Rn. 23, und vom 10. März 2022 – 2 LB 18/20 –, juris Rn. 68, 70).

Eine absatz- oder satzgenaue Nennung der Ermächtigungsgrundlage ist nur dann erforderlich, wenn eine Norm unterschiedliche Rechtsetzungsbefugnisse enthält

(vgl. OVG Schleswig, Urteile vom 3. September 2019 – 2 KN 5/16 –, juris Rn. 29, vom 13. Februar 2020 – 2 LB 16/19 –, juris Rn. 23; und vom 10. März 2022 – 2 LB 18/20 –, juris Rn. 68).

Auf die Frage, ob einzelne der herangezogenen Vorschriften ungeeignet sind, die Satzung oder einzelne ihrer Bestimmungen zu tragen, kommt es dagegen nicht an. Ein Zitierungsüberschuss in diesem Sinne ist unschädlich. Da es nicht erforderlich ist, jeder Satzungsregelung die jeweilige Rechtsgrundlage ausdrücklich zuzuweisen, sondern es ausreicht, die Rechtsgrundlagen am Beginn der Satzung gebündelt aufzuführen, ist auch das Mitbenennen einer unzutreffenden Grundlage jedenfalls dann nicht als Verstoß gegen das Zitiergebot anzusehen, wenn die Prüfung dadurch allenfalls unwesentlich erschwert wird

(zum Ganzen: vgl. OVG Schleswig, Urteile vom 13. Februar 2020 – 2 LB 16/19 –, juris Rn. 24; und vom 10. März 2022 – 2 LB 18/20 –, juris Rn. 68).

a) Straßenausbaubeitragsrecht (§ 8 KAG) und Zitiergebot

Ausgehend davon verstößt die in der Eingangsformel einer Satzung verwendete Zitierung „[a]ufgrund des § 4 der Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein und der §§ 1, 2 und 8 des Kommunalabgabengesetzes“ bei Ausbaubeitragsatzungen nicht gegen das Zitiergebot.

§ 4 der Gemeindeordnung (GO) konkretisiert die durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 46 Abs. 1 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein gewährleistete allgemeine kommunale Satzungsbefugnis

(vgl. Schliesky/Schulz, in: PdK SH, GO, § 4 Rn. 1 <Dezember 2011>, OVG Schleswig, Urteil vom 10. März 2022 – 2 LB 18/20 –, juris Rn. 69).

Die für die Erhebung von Abgaben als Grundrechtseingriff erforderliche besondere gesetzliche Ermächtigung

(vgl. BVerwG, Urteil vom 7. März 1958 – VII C 84.57 –, NJW 1958, S. 960 <961>; Beschluss vom 7. September 1992 – 7 NB 2.92 –, juris Rn. 12 f.; LT-Drs.VI/920, S. 18; Thiemy/Böttcher, KAG, § 2 Rn. 6 m. w. N. <Juli 2019>; Arndt, in: PdK SH, KAG, § 2 Rn. 1 <Mai 2020>)

enthalten § 1 Abs. 1 KAG in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Satz 1 sowie jeweils die spezifischen Regelungen in den §§ 3 und 5 bis 10 KAG

(vgl. OVG Schleswig, Urteil vom 13. Februar 2020 – 2 LB 16/19 –, juris Rn. 25 f.; Thiemy/Böttcher, KAG, § 2 Rn. 7a <Juli 2019> <ohne § 2>; Arndt, in: PdK SH, KAG, § 2 Rn. 1 <Mai 2020> <ohne § 1>),

hier also § 8 KAG

(OVG Schleswig, Urteil vom 10. März 2022 – 2 LB 18/20 –, juris Rn. 69).

Der 2. Senat des OVG Schleswig hatte bereits entschieden, dass eine Gesamtzitation von § 1 und § 2 KAG unschädlich ist

(vgl. OVG Schleswig, Urteil vom 13. Februar 2020 – 2 LB 16/19 –, juris Rn. 25 f.).

Das gilt auch für eine Gesamtzitation von § 8 KAG.

(vgl. OVG Schleswig, Urteil vom 10. März 2022 – 2 LB 18/20 –, juris Rn. 70).

Neben der Ermächtigung zur Beitragserhebung in § 8 Abs. 1 KAG enthält die Vorschrift keine weiteren Rechtsetzungsbefugnisse, sondern lediglich materielle Regelungen. Das gleiche gilt für § 4 GO, der neben der allgemeinen Satzungsbefugnis in § 4 Abs. 1 Satz 1 GO in Absatz 1 Satz 2 und 3 sowie Absatz 2 Verfahrens- und Formvorschriften und in den Absätzen 3 und 4 Heilungsvorschriften für bestimmte Satzungen enthält. Die Nennung von § 4 Abs. 1 Satz 1 GO ist angesichts der spezielleren Regelungen im Kommunalabgabengesetz nicht erforderlich, aber unschädlich. Dennoch empfiehlt es sich, diese wie die anderen überschießenden Zitierungen zur Klarstellung zu beseitigen

(vgl. OVG Schleswig, Urteile vom 13. Februar 2020 – 2 LB 16/19 –, juris Rn. 2; und vom 10. März 2022 – 2 LB 18/20 –, juris Rn. 70).

b) Erschließungsbeitragsrecht und Zitiergebot

Bereits in den Beschlüssen vom 31. März 2021 – 2 MB 14/20 – und – 2 MB 15/20 – hat das OVG Schleswig zu den Formalien nach Schleswig-Holsteinischem Landesrecht klargestellt, dass sich das Zitiergebot des § 66 Abs. 1 Nr. 2 LVwG nicht auf die Regelungen in § 133 Abs. 3 Satz 5 oder § 127 BauGB erstreckt (juris Rn.16). Allein die Regelung des § 132 BauGB stellt die verfassungsrechtlich unbedenkliche (bundesrechtliche) Ermächtigungsgrundlage für den Erlass von Erschließungsbeitragssatzungen durch die Gemeinden dar. Vorschriften des Kommunalabgabengesetzes müssen nicht zusätzlich auch noch zitiert werden (juris Rn. 18).

§ 132 BauGB lautet:

Die Gemeinden regeln durch Satzung

1. die Art und den Umfang der Erschließungsanlagen im Sinne des § 129,
2. die Art der Ermittlung und der Verteilung des Aufwands sowie die Höhe des Einheitssatzes,
3. die Kostenspaltung (§ 127 Absatz 3) und
4. die Merkmale der endgültigen Herstellung einer Erschließungsanlage.

Die Regelungen in §§ 20, 11 Abs. 1 Satz 1 KAG beziehen sich nur auf den Erlass und die Bekanntgabe der Beitragssatzung, die sich mangels bundesrechtlicher Vorschriften nach Landesrecht richtet; sie beinhalten jedoch keine Satzungsermächtigung für die Gemeinde. Diese ergibt sich ausschließ-

lich aus § 132 BauGB.

(vgl. OVG Schleswig, Beschlüsse vom 31. März 2021 – 2 MB 14/20 – und – 2 MB 15/20 –, juris Rn. 18).

c) Kommunale Steuern und Zitiergebot

In den Urteilen vom 3. September 2019 – 2 KN 4/16 – und – 2 KN 5/16 – hat der vormalig für das Steuerrecht zuständige 2. Senat des OVG Schleswig zum Zitiergebot bei der Vergnügungssteuer ausgeführt (juris Rn. 29 ff.):

Das satzungsrechtliche Zitiergebot des § 66 Abs. 1 Nr. 2 LVwG verlangt, dass Satzungen die Rechtsvorschriften angeben, welche zum Erlass der Satzung berechtigen. Die Formvorgaben des § 66 LVwG sind neben den inhaltlichen Vorgaben des § 2 Abs. 1 Satz 2 KAG zu beachten. Das bedeutet (siehe bereits oben zur absatz- oder satzgenauen Nennung der Ermächtigungsgrundlage, wenn eine Norm unterschiedliche Rechtsetzungsbefugnisse enthält), dass die bloße Benennung des § 3 KAG als Grundlage der Besteuerungskompetenz in der Einleitungsformel einer Spielgerätesatzung nicht genügt, um entsprechend den Anforderungen des § 66 Abs. 1 Nr. 2 LVwG die Ermächtigungsgrundlage hinreichend konkret anzugeben. § 3 Abs. 2 KAG ist für die Erhebung einer Vergnügungssteuer für das Vorhalten von Spiel- und Geschicklichkeitsgeräten die speziellere Ermächtigung gegenüber § 3 Abs. 1 KAG.

§ 3 KAG ermächtigt verschiedene Rechtsträger zur Erhebung jeweils verschiedener Arten von Steuern. Die Vorschrift lautet:

§ 3 KAG (Steuern)

- (1) Die Gemeinden und Kreise können vorbehaltlich der Absätze 2 bis 7 örtliche Verbrauchs- und Aufwandsteuern erheben, soweit sie nicht dem Land vorbehalten sind. Eine gemeinsame Erhebung von Steuern oder eine Beteiligung an ihrem Aufkommen ist ausgeschlossen. Das Aufkommen einzelner Steuern darf nicht bestimmten Zwecken vorbehalten werden.
- (2) Eine Vergnügungssteuer für das Halten von Spiel- und Geschicklichkeitsgeräten können nur die Gemeinden erheben, und dies nur soweit derartige Geräte nicht in Einrichtungen gehalten werden, die der Spielbankabgabe unterliegen. Die Erhebung einer Vergnügungssteuer auf Filmvorführungen in Filmtheatern ist unzulässig.
- (3) Eine Steuer auf die Ausübung des Jagdrechts (Jagdsteuer) können nur die Kreise und kreisfreien Städte erheben.
- (4) Die Erhebung einer Steuer auf die Erlaubnis zum Betrieb eines Gaststättengewerbes (Gaststättenerlaubnissteuer/Schankerlaubnissteuer) sowie einer Getränkesteuer ist unzulässig.
- (5) Eine Steuer auf Übernachtungsleistungen darf nicht erhoben werden, wenn eine Gemeinde eine Kurabgabe oder eine Tourismusabgabe nach § 10 erhebt.
- (6) Bei der Erhebung der Hundesteuer darf die Höhe des Steuersatzes für das Halten eines Hundes nicht von der Zugehörigkeit des Hundes zu einer bestimmten Rasse abhängig gemacht werden.
- (7) Eine Steuer auf das Halten oder entgeltliche Nutzen von Pferden darf nicht erhoben werden.
- (8) Wird eine Steuer als Jahressteuer erhoben, kann durch Satzung festgelegt werden, dass der Steuerpflichtige Vorauszahlungen auf die Steuer zu entrichten hat, die er für den laufenden Veranlagungszeitraum voraussichtlich schulden wird.

Zur Begründung hat das OVG Schleswig darauf hingewiesen, dass die Spielgeräte- bzw. Automatensteuer zwar eine örtliche Aufwandsteuer im Sinne des Art. 105 Abs. 2a GG und damit auch eine örtliche Aufwandsteuer im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 KAG. § 3 Abs. 2 KAG sei, jedoch für die Erhebung einer Vergnügungssteuer für das Vorhalten von Spiel- und Geschicklichkeitsgeräten die speziellere Ermächtigung gegenüber § 3 Abs. 1 KAG. Dies ergebe sich nicht nur aus dem Wortlaut, sondern werde auch durch die Entstehungsgeschichte belegt. Die gemeindliche Besteuerungskompetenz zur Erhebung einer Vergnügungssteuer für das Halten von Spiel- und Geschicklichkeitsgeräten wurde 1989 mit § 3 Abs. 3 KAG a.F. geschaffen. Das bis dahin bestehende Erhebungsverbot für eine Vergnügungssteuer sollte gelockert

(LT-Drs. 12/108, S. 10) und für die Gemeinden und Städte die Möglichkeit geschaffen werden, über den Weg der Erhebung einer Spielgerätesteuern die kommunalen Einnahmen zu verbessern.

(vgl. OVG Schleswig, Urteile vom 3. September 2019 – 2 KN 4/16 –, juris Rn. 38 ff., und – 2 KN 5/16 –, juris Rn. 34 ff.).

d) kommunale Gebühren und Zitiergebot

aa) Straßenreinigungsgebühren

Die Ermächtigung zur Erhebung von Straßenreinigungs- und Wintergebühren folgt aus § 45 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 Halbsatz 1 StrWG und nicht aus § 6 KAG

(OVG Schleswig, Urteil vom 12. Juni 2020 – 2 KN 2/18 –, juris Rn. 18).

Im Weiteren heißt es im Urteil des OVG Schleswig vom 12. Juni 2020 – 2 KN 2/18 – (juris Rn. 18):

§ 45 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 Halbsatz 2 StrWG regelt, dass die für die Straßenreinigung bzw. den Winterdienst Kostenersatzpflichtigen als Benutzerinnen und Benutzer einer Einrichtung im Sinne des § 6 KAG gelten. Dies stellt eine Fiktion dar, die zur Anwendbarkeit des § 6 KAG auf Straßenreinigungs- und Winterdienstgebühren notwendig ist, da eine Benutzung der Einrichtung durch die Pflichten gerade nicht stattfindet, sondern die Gemeinde dafür sorgt, dass die öffentlichen Straßen sauber gehalten werden.

Einer absatzgenauen Zitierung bedarf es in Bezug auf § 45 StrWG nicht, da dieser keine Ermächtigungsgrundlage zur Erhebung unterschiedlicher Abgaben beinhaltet, sondern die Straßenreinigung hinsichtlich ihres Umfangs regelt und diese in Absatz 3 Satz 1 der Gemeinde auferlegt. Soweit § 45 Abs. 3 Satz 2 StrWG die Gemeinde ermächtigt, nicht nur Gebühren für die Reinigung zu erheben, sondern diese (auch teilweise) den Eigentümerinnen und Eigentümern der anliegenden Grundstücke oder den zur Nutzung Berechtigten (vgl. § 45 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StrWG) aufzuerlegen, führt auch dies nicht zu einer absatzgenauen Zitierungspflicht, da eine Irreführung hinsichtlich der Ermächtigungsgrundlage zur Erhebung der Straßenreinigungs- und Winterdienstgebühren deshalb nicht zu besorgen ist.

(OVG Schleswig, Urteil vom 12. Juni 2020 – 2 KN 2/18 –, juris Rn. 18).

bb) Abfallgebühren

Oftmals ist die Abfallbeseitigung von den dafür nach § 3 Abs. 1 LAbfwG zuständigen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern, den Kreisen und kreisfreien Städten, auf andere, insbesondere kommunale Zweckverbände übertragen. Hier müssen Satzungen, um dem Zitiergebot zu genügen (§ 66 Abs. 1 Nr. 2 LVwG SH), auch diejenigen Normen angeben, aus denen sich ergibt, dass der konkrete Träger der öffentlichen Verwaltung selbst zum Erlass der Satzung befugt ist. Ergibt sich diese Befugnis aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag, ist jedenfalls die Norm zu nennen, die zur Übertragung der Satzungsbefugnis berechtigt.

(vgl. OVG Schleswig, Urteil vom 27. Juni 2019 – 2 KN 1/19 –, juris Lse 2 und 3, Rn. 52).

Nach § 3 Abs. 4 Satz 1 LAbfwG kann ein Kreis einem Zweckverband durch Satzung oder durch öffentlich-rechtlichen Vertrag die Aufgabe der Abfallentsorgung ganz oder teilweise übertragen. § 19 Abs. 1 Satz 1 GkZ fügt sodann die Befugnis hinzu, mit der Aufgabe auch die dazugehörige Satzungsbefugnis zu übertragen, so dass diese beiden Normen zu nennen wären. Erfolgt die Aufgabenübertragung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag, sind § 3 Abs. 4 Satz 1 LAbfwG, §§ 18, 19 GkZ zu nennen.

(vgl. OVG Schleswig, Urteil vom 27. Juni 2019 – 2 KN 1/19 –, juris Rn. 50, 52).

Dazu heißt es in dem Urteil des OVG Schleswig vom 27. Juni 2019 – 2 KN 1/19 – (juris Rn. 53):

Zwar verpflichtet § 66 Abs. 1 Nr. 2 LVwG nicht dazu, den Vertrag zwischen dem Kreis und dem Zweckverband zu nennen, weil es sich bei einem öffentlich-rechtlichen Vertrag nicht um eine Rechtsvorschrift handelt. Auch liegt kein Fall des § 66 Abs. 1 Nr. 2 LVwG vor. Eine Bezugnahme auf den Vertrag wäre gleichwohl nicht schädlich und aus Sicht des OVG Schleswig vor allem vor dem Hintergrund einer transparenten und bürgerfreundlichen Verwaltung zu begrüßen.

e) Ermächtigung zur Kostenerstattung bei Grundstücksanschlussleitungen

§ 9a Abs. 1 KAG regelt, dass in einer Satzung bestimmt werden kann, dass den beitragsberechtigten kommunalen Körperschaften der Aufwand für die Herstellung, Erneuerung, Veränderung und Beseitigung sowie die Kosten für die Unterhaltung eines Haus- oder Grundstücksanschlusses an leitungsgebundenen Ver- und Entsorgungseinrichtungen erstattet wird. Es handelt sich dabei um einen landesrechtlichen Anspruch, der dem zivilrechtlichen Aufwendungsersatz bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag nachgebildet ist. Die Ermächtigung zum Satzungserlass für die Kostenerstattung bzw. den Aufwandsersatz folgt also aus § 9a Abs. 1 Satz 1 KAG.

(vgl. OVG Schleswig, Urteil vom 13. Februar 2020 – 2 LB 16/19 –, juris Rn. 21).

Im weiteren heißt es hierzu im Urteil des OVG Schleswig vom 13. Februar 2020 – 2 LB 16/19 – (juris Rn. 25), dass vor diesem Hintergrund die überschießende Zitierung insbesondere von § 1 Abs. 2 und 3 KAG nicht geeignet ist, einen Irrtum hinsichtlich der Rechtsträgerschaft der Kommune bzw. der ihr zustehenden Satzungsbefugnis zu begründen. Ein Verstoß gegen das Zitiergebot gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 2 LVwG ist nicht darin zu sehen, dass in der Präambel neben § 9a KAG auch §§ 1 und 2 KAG insgesamt zitiert werden, statt diese im Hinblick auf ihre Regelungsinhalte absatzgenau zu zitieren.

f) Tourismusabgabe und Zitiergebot

Nach Neufassung des § 10 KAG (Fassung ab 1. August 2014) kann eine Gemeinde nicht mehr die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe beschließen, sondern nur noch eine Tourismusabgabe.

(vgl. OVG Schleswig, Urteil vom 14. September 2017 – 2 KN 3/15 –, juris Ls und Rn. 57).

Es handelt sich nicht nur um eine geänderte Bezeichnung der Abgabe, sondern auch der Kreis der zur Erhebung der Abgabe berechtigten Gemeinden und Städte und die Voraussetzung für deren Berechtigung zur Abgabenerhebung haben sich geändert. Entscheidend ist aber schon, dass sich der Name der Abgabe verändert hat. Es ist im Rechtsstaat von grundlegender Bedeutung, dass der Abgabepflichtige die Norm, aufgrund derer er zur Zahlung herangezogen wird, finden kann. Sucht er im geltenden Kommunalabgabengesetz nach einer Fremdenverkehrsabgabe, kann er eine solche nicht mehr finden).

Zwar steht einer Fortgeltung der Satzung nicht entgegen, dass die im Zeitpunkt des Erlasses der Satzung gegebenen Voraussetzungen später entfallen sind. Es ist anerkannt, dass das nachträgliche Erlöschen oder auch die nachträgliche Änderung einer Ermächtigung ohne Einfluss auf den Rechtsbestand einer ordnungsgemäß erlassenen Rechtsverordnung ist. Für den Rechtsbestand einer ordnungsgemäß erlassenen kommunalen Satzung gilt nichts anderes, und zwar auch dann nicht, wenn die inhaltlichen Voraussetzungen der Ermächtigung später entfallen

(vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. März 1977 – 2 BvR 812/74 – juris Rn. 26 m.w.N., OVG Schleswig, Urteil vom 14. September 2017 – 2 KN 3/15 –, juris Rn. 5).

Zu prüfen ist, ob der kommunale Normgeber im Zeitpunkt der Normsetzung zu diesem Akt der Rechtsetzung ermächtigt war

(vgl. BVerwG, Urteil vom 23. November 2005 – 8 C 14.04 –, juris Rn. 12 OVG Schleswig, Urteil vom 14. September 2017 – 2 KN 3/15 –, juris Rn. 55).

Mit der Änderung des Kommunalabgabengesetzes ist der ehemalige Absatz 5 zu Absatz 6 geworden. Absatz 5 regelt das Recht zur Erhebung von Gebühren neben der Kurabgabe und enthält keine Ermächtigung für die Erhebung einer Fremdenverkehrsabgabe oder einer Tourismusabgabe; diese findet sich vielmehr nun in § 10 Abs. 6 KAG.

g) Ermächtigung zum Erlass rückwirkender Satzungen

aa) Zitiergebot

Da sich die Ermächtigung zum Erlass einer rückwirkenden Satzung allein aus der spezifischen Satzungsbefugnis selbst ergibt, muss eine rückwirkend in Kraft gesetzte Satzung nicht § 2 KAG zitieren. § 2 Abs. 2 KAG normiert nur Einschränkungen in Gestalt von Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen im Falle des rückwirkenden Erlasses von Normen. Der Landesgesetzgeber nimmt damit lediglich eine Konkretisierung bzw. Einschränkung der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze zur Rückwirkung von Normen vor

(vgl. zum Ganzen: OVG Schleswig, Urteile vom 12. Juni 2020 – 2 KN 2/18 –, juris Rn. 17; und vom 13. Februar 2020 – 2 LB 16/19 –, juris Rn. 26, jeweils mwN.).

Die Antragsgegnerin kann gemäß § 2 Abs. 2 KAG mit rückwirkender Kraft eine Satzung erlassen, auch wenn sie eine die gleiche Abgabe enthaltende Regelung ohne Rücksicht auf deren Rechtswirksamkeit ausdrücklich ersetzt. Bei einer Ergänzung nur der Ermächtigungsgrundlagen droht insofern auch kein Verstoß gegen das Schlechterstellungsverbot aus § 2 Abs. 2 Satz 3 KAG.

(OVG Schleswig, Urteil vom 3. September 2019 – 2 KN 4/16 –, juris Rn. 47)

bb) Verstoß gegen das Schlechterstellungsverbot des § 2 Abs. 2 Satz 3 KAG

Nach § 2 Abs. 2 Satz 3 KAG dürfen Abgabepflichtige durch eine rückwirkend erlassene Satzung nicht ungünstiger gestellt werden als nach der bisher geltenden Satzung. Bereits aus dem Wortlaut dieser Bestimmung folgt, dass der Abgabepflichtige im Falle einer rückwirkend erlassenen Satzung durch die Satzung selbst vor einer Schlechterstellung gegenüber den Regelungen der bisherigen Satzung gesichert werden muss

(vgl. OVG Schleswig, Urteile vom 20. März 2002 – 2 K 4/00 –, juris Ls 2, Rn. 17; und vom 14. September 2017 – 2 KN 3/15 –, juris Rn. 44).

Gegen eine Rückwirkung bestehen vor dem Hintergrund des Schlechterstellungsverbot nur dann keine Bedenken, wenn sich keine Änderungen oder jedenfalls keine Verschlechterungen für die Abgabepflichtigen ergeben haben

(vgl. OVG Schleswig, Urteile vom 23. September 2009 – 2 LB 34/08 –, juris Rn. 40; und vom 14. September 2017 – 2 KN 3/15 –, juris Rn. 45).

Haben sich jedoch Änderungen ergeben, die auch zu einer Schlechterstellung der Abgabepflichtigen führen, etwa weil der Kreis der Abgabepflichtigen mit der neuen Satzung erweitert worden ist, begründet dies einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot mit der Folge, dass die Satzung nicht rückwirkend in Kraft tritt, sondern mit dem Tag nach Bekanntmachung

(OVG Schleswig, Urteil vom 14. September 2017 – 2 KN 3/15 –, juris Rn. 44).

h) sonstige Formalien nach schleswig-holsteinischem Landesrecht

Mit der Einhaltung weiterer Formalien nach schleswig-holsteinischem Landesrecht musste sich das Schleswig-Holsteinische Oberverwaltungsgericht in einem gebührenrechtlichen Urteil vom 10. Juni 2021 – 2 KN 2/19 – (juris Rn. 65 ff.) befassen. Dies war auch davor und danach vielfach Gegenstand weiterer Entscheidungen der Senate des Gerichts in Verfahren, in denen die Wirksamkeit der den Streitfällen jeweils zugrundeliegenden Satzungen inmitten stand, so dass die Grundsätze hier dargestellt werden sollen:

aa) Ausfertigung

Auch wenn eine Satzung nur auf der letzten Seite unterschrieben ist, kann sie im Einklang mit geltendem, höherrangigem Recht ordnungsgemäß ausgefertigt worden sein

(OVG Schleswig, Urteil vom 10. Juni 2021 – 2 KN 2/19 –, juris Rn. 65 mwN).

Das Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG, gebietet es, dass Rechtsnormen ausgefertigt werden, um sicherzustellen, dass diese nicht mit einem anderen als dem vom Normgeber gewollten Inhalt erlassen werden

(vgl. BVerwG, Urteile vom 1. Juli 2010 – 4 C 4.08 –, juris Rn. 13; und vom 5. Februar 2009 – 7 CN 1.08 –, juris Rn. 23; Beschluss vom 16. Mai 1991 – 4 NB 26.90 –, juris Rn. 19).

Dies dokumentiert die Identität der anzuwendenden Norm und ihres Inhalts mit dem vom Normgeber Beschlossenen

(„Identitätsfunktion“, „Beurkundungs- und Gewährleistungsfunktion“; vgl. BVerwG, Beschluss vom 4. September 2014 – 4 B 29.14 –, juris Rn. 5 mwN).

Die Ausfertigung ist Wirksamkeitsvoraussetzung einer Norm

(vgl. BVerwG, Urteile vom 1. Juli 2010 – 4 C 4.08 –, juris Rn. 13; und vom 5. Februar 2009 – 7 CN 1.08 –, juris Rn. 23; zum Ganzen: OVG Schleswig, Urteil vom 10. Juni 2021 – 2 KN 2/19 –, juris Rn. 66).

Regeln über Art, Inhalt und Umfang der Ausfertigung gehören zum (irrevisiblen) Landesrecht

(vgl. BVerwG, Urteil vom 11. November 2015 – 8 CN 2.14 –, juris Rn. 30; Beschlüsse vom 4. September 2014 – 4 B 29.14 –, juris Rn. 5; und vom 27. Januar 1998 – 4 NB 3.97 –, juris Rn. 1; zum Ganzen: OVG Schleswig, Urteil vom 10. Juni 2021 – 2 KN 2/19 –, juris Rn. 66 mwN).

In Schleswig-Holstein trifft das Landesrecht keine konkrete Regelung, wie auszufertigen ist. Vielmehr findet sich in § 66 Abs. 1 Nr. 3 LVwG lediglich die Regelung, dass Satzungen das Datum anzugeben haben, unter dem sie ausgefertigt sind. Die Anforderungen an die Ausfertigung sind daher aus deren Funktion abzuleiten. Die Ausfertigung hat die Aufgabe, mit öffentlich-rechtlicher Wirkung zu bezeugen, dass die textliche und gegebenenfalls zeichnerische Fassung der Rechtsvorschriften mit dem Willen des Rechtsetzungsberechtigten übereinstimmt. Durch die Ausfertigung entsteht die Originalurkunde. Das Ausfertigungsoriginal bezeugt die Übereinstimmung des Inhalts der Normurkunde mit dem Willen des Rechtsetzungsberechtigten („Authentizität“) sowie die Einhaltung des für die Normgebung gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens („Legalität“)

(vgl. OVG Schleswig, Urteile vom 14. Mai 2020 – 1 KN 5/19 –, juris Rn. 58; vom 8. Mai 1996 – 1 L 158/95 –, juris Rn. 25; und vom 18. Januar 2018 – 3 KN 4/14 –, juris Rn. 37, jeweils m. w. N.; zum Ganzen: OVG Schleswig, Urteil vom 10. Juni 2021 – 2 KN 2/19 –, juris Rn. 67 mwN).

Diese Funktion kann die Ausfertigung einer mehrere Seiten umfassenden Satzung erfüllen, wenn entweder alle Einzelteile bzw. Einzelblätter fest miteinander verbunden oder jeweils einzeln ausgefertigt sind

(vgl. OVG Schleswig, Beschluss vom 24. September 2020 – 1 MR 5/20 –, juris Rn. 39; Urteil vom 14. Mai 2020 – 1 KN 5/19 –, juris Rn. 60).

Ferner ist einer ordnungsgemäßen Ausfertigung dann genügt, wenn sich eine nur auf einem Blatt erfolgte Ausfertigung auch ohne eine körperliche Verbindung auf die anderen Blätter erstreckt. Dies ist der Fall, wenn alle Einzelblätter zusammen mit dem ausgefertigten Einzelblatt durch eine Art „gedanklicher Schnur“ untereinander derart verknüpft sind, dass jeder Zweifel an der Zugehörigkeit der nicht gesondert ausgefertigten Einzelblätter zur Gesamtnorm ausgeschlossen ist oder auf den ausgefertigten Teilen/Seiten in einer Weise auf die nicht ausgefertigten Bestandteile der Norm Bezug genommen wird, die jeden Zweifel an der Identität bzw. Zusammengehörigkeit ausschließt

(vgl. OVG Schleswig, Beschluss vom 24. September 2020 – 1 MR 5/20 –, juris Rn. 39; Urteil vom 14. Mai 2020 – 1 KN 5/19 –, juris Rn. 61; VGH München, Beschluss vom 25. Januar 2021 – 1 ZB 20.409 –, juris Rn. 7; Urteil vom 4. August 2017 – 15 N 15.1713 –, juris Rn. 20; OVG Bautzen, Urteil vom 6. Juni 2001 – 1 D 442/99 –, juris Rn. 35; vgl. zur Erfüllung der Identitätsfunktion bei zweifelsfrei feststellbarem Inhalt BVerwG, Beschluss vom 16. Mai 1991 – 4 NB 26.90 –, juris Rn. 19).

Denn verfassungsrechtlich bedarf es im Rahmen der Ausfertigung nicht zwingend der Herstellung einer einheitlichen (Original-) Urkunde, sofern die Ausfertigung geeignet ist zu bestätigen, dass die zu verkündende Fassung der Rechtsnorm mit der vom Normgeber beschlossenen Fassung übereinstimmt

(vgl. BVerwG, Beschluss vom 4. September 2014 – 4 B 29.14 –, juris Rn. 5 mwN; OVG Schleswig, Beschluss vom 24. September 2020 – 1 MR 5/20 –, juris Rn. 39; zum Ganzen: vgl. auch, Urteil vom 10. Juni 2021 – 2 KN 2/19 –, juris Rn. 68 mwN).

Eine gedankliche Schnur kann sich auch durch hinreichend definierte Bezugnahmen zeigen. Eine zweifelsfreie Individualisierung kann z. B. bei einem Text über mehrere Seiten dadurch ermöglicht werden, dass über die fortlaufende Seitenzahlangebe sowie durch die Angabe eines Datums und eines Regelungsbezugs auf allen zur Norm gehörenden Seiten eindeutig bestimmt wird, welche Einzelteile vom Ausfertigungsvermerk erfasst werden

(vgl. OVG Schleswig, Beschluss vom 24. September 2020 – 1 MR 5/20 –, juris Rn. 39; Urteil vom 14. Mai 2020 – 1 KN 5/19 –, juris Rn. 61; VGH München, Urteil vom 4. August 2017 – 15 N 15.1713 –, juris Rn. 20; zum Ganzen: OVG Schleswig, Urteil vom 10. Juni 2021 – 2 KN 2/19 –, juris Rn. 69).

Im Streitfall (OVG Schleswig, Urteil vom 10. Juni 2021 – 2 KN 2/19 –) hatte die Satzung auf Seite 2 ein den gesamten nachfolgenden Satzungsinhalt verklammerndes Inhaltsverzeichnis und bestand aus fortlaufend nummerierten Seiten, wobei die Textumbrüche jeweils unmittelbar an die Folgeseiten anknüpften, und schloss mit der eigenhändigen Unterzeichnung durch die Verbandsvorsteherin nebst Datum.

bb) Bekanntmachung

Das Verfahren der örtlichen Bekanntmachung und Verkündung ist in der Landesverordnung über die örtliche Bekanntmachung und Verkündung (Bekanntmachungsverordnung – BekanntVO) geregelt, die auf Grundlage der Verordnungsermächtigung in § 329 LVwG erlassen worden ist.

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BekanntVO in der bis zum 28. Oktober 2020 geltenden Fassung erfolgen die örtlichen Bekanntmachungen und Verkündungen des Trägers der öffentlichen Verwaltung in der Bekanntmachungsform Internet dadurch, dass sie im Internet bereitgestellt werden und in der Zeitung unter Angabe der Internetadresse hierauf hingewiesen wird; der Hinweis in der Zeitung entfällt bei Bekanntmachungen, die keine Rechtsetzungsvorhaben betreffen

(OVG Schleswig, Urteil vom 10. Juni 2021 – 2 KN 2/19 –, juris Rn. 72).

Nach der seit dem 29. Oktober 2020 geltenden Fassung des § 4 Abs. 1 Satz 1 BekanntVO erfolgen die örtlichen Bekanntmachungen und Verkündungen des Trägers der öffent-

lichen Verwaltung in der Bekanntmachungsform Internet dadurch, dass sie im Internet unter Angabe des Bereitstellungstages (§ 7 Abs. 1 Nr. 3), d.h. des Tages, an dem sie im Internet verfügbar sind, bereitgestellt werden.

Absatz 2 ist zur Vorgängerausfertigung unverändert geblieben. In Absatz 3 ist in Satz 1 eingefügt worden, dass die Bereitstellung auch durch einen anderen Träger der öffentlichen Verwaltung erfolgen kann.

§ 1 BekanntVO ist ebenfalls unverändert geblieben und ermöglicht auch weitere Formen der örtlichen Bekanntmachung und Verkündung:

- (1) Örtliche Bekanntmachungen und Verkündungen der Gemeinden, Kreise und Ämter erfolgen durch
 1. Abdruck in der Zeitung,
 2. Abdruck im amtlichen Bekanntmachungsblatt des Trägers der öffentlichen Verwaltung,
 3. Bereitstellung im Internet oder
 4. Aushang.
- (2) ...
- (3) Zuständig für die Durchführung der örtlichen Bekanntmachung und die Verkündung sind die Behörden der Träger der öffentlichen Verwaltung.

3. Entscheidungsschwerpunkte des OVG Schleswig im Gebührenrecht

a) Leistungsbezogene Gebührenberechnung – Rohrbruch

Im Beschluss vom 12. Januar 2022 – 2 MB 10/21 – ging es um die Festsetzung einer Zusatzgebühr für letztlich 1100 m³ Schmutzwasser, die aufgrund einer Satzungsregelung zu einem teilweisen „Erstattungsanspruch“ bei einem unverschuldeten (Wasser)Rohrbruch erhoben wurde.

Satzungsregelung:

Die Schmutzwassergebühr wurde nach einem Frischwassermaßstab erhoben. Die Satzungsregelung ermöglichte auf Antrag eine teilweise Erstattung der Zusatzgebühren, wenn die Gebührenabrechnung infolge eines nachgewiesenen und vom Gebührenpflichtigen unverschuldeten Wasserrohrbruchs erhöht ist. Der Antrag war spätestens einen Monat nach dem Ereignis und der Möglichkeit der Kenntnisnahme zu stellen. Bei der Monatsfrist handelte es sich um eine Ausschlussfrist, das heißt, Anträge, die nach der Monatsfrist beim Kommunalunternehmen eingingen, wurden nicht berücksichtigt. Der Nachweis des Wasserrohrbruchs und der Versickerung des Wassers hatte durch überprüfbare Rechnungen über die Reparatur und Anerkennung einer Versicherung zu erfolgen. Dieser Nachweis konnte auch nach Ablauf der Antragsfrist bis zum Ende des jeweiligen Erhebungszeitraums erbracht werden. Die Zusatzgebühren wurden anhand der durchschnittlichen Verbrauchsmenge des Vorjahres bzw. der Vorjahre, mindestens jedoch mit 50 m³ pro Person und Jahr bei Wohngrundstücken errechnet; der Differenzbetrag wird erstattet. Bei sonstigen Grundstücken war der Nachweis über Einzelgutachten auf Kosten des Gebührenpflichtigen zu führen.

Dies bedeutete, dass infolge eines Rohrbruchs nachweislich nicht in die öffentliche Abwasseranlage gelangtes Wasser nur dann nicht Maßstab für die Schmutzwassergebühr war, wenn der Rohrbruch innerhalb einer Ausschlussfrist von einem Monat ab Möglichkeit der Kenntnisnahme angezeigt wurde, wenn zudem der Rohrbruch unverschuldet verursacht worden war und auch erst bei Wassermengen über 50 m³.

Das hat das OVG Schleswig beanstandet:

Die Zusatzgebühr für die Schmutzwasserbeseitigung ist nach einem die tatsächliche Inanspruchnahme berücksichtigenden Maßstab zu erheben. Insoweit ist der Frischwasserbezug zwar grundsätzlich ein zulässiger Wahrscheinlichkeitsmaßstab für die Berechnung der Entwässerungsgebühren

(vgl. dazu nur OVG Schleswig, Urteil vom 10. Dezember 2010 – 2 LB 24/10 –, juris Rn. 22 mit Verweis auf BVerwG, Beschluss vom 28. März 1995 – 8 N 3.93 –, juris Rn. 16; OVG Schleswig, Beschluss vom 12. Januar 2022 – 2 MB 10/21 –, juris Rn. 8).

Dies gilt aber nur dann, wenn die Satzung Absetzungsansprüche wegen nachweislich nicht in die Abwasseranlage gelangten Wassers als notwendigen Bestandteil des Abwassergebührenmaßstabs vorsieht

(vgl. dazu OVG Bautzen, Urteil vom 29. Juni 2020 – 5 A 1130/17 –, juris Ls 1 und Rn. 28 m. w. N.; OVG Schleswig, Beschluss vom 12. Januar 2022 – 2 MB 10/21 –, juris Rn. 8).

Zunächst hat das OVG Schleswig die oben wiedergegebene Satzungsbestimmung trotz des Wortlauts

(„Absetzung“ einerseits und „Erstattung“ andererseits, was auf ein vom Gebührenmaßstab gesondertes Erstattungsverfahren hindeutet),

rechtskonform dahingehend ausgelegt, dass die danach abzusetzende Wassermenge bereits bei Erhebung der Gebühr und nicht erst nach deren Festsetzung in einem davon unabhängigen Verfahren zu berücksichtigen ist.

(Ein anderes Verständnis verstieße gegen § 6 Abs. 4 Satz 1 KAG und führe zur Rechtswidrigkeit des Frischwassergebührenmaßstabes insgesamt, weil damit Benutzungsgebühren ohne tatsächliche Nutzung der öffentlichen Abwasseranlage erhoben würden, vgl. OVG Schleswig, Beschluss vom 12. Januar 2022 – 2 MB 10/21 –, juris Rn. 11).

Absetzungsansprüche müssen notwendiger Bestandteil der Gebührensatzung sein, damit sie nicht gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 GG) und das Äquivalenzprinzip verstoßen. Zudem bedeutete ein Verweis des Gebührenpflichtigen auf ein gesondertes Erstattungsverfahren, dass diesem dadurch durch Satzung sein Anfechtungsrecht ausgeschlossen und damit sein Rechtsschutz beschnitten würde. Dafür fehlte dem Satzungsgeber aber die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage

(vgl. dazu auch OVG Bautzen, Urteil vom 29. Juni 2020 – 5 A 1130/17 –, juris Ls 1 und Rn. 23 ff. m. w. N.; OVG Schleswig, Beschluss vom 12. Januar 2022 – 2 MB 10/21 –, juris Rn. 11).

Die einmonatige Ausschlussfrist mit Fristlauf ab Möglichkeit der Kenntnisaufnahme vom Schadensereignis für den Absetzungsantrag hielt das OVG Schleswig für zu knapp bemessen. Sachlich einleuchtende Gründe für einen derartig – in den meisten Fällen – sehr frühen und ohne weitere Warnfunktion – wie etwa wenn die Frist erst mit Bekanntgabe des Gebührenbescheides zu laufen beginnt – laufenden Fristbeginn sind auch nicht mit Blick auf eine zeitnahe Überprüfungsmöglichkeit des Vorliegens eines Wasserrohrbruchs und der Angaben des Gebührenpflichtigen zu der dabei abgegangenen Wassermenge

(vgl. dazu OVG Magdeburg, Urteil vom 15. Dezember 2016 – 4 L 162/15 –, juris Ls 2 und Rn. 28)

ersichtlich. Beweisschwierigkeiten in Bezug auf das schädigende Ereignis – hier: Wasserrohrbruch – und die dabei abgegangene Wassermenge gehen unabhängig von einer zeitnahen Feststellung zu Lasten des Gebührenpflichtigen, sodass ein derartig früher Präklusionszeitpunkt und ein damit verbundener Rechtsverlust nicht sachgerecht wäre

(vgl. zum Ganzen: OVG Schleswig, Beschluss vom 12. Januar 2022 – 2 MB 10/21 –, juris Rn. 12).

Demgegenüber wäre der Gebührenpflichtige nach Bekanntgabe des Bescheides und einer von diesem Zeitpunkt an laufenden Frist von einem Monat nicht schutzwürdig, weil er, um Rechtsschutz zu erlangen, innerhalb dieser Frist Widerspruch gegen die Richtigkeit der Gebührenabrechnung einlegen müsste (vgl. § 68 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Spätestens dann wäre es für ihn auch zumutbar, den hohen Verbrauch zu untersuchen und einen Antrag auf Absetzung zu stellen.

(vgl. OVG Schleswig, Beschluss vom 12. Januar 2022 – 2 MB 10/21 –, juris Rn. 13).

Das Einreichen von Nachweisen ist – zu Recht – zwar von der einmonatigen Ausschlussfrist nicht umfasst, allerdings nur, soweit die Möglichkeit der Kenntnisaufnahme des Rohrbruchs noch vor Ende des jeweiligen Erhebungszeitraums liegt. Diese formelle Präklusionsregelung begegnet ebenfalls rechtlichen Zweifeln.

(vgl. OVG Schleswig, Beschluss vom 12. Januar 2022 – 2 MB 10/21 –, juris Rn. 14).

Indem die Nachweise nämlich nur bis zum Ende des jeweiligen Erhebungszeitraums und damit nicht mehr im behördlichen und gerichtlichen Verfahren erbracht werden dürfen, wird dem Gebührenpflichtigen damit das Recht genommen, seine Einwände gegen den angefochtenen Bescheid erstmals bzw. weiter zu begründen, sodass sein Anfechtungsrecht faktisch ins Leere läuft. Für eine derartige Präklusionsnorm dürfte dem Satzungsgeber ebenfalls die gesetzliche Ermächtigung fehlen

(vgl. dazu auch OVG Bautzen, Urteil vom 29. Juni 2020 – 5 A 1130/17 –, juris Rn. 34; OVG Schleswig, Beschluss vom 12. Januar 2022 – 2 MB 10/21 –, juris Rn. 14).

Auch ansonsten unterliegt die Regelung rechtlichen Zweifeln. Die Absetzung wird danach nur gewährt, wenn der Wasserrohrbruch unverschuldet, also auch nicht fahrlässig verursacht, worden ist. Auch damit dürfte die Satzungsnorm gegen den in § 6 Abs. 4 Satz 1 i. V. m. Satz 2 KAG enthaltenen Grundsatz der leistungsbezogenen Gebührenbemessung verstoßen. Die Zusatzgebühr ist eine sogenannte verbrauchsabhängige Gebühr, das heißt sie wird nach dem Maß der Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtung erhoben und entsteht nur, wenn der Gebührenpflichtige die öffentliche Einrichtung – hier durch Einleiten der entsprechenden Menge Abwasser – auch tatsächlich nutzt

(vgl. dazu nur OVG Schleswig, Urteil vom 22. September 1994 – 2 L 93/93 –, juris Rn. 25 m. w. N.).

Deshalb ist es völlig unerheblich, aus welchem Grunde der Gebührenschuldner die Abwassereinrichtung nicht nutzt und ob er dies verschuldet oder unverschuldet nicht tut. Anders ausgedrückt: Auch bei einem verschuldeten Rohrbruch wird die Abwasseranlage der Antragsgegnerin nicht genutzt, weil das abgehende Wasser gar nicht erst dorthin gelangt, sodass der Zusatzgebührenmaßstab auch für diesen Fall Absetzungen regeln muss, um dem in § 6 Abs. 4 Satz 1 i. V. m. Satz 2 KAG enthaltenen Grundsatz der leistungsbezogenen Gebührenbemessung zu genügen

(vgl. zum Ganzen: OVG Schleswig, Beschluss vom 12. Januar 2022 – 2 MB 10/21 –, juris Rn. 15).

Weiterhin ist die in § 17 Abs. 7 Satz 6 BGS bei Wohngrundstücken geregelte Absetzung von nachweislich nicht in die Kanalisation eingeleiteten Wassermengen erst ab einer (Bagatell-)Grenze von 50 m³ pro Person und Jahr rechtlich zweifelhaft und dürfte zudem zur Erhebung einer unzulässigen Mindestgebühr führen

(vgl. zum Ganzen: OVG Schleswig, Beschluss vom 12. Januar 2022 – 2 MB 10/21 –, juris Rn. 16).

Das Bundesverwaltungsgericht (Beschluss vom 28. März 1995 – 8 N 3.93 –, juris Ls 1 und 2 sowie Rn. 11 ff. zur Gartenbewässerung; Rn. 12) hatte unter Änderung seiner vorherigen Rechtsprechung (Beschlüsse vom 12. Februar 1974 – VII B 89.73 –, juris Ls 1 und vom 11. Juli 1990 – 8 B 91.90 –, juris Rn. 3) entschieden, dass eine Abwassersatzung, die die Gebühren nach dem Frischwassermaßstab bemisst, mit dem allgemeinen Gleichheitssatz dann unvereinbar sei, wenn sie die Wassermengen, die nachweislich nicht in die Kanalisation gelangen, nur insoweit gebührenfrei lässt, als sie jährlich 60 m³ übersteigen. Der 60 m³-Grenzwert beschreibe im Hinblick auf die gestiegenen Abwassergebühren keine unter dem Gesichtspunkt der Verwaltungspraktikabilität vernachlässigungsfähige Bagatellgrenze mehr. Im Gegenteil: Bundesrecht fordere eine erhebliche Senkung des Grenzwertes von 60 m³. Zugleich hat es angemerkt, dass Bundesrecht auch einer gänzlichen Abschaffung nicht entgegenstünde (juris Rn. 18).

Dieser Auffassung hat sich das OVG Schleswig mit Urteil vom 22. Januar 2003 (– 2 K 1/01 –, juris Ls 3 und Rn. 32 ff. für eine Abzugsregelung in Höhe von 8 m³ für zur Sprengung von Gartenflächen verwendetes Wasser) angeschlossen. In seinen bisherigen Entscheidungen hatte das OVG Schleswig nicht abschließend darüber zu befinden, in welcher Höhe eine hinsichtlich der Abzugsmenge satzungsrrechtlich bestimmte Bagatellgrenze rechtlich unbedenklich wäre (vgl. OVG Schleswig, Urteile vom 22. Januar 2003 – 2 K 1/01 –, juris Rn. 35 und vom 10. Dezember 2010 –

2 LB 24/10 –, juris Ls und Rn. 21 ff. m.w.N). Das OVG Münster hat seine bisherige Rechtsprechung zur Zulässigkeit einer Bagatellgrenze von 20 m³ jährlich (vgl. noch nur Urteil vom 21. März 1997 – 9 A 1921/95 –, juris Rn. 6 ff.) aufgegeben (vgl. nun Urteil vom 3. Dezember 2012 – 9 A 2646/11 –, juris Ls 2 und Rn. 46 ff. zur Gartenbewässerung). Das OVG Lüneburg hat auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung, der Satzungsgeber sei nach niedersächsischem Landesrecht gehalten, einen möglichst wirklichkeitsnahen Wahrscheinlichkeitsmaßstab zu wählen, einen Grenzwert von 20 m³ jährlich für zu hoch gehalten (OVG Lüneburg, Urteil vom 13. Februar 1996 – 9 K 1853/96 –, juris Ls 1 und Rn. 8 zur Gartenbewässerung zur Befüllung von Teichen und zur Reinigung außerhalb des Hauses; juris Rn. 2).

Insofern wird es der Hauptsache überlassen sein, zu prüfen, ob es gemessen daran einen sachlich einleuchtenden Grund gibt, der Beschränkungen der Abzugsmenge und wenn ja in welcher Höhe bei wegen eines Rohrbruchs auf Wohngrundstücken nachweislich nicht in die Abwasseranlage gelangten Wassers rechtfertigen könnte und der keine Verletzung des in § 6 Abs. 4 Satz 1 i. V. m. Satz 2 KAG enthaltenen Grundsatzes der leistungsbezogenen Gebührenbemessung zur Folge hätte. Dagegen spricht bereits, dass der Vorjahresverbrauch bekannt ist und falls dies nicht der Fall ist, anhand durchschnittlicher Verbräuche im Satzungsgebiet geschätzt werden könnte (vgl. dazu auch § 17 Abs. 4 Satz 3 BGS i. V. m. § 162 Abs. 1 AO bei Falschanzeige oder Stehenbleiben des Wasserzählers), sodass auch Gründe der Verwaltungspraktikabilität nicht dafür herangezogen werden können.

Hinzukommt, dass ein durchschnittlicher Jahresverbrauch für eine Person in Höhe von 50 m³ für eine übliche Wohnnutzung kein allgemeiner Erfahrungswert, sondern zu hoch sein dürfte (vgl. nur <https://www.thermondo.de/info/rat/vergleich/wasserverbrauch-pro.person/> ca. 45 m³; <https://www.co2online.de/energie-sparen/heizenergie-sparen/warmwasser/wasserbrauch-singlehaushalt> ca. 46,5 m³), sodass es sich nicht mehr um eine unter dem Gesichtspunkt der Verwaltungspraktikabilität vernachlässigungsfähige Bagatellgrenze handeln dürfte. Im Gegenteil: Der Satzungsgeber dürfte damit eine Mindestgebühr, die sich nicht mehr an der durchschnittlichen Mindestinanspruchnahme orientiert, normiert haben. Dies dürfte allein bereits zur Rechtswidrigkeit der Regelung führen (vgl. zur Definition der Mindestgebühr: BVerwG, Beschluss vom 1. August 1986 – 8 C 112.84 –, juris Rn. 15; OVG Schleswig, Urteil vom 22. Januar 2003 – 2 K 1/01 –, juris Rn. 29 zur Regelung einer Zusatzgebühr als Mindestgebühr von 45 m³/Jahr je Person für Inhaber landwirtschaftlicher Betriebe mit Viehhaltung; OVG Lüneburg, Urteil vom 13. Februar 1996 – 9 K 1853/96 –, juris Rn. 10 ff. zur Gartenbewässerung).

b) Starkverschmutzerzuschläge

Im Beschluss des OVG Schleswig vom 15. Juni 2021 – 2 LB 15/19 – ging es um Starkverschmutzerzuschläge für eine gewerbliche Nutzung (Süßwarenhersteller: Bonbons, Mints, Toffees, Weingummi). Hierzu hat das OVG Schleswig entschieden (Ls 3 und Rn. 69, 76):

aa) Zulässigkeit

Die Erhebung von Verschmutzungszuschlägen (auch bezeichnet als Starkverschmutzerzuschläge) hat das OVG Schleswig nicht beanstandet. Sie steht insbesondere mit dem Äquivalenzprinzip und dem Gleichheitssatz in Einklang. Der Starkverschmutzerzuschlag stellt eine erhöhte Gebührenleistung dar, die demjenigen auferlegt wird, der überdurchschnittlich verunreinigtes Abwasser in die Abwasseranlage einleitet. Denn die Einleiter stark verschmutzter Abwässer nehmen die öffentliche Entwässerungseinrichtung in einem stärkeren Umfang in Anspruch als die Einleiter von normal verschmutztem, insbesondere häuslichem Abwasser

(vgl. OVG Schleswig, Beschluss vom 15. Juni 2021 – 2 LB 15/19 –, juris Rn. 62 mwN).

bb) Grundlagenbescheid

Ebenfalls nicht beanstandet hat das OVG Schleswig, dass das Verfahren zur Erhebung der Verschmutzungszuschläge zweistufig geregelt worden ist, indem zunächst der Verschmutzungsgrad durch eine etwa vierwöchige Messreihe festgestellt und über einen Zeitraum von drei Jahren als Grundlagenbescheid festgesetzt wird.

Nach § 179 Abs. 1 AO, der gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 KAG in Verfahren zur Gebührenerhebung sinngemäß anzuwenden ist, können die Grundlagen, auf denen die Gebührenfestsetzung erfolgt, durch Feststellungsbescheid gesondert festgesetzt werden, soweit dies unter anderem durch entsprechende satzungsrechtliche Regelungen bestimmt ist. Dies eröffnet den kommunalen Aufgabenträgern aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung bei der Erhebung jährlich wiederkehrender Abgaben die Möglichkeit der verbindlichen Feststellung der für die Abgabensatzung maßgeblichen Tatsachengrundlagen (vgl. zu § 15 Abs. 1 Nr. 4 lit. b sublit. ee ThürKAG i. V. m. § 179 AO: OVG Weimar, Urteil vom 11. August 2016 – 14 KO 233/14 –, juris Rn. 34). So kann im nachfolgenden Erhebungsverfahren auf die bereits mit dem Grundlagenbescheid festgelegten Berechnungsgrundlagen zurückgegriffen werden, so dass für die jeweilige konkrete Berechnung nur noch die variablen Daten festgestellt werden müssen.

(s. dazu OVG Schleswig, Beschluss vom 15. Juni 2021 – 2 LB 15/19 –, juris Rn. 61).

cc) Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot

Allerdings verstieß im zu entscheidenden Fall die Regelung in der Gebührensatzung gegen das Bestimmtheitsgebot:

Geregelt war, dass der Verschmutzungsgrad „durch eine Messreihe über ca. 4 Wochen festgestellt“ wird.

Bei Zweifeln an der Richtigkeit des festgesetzten Verschmutzungsgrades stand es dem Gebührenschuldner frei, einen Antrag auf Einholung eines amtlichen Gutachtens zu stellen.

Hierzu hat das OVG Schleswig im Beschluss vom 15. Juni 2021 – 2 LB 15/19 – entschieden:

Sollen für Abwassergebühren Starkverschmutzerzuschläge nach trennscharf festgelegten Verschmutzungsstufen erhoben werden, verlangt das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot eine satzungsrechtliche Festlegung des anzuwendenden Messverfahrens, der erforderlichen Mindestprobenzahl und des Zeitraums, in dem diese vorzunehmen sind. Ein Verweis auf die Möglichkeit der Beantragung eines amtlichen Gutachtens kann dies nicht ersetzen, da die materielle Beweislast für das Entstehen der Gebührenschuld dem Gebührengläubiger obliegt.

Auch für Gebührensatzungen gilt das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot, wonach Ermächtigungen zur Vornahme belastender Verwaltungsakte nach Inhalt, Gegenstand und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt sein müssen, so dass die Eingriffe messbar und in gewissem Maße für den Bürger voraussehbar und berechenbar sind. Deshalb muss eine Abgabensatzung für alle in Betracht kommenden Anwendungsfälle insbesondere die Bemessung der Abgabe klar und berechenbar regeln und darf nicht eine wesentliche Maßstabsbestimmung der Entscheidung im Einzelfall überlassen (vgl. OVG Schleswig Beschluss vom 15. Juni 2021 – 2 LB 15/19 –, Rn. 65, juris mwN).

Das im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Bestimmtheitsgebot stellt dabei keine einheitlichen, in gleicher Weise für alle Abgaben geltenden Voraussetzungen auf. Vielmehr ist der Grad der von Verfassungs wegen geforderten Regelungsbestimmtheit sowohl von der Eigenart des geregelten Sachverhalts und den jeweiligen (Grundrechts-) Auswirkungen der Regelung für die Betroffenen als auch von der Art und Intensität des zugelassenen behördlichen Eingriffs abhängig

(vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 17. Juli 2003 – 2 BvL 1/99 –, Rn. 173; und vom 30. Mai 1998 – 1 BvR 45/15 –, Rn. 16, jeweils juris; BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013 – 3 C 8.12 –, juris Rn. 15; BVerwG, Beschluss vom 20. August 1997 – 8 B 170.97 –, juris Rn. 14).

Soweit es sich um Abgaben mit dem unmittelbaren Zweck einer Kostendeckung handelt, bedarf es nicht zwingend der tatbestandlichen Bestimmung eines Abgabensatzes. Hinreichende Bestimmtheit kann vielmehr auch hergestellt werden, indem die Bemessungsfaktoren für die die Abgabe tragenden Kosten normiert werden

(vgl. BVerfG, Beschluss vom 17. Juli 2003 – 2 BvL 1/99 –, juris Rn. 175; BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013 – 3 C 8.12 –, juris Rn. 15).

Gefordert ist demnach eine dem jeweiligen Zusammenhang angemessene Regeldichte, die eine willkürliche Handhabung durch die Behörden ausschließt

(vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 30. Mai 2018 – 1 BvR 45/15 –, Rn. 17; und vom 17. Juli 2003 – 2 BvL 1/99 –, Rn. 175, jeweils juris; BVerwG, Urteil vom 2. Juli 1969 – IV C 68.67 –, juris Rn. 17; BVerwG, Beschlüsse vom 20. August 1997 – 8 B 170.97 –, Rn. 14; und vom 25. September 1989 – 8 B 95/89 –, Rn. 6, jeweils juris; zum Ganzen: OVG Schleswig, Beschluss vom 15. Juni 2021 – 2 LB 15/19 –, juris Rn. 66).

Stehen dem Satzungsgeber mehrere verschiedene Methoden zur Maßstabsbestimmung zur Verfügung, so hat er sich bei seiner Entscheidung davon leiten zu lassen, welche dieser Maßstäbe oder Maßstabskombinationen in höherem Maße geeignet ist, den Grad der Verschmutzung und damit den Grad der Verursachung der Mehrkostenauslösung widerzuspiegeln. Dies bedeutet indes nicht, dass der Satzungsgeber unter mehreren Wahrscheinlichkeitsmaßstäben sich stets für den zweckmäßigsten, vernünftigsten oder wahrscheinlichsten Maßstab zu entscheiden hätte, der der wirklichen Inanspruchnahme am nächsten kommt

(vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. März 1985 – 8 B 11.84 –, juris Rn. 8; OVG Schleswig, Urteil vom 21. Juni 2000 – 2 L 9/99 –, juris Rn. 47 mwN; VGH Mannheim, Urteil vom 28. Februar 2019 – 2 S 929/17 –, juris Rn. 91; VGH München, Urteil vom 18. Mai 1999 – 23 B 95.1119 –, juris Rn. 79; Desens, in: Christ/Oebbecke, Handbuch Kommunalabgabenrecht, 1. Aufl. 2016, Abschnitt D, Rn. 406).

Dem Einrichtungsträger steht vielmehr bei der Wahl der Methoden zur Messung des Verschmutzungsgrades ein satzungsgeberischer Gestaltungsrahmen zu. Hierbei ist es statthaft, mit Blick auf die technischen Gegebenheiten und die organisatorischen Möglichkeiten der Einrichtung Praktikabilitätsüberlegungen einfließen zu lassen

(vgl. BVerwG, Urteil vom 8. November 1968 – VII C 99.67 –, juris Rn. 15; OVG Schleswig, Urteil vom 21. Juni 2000 – 2 L 9/99 –, juris Rn. 47 mwN).

Für welche Methode der Satzungsgeber sich entscheidet, hängt von den örtlichen Gegebenheiten und Erfordernissen ab, etwa von der Zahl der Einleitungen belasteter Abwässer und der Art der Belastungen, ferner davon, ob die Belastung der Abwässer während des Betriebes gleichmäßig bleibt oder je nach Produktionsabläufen Schwankungen unterliegt

(vgl. zum Ganzen: OVG Schleswig, Beschluss vom 15. Juni 2021 – 2 LB 15/19 –, juris Rn. 67 mwN).

Grundsätzlich ist es zulässig und verstößt nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, wenn die Berechnung des Starkverschmutzerzuschlags mittels einer Formel erfolgt, solange sich der Gebührensatz aus den Satzungsbestimmungen errechnen lässt.

Eine differenzierte Abstufung der Starkverschmutzerzuschläge stellt erhöhte Anforderungen an die Ermittlung der jeweiligen Verschmutzungswerte und an die Regelung in der Satzung. Diese muss so ausgestaltet sein, dass im Regelfall keine Unsicherheiten darüber entstehen können, welcher Verschmutzungsgrad des Abwassers in die Berechnung des Starkverschmutzerzuschlags einfließt. Dies wiederum bedeutet, dass hinsichtlich der Ermittlung der mittleren Verschmutzungswerte durch Messungen das hierbei anzuwendende Messverfahren in der Satzung festgelegt werden muss

(vgl. VGH Mannheim, Urteil vom 31. August 1989 – 2 S 2805/87 –, VBIBW 1990, 103, 107 für den Fall der trennscharfen Festlegung von Verschmutzungsstufen; VGH Mannheim, Beschluss vom 5. November 2007 – 2 S 2921/06 –, juris Rn. 11; zum AbwAG: VGH München, Urteil vom 7. Februar 2020 – 8 B 18.2212 –, juris Rn. 43; zum Ganzen: OVG Schleswig, Beschluss vom 15. Juni 2021 – 2 LB 15/19 –, Rn. 70, juris)

Darüber hinaus ist zu fordern, dass in der Satzung auch die in jedem der Fälle für erforderlich gehaltene Mindestprobenzahl und der Zeitraum, in dem sie vorzunehmen sind, geregelt werden müssen

(zum Ganzen: OVG Schleswig, Beschluss vom 15. Juni 2021 – 2 LB 15/19 –, juris Rn. 71 mwN)

Mit der gewählten Satzungsregelung – der Verschmutzungsgrad wird durch eine Messreihe über ca. 4 Wochen festgestellt, s.o. – blieb offen,

wie sich das Messverfahren gestalten soll, d.h. ob lediglich (qualifizierte) Stichproben bzw. zeit- oder mengenproportionale Tagesmischproben entnommen werden sollen. Zudem war nicht geregelt, wie viele Messungen innerhalb des hier nur annähernd bestimmten Messfensters („ca.“ vier Wochen) durchzuführen und in welcher Weise die Messproben zu berücksichtigen sind. So blieb beispielsweise offen, ob von allen Proben ein Durchschnittswert zu bilden ist oder ob einzelne Verschmutzungsspitzen unberücksichtigt bleiben sollen. Offen blieb aber auch, wann das Messverfahren durchgeführt werden soll. (Insoweit hatte die Klägerin umfangreich dargelegt, dass Messungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten zu derart unterschiedlichen Ergebnissen führen, dass aufgrund der erheblichen Abweichungen Zweifel bestehen, ob die Gebühren dem Gleichheitssatz entsprechen.)

Der Mangel hinreichender Bestimmtheit der Satzungsregelung wurde auch nicht dadurch ausgeglichen, dass es dem Gebührenschuldner freistand, bei Zweifeln an der Richtigkeit des festgesetzten Verschmutzungsgrades einen Antrag auf Einholung eines amtlichen Gutachtens stellen zu können, da die satzungsrechtlichen Regelungen sicherstellen müssen, dass die Ermittlung der Verschmutzungswerte grundsätzlich dem Gebührengläubiger obliegt und das von diesem durchzuführende Ermittlungsverfahren geeignet ist, in der Regel hinreichend zuverlässige Ergebnisse hervorzubringen.

Durch das vom Satzungsgeber dem Gebührenschuldner eingeräumte Auswahlermessen bestand jedoch die Gefahr, die Last hinreichend zuverlässiger Erhebungen und deren Kosten auf den Gebührenschuldner abzuwälzen, obgleich dem Gebührengläubiger die materielle Beweislast für das Entstehen der Gebührenschuld zukommt.

Je nach Auswahl des Messverfahrens wird sich der Gebührenschuldner möglicherweise nicht nur im Ausnahme-, sondern vielmehr im Regelfall gedrängt sehen, von seiner Antragsmöglichkeit auf Einholung eines amtlichen Gutachtens Gebrauch zu machen mit der Folge, dass ihm hierdurch nicht nur ein weiteres Kostenrisiko aufgebürdet wird, sondern vielmehr eine Umkehr der Beweislastverteilung zu befürchten steht.

Hinzu kommt, dass auch hinsichtlich des amtlichen Gutachtens offenbleibt, mit welchem Messverfahren und über welchen Zeitraum dieses zu erstellen ist. Weiter besteht – wie hier – die Gefahr, dass abhängig vom Erlass des Festsetzungsbescheides des Verschmutzungsgrades zum Zeitpunkt der möglichen Beantragung eines amtlichen Gutachtens der Veranlagungszeitraum, jedenfalls für das erste Veranlagungsjahr, in der Regel bereits abgelaufen sein dürfte.

(zum Ganzen: OVG Schleswig, Beschluss vom 15. Juni 2021 – 2 LB 15/19 –, juris Rn. 76 mwN)

c) Dreijähriger Ausgleichszeitraum des § 6 Abs. 2 Satz 9 KAG

§ 6 Abs. 2 Sätze 8–10 KAG lauten:

(...) Der Gebührenbemessung kann ein Kalkulationszeitraum von bis zu drei Jahren zugrunde gelegt werden. Eine sich am Ende des Kalkulationszeitraums aus einer Abweichung der tatsächlichen von den kalkulierten Kosten ergebende Kostenüber- oder -unterdeckung ist innerhalb der auf die Feststellung der Über- oder Unterdeckung folgenden drei Jahre auszugleichen. Der Zeitraum für den Ausgleich kann unabhängig davon gewählt werden, welcher Zeitraum der Kalkulationsperiode zugrunde gelegt wurde, in der die Abweichung auftritt. (...)

Zu dieser Regelung hat das OVG Schleswig im Urteil vom 15. Mai 2017 – 2 KN 1/16 – folgende Leitsätze aufgestellt:

1. Der dreijährige Ausgleichszeitraum des § 6 Abs. 2 Satz 9 KAG beginnt nach Ablauf des Jahres zu laufen, in dem die Kostenüber- bzw. -unterdeckung festgestellt worden ist. (Rn. 65)

2. Die Kostenüber- oder -unterdeckung muss – unabhängig von der gewählten Kalkulationsperiode – innerhalb des Dreijahreszeitraums des § 6 Abs. 2 Satz 9 KAG ausgeglichen sein. Es reicht nicht aus, wenn innerhalb der Dreijahresfrist eine den Ausgleich regelnde Satzung in Kraft getreten und mit dem Ausgleich begonnen worden ist. (Rn. 60)

Dies hat das OVG Schleswig mit Urteil vom 12. Juni 2020 – 2 KN 2/18 – fortgeführt (juris Ls 2):

Um den Ausgleich einer festgestellten Kostenüber- oder -unterdeckung im Rechtssinne zu bewirken, ist es notwendig aber auch ausreichend, wenn dieser durch den (ggf. auch rückwirkenden) Erlass einer den Ausgleich vollständig innerhalb des dreijährigen Ausgleichszeitraumes des § 6 Abs. 2 Satz 9 KAG vollziehenden Satzung erfolgt. (Rn. 19)

aa) Ermittlung der Kostenüber- bzw. -unterdeckung

Die Ermittlung der Kostenüber- bzw. -unterdeckung hat durch den Vergleich der tatsächlichen mit den kalkulierten Kosten bzw. Maßstabseinheiten zu erfolgen.

Damit kommt nicht nur der Gebührenkalkulation, sondern insbesondere auch der Betriebsabrechnung für den Kalkulationszeitraum eine besondere Bedeutung zu. Nur eine Abweichung der in die Gebührenkalkulation eingestellten Kostenpositionen von deren tatsächlichem Betriebsergebnis begründet eine Kostenüber- bzw. -unterdeckung. Einer Betriebsabrechnung müssen dieselben Grundsätze (Leitentscheidungen) zugrunde gelegt werden, wie dies bei der Vorauskalkulation der Fall war. Sinn und Zweck der gebührenrechtlichen Betriebsabrechnung ist es, die Prognoseabweichungen gegenüber der Gebührenvorauskalkulation festzustellen, und nicht eine „Gebührennachkalkulation“ zu erstellen

(OVG Schleswig, Urteil vom 15. Mai 2017 – 2 KN 1/16 –, juris Rn. 50).

Kosten, die nicht in die Gebührenkalkulation eingestellt worden sind, können nicht erstmals in folgenden Rechnungsperioden als „Unterdeckung“ berücksichtigt werden. Das heißt, eine Übertragung ist nicht möglich bei Kosten, die in zurückliegenden Rechnungsperioden zwar durch die Leistungserbringung im Rahmen der öffentlichen Einrichtung verursacht, aber nicht in die jeweiligen Gebührenbedarfsberechnungen eingestellt worden sind.

In solchen Fällen liegt eine dem Kostendeckungsgebot des § 6 Abs. 2 Satz 1 KAG und dem Einnahmebeschaffungsgrundsatz des § 76 GO (i.V.m. § 57 KrO) widersprechende Unterlassung vor, die zur Folge hat, dass der Vergleich von Kalkulation und Betriebsergebnis keine Unterdeckung ausweist, gleichwohl aber der Gebührensatz in der abgelaufenen Rechnungsperiode zu niedrig bemessen war. Dieser Fehler kann nicht durch Ansatz der ausschließlich durch frühere Leistungen verursachten Kosten in späteren Rechnungsperioden behoben werden. Das gilt sowohl bei bewusster Unterlassung und nachfolgender Änderung der Auffassung des Trägers der kostendeckenden Einrichtung, als auch hinsichtlich nur versehentlich oder irrtümlich nicht berücksichtigter Kosten.

(zum Ganzen: OVG Schleswig, Urteil vom 15. Mai 2017 – 2 KN 1/16 –, juris Rn. 51 mwN)

bb) Fehlerhafte Kalkulation

Ein in der Satzung bestimmter Gebührensatz ist nicht schon dann fehlerhaft, wenn sich einige der veranschlagten Kostenpositionen am Ende der Kalkulationsperiode als überhöht eingeschätzt erweisen und sich eine – nicht beabsichtigte – Kostenüberdeckung herausstellt, sondern erst dann, wenn die Gebührenkalkulation von sachfremden Erwägungen, wie der Absicht einer Gewinnerzielung, getragen worden ist oder aber die Anwendung unrichtiger Kalkulationsmethoden oder Verwendung unzutreffender Daten zu einer erheblichen Kostenüberdeckung und damit zu einer Verletzung des Kostenüberschreitungsverbots führt. Nichts anderes gilt, wenn sich einige der veranschlagten Kostenpositionen am Ende der Kalkulationsperiode als zu niedrig eingeschätzt erweisen und sich eine – nicht beabsichtigte – Kostenunterdeckung ergibt, solange diese nicht auf sachfremden Erwägungen beruht

(OVG Schleswig, Urteil vom 15. Mai 2017 – 2 KN 1/16 –, juris Rn. 56 mwN).

Zudem bleibt ein Gebührensatz, der für eine Rechnungsperiode ordnungsgemäß ermittelt worden ist, rechtsgültig, auch

wenn sich bei seiner Anwendung aufgrund der tatsächlichen Kostenentwicklung im weiteren Verlauf der Rechnungsperiode eine Kostenüber- oder -unterdeckung ergibt

(OVG Schleswig, Urteil vom 15. Mai 2017 – 2 KN 1/16 –, juris Rn. 57).

Dementsprechend hat es das OVG Schleswig als zulässig angesehen, die für die eine Vorperiode erstellte Vorkalkulation bewusst für die folgende Periode zu übernehmen und damit die seinerzeit prognostizierten Zahlen für den nachfolgenden Zeitraum zugrunde zu legen.

Zugrunde lagen dem folgende Erwägungen des Satzungsgebers: Ge-rechnet wurde mit einem geringfügigen Überschuss aus der Vorperiode und desweiteren ging der Satzungsgeber davon aus, dass die Gebühren selbst bei – zwar nicht vorhersehbaren aber möglichen – Kostensteigerungen weiterhin kostendeckend seien; eine Unterdeckung der aktuellen Periode sei nicht bewusst in Kauf genommen worden. Dagegen ist dem Grunde nach nichts zu erinnern

(OVG Schleswig, Urteil vom 15. Mai 2017 – 2 KN 1/16 –, juris Rn. 55).

cc) Ausgleichszeitraum

Hinsichtlich einer Unterdeckung reicht es nicht aus, wenn innerhalb der Dreijahresfrist des § 6 Abs. 2 Satz 9 KAG eine den Ausgleich regelnde Satzung in Kraft getreten und mit dem Ausgleich begonnen worden ist

(OVG Schleswig, Urteil vom 15. Mai 2017 – 2 KN 1/16 –, juris Rn. 60).

Bereits der Wortlaut von § 6 Abs. 2 Satz 9 KAG, wonach eine sich am Ende des Kalkulationszeitraums ergebende Kostenüber- oder -unterdeckung innerhalb der auf die Feststellung der Über- oder Unterdeckung folgenden drei Jahre auszugleichen i s t , deutet darauf hin, dass der Ausgleich in dem vom Gesetzgeber durch diese Bestimmung vorgegebenen Zeitraum bewirkt sein muss. Dem ist nicht allein durch Erlass einer entsprechenden Gebührensatzung und Beginn des Ausgleichs innerhalb von drei Jahren Genüge getan. Bestätigt wird diese Auslegung durch die Entstehungsgeschichte und die Systematik des Gesetzes. Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Änderung des Kommunalabgabengesetzes sowie zur Änderung des Landesabfallwirtschaftsgesetzes vom 30. November 2003 (GVOBl. S. 614) die (vorherige) Rechtsprechung des OVG Schleswig aufgegriffen und mit der Neuregelung in § 6 Abs. 2 Satz 9 KAG die Möglichkeit eines über mehrere Jahre verteilten Ausgleichs dieser eigentlich periodenfremden Kosten und dessen Beginn nunmehr gesetzlich geregelt. Dass die Dreijahresfrist nach Ablauf des Jahres zu laufen beginnt, in dem die Kostenüber- bzw. -unterdeckung festgestellt worden ist, entsprach bereits der bisherigen Rechtsprechung

(OVG Schleswig, Urteil vom 15. Mai 2017 – 2 KN 1/16 –, juris Rn. 61 ff., 65 mwN).

Diese Auslegung wird bestätigt durch die Gesetzssystematik. Nach dem Wortlaut von § 6 Abs. 2 Satz 10 KAG kann „der Zeitraum für den Ausgleich“ unabhängig davon gewählt werden, welcher Zeitraum der Kalkulationsperiode zugrunde gelegt wurde, in der die Abweichung auftritt. Daraus folgt, dass der Ausgleich nur in einer maximal dreijährigen Zeitspanne und nicht durch ein Ereignis – weder durch das Inkraftsetzen der Satzung, noch durch den Beginn des Ausgleichs – bewirkt werden kann. Vom „Zeitraum für den Ausgleich“ ist der in § 6 Abs. 2 Satz 8 und 9 KAG genannte, ebenfalls maximal drei Jahre währende „Kalkulationszeitraum“ zu unterscheiden, der in § 6 Abs. 2 Satz 10 KAG mit „Zeitraum der Kalkulationsperiode“ bezeichnet wird

(OVG Schleswig, Urteil vom 15. Mai 2017 – 2 KN 1/16 –, juris Rn. 68).

Berechnungsbeispiele:

Eine Unterdeckung, die im Laufe des Kalenderjahres 2013 festgestellt worden ist, muss in den darauffolgenden drei Jahren 2014–2016 ausgeglichen werden (alternativ könnte der Ausgleich auch in einem kürzeren, etwa einem Zweijahreszeitraum 2015–2016 vorgenommen werden, was eine höhere Gebühr bedeutet hätte).

Entsprechendes gilt hinsichtlich einer Überdeckung der Jahre 2007–2009; deren Ausgleich hätte nach Feststellung im Jahr 2010 in den Jahren 2011–2013 stattfinden müssen

(OVG Schleswig, Urteil vom 15. Mai 2017 – 2 KN 1/16 –, juris Rn. 60).

Auch bei einer nur einjährigen Kalkulationsperiode muss der Ausgleich maximal erst fünf Jahre nach Beginn der Kalkulationsperiode vollzogen sein; denn nach Feststellung der

Unter- bzw. Überdeckung im Folgejahr nach Ende der Kalkulationsperiode besteht drei Jahre Zeit für den Ausgleich. Nach zwei dreijährigen Kalkulationsperioden muss zwingend eine einjährige Kalkulationsperiode folgen, weil sonst die gesetzliche Ausgleichsfrist nicht eingehalten werden kann. Die dreijährige Ausgleichsfrist beginnt im zweiten Kalenderjahr der nachfolgenden dreijährigen Kalkulationsperiode zu laufen und endet bereits ein Kalenderjahr nach Ablauf der zweiten/nachfolgenden Kalkulationsperiode

(vgl. Brüning in Driehaus, Kommunalabgabenrecht, § 6 Rn. 852, der deshalb einjährige Kalkulationszeiträume empfiehlt; OVG Schleswig, Urteil vom 15. Mai 2017 – 2 KN 1/16 –, juris Rn. 66).

Werden in 2013 Unterdeckungen der Kalkulationsperiode 2010 bis 2012 festgestellt, sind diese in der Kalkulationsperiode 2015/2016 auszugleichen

(vgl. OVG Schleswig, Urteil vom 12. Juni 2020 – 2 KN 2/18 –, juris Rn. 19)

Bei einer Unterdeckung reicht es zwar nicht aus, wenn innerhalb der Dreijahresfrist des § 6 Abs. 2 Satz 9 KAG lediglich eine den Ausgleich regelnde Satzung in Kraft getreten und mit dem Ausgleich begonnen worden ist (vgl. OVG Schleswig, Urteil vom 15. Mai 2017 – 2 KN 1/16 –, juris Rn. 68). Mit Begrenzung der Unterdeckung auf den streitgegenständlichen Kalkulationszeitraum 2015/2016 ist der Ausgleich dieser nach den vorstehenden Grundsätzen vollständig innerhalb der Dreijahresfrist des § 6 Abs. 2 Satz 9 KAG (dieser endete mit Ablauf des Jahres 2016) bewirkt worden

(OVG Schleswig, Urteil vom 12. Juni 2020 – 2 KN 2/18 –, juris Rn. 20).

Notwendig aber auch ausreichend ist es, den Ausgleich im Rechtssinne zu bewirken. Dies geschieht durch kalkulatorische Berücksichtigung der festgestellten Unterdeckung in den Gebührensätzen und – ggf. rückwirkendes – Inkraftsetzen einer den Ausgleich vollständig innerhalb des dreijährigen Ausgleichszeitraumes regelnden Satzung. Nicht notwendig ist indes ein bereits erfolgter wirtschaftlich-faktischer Ausgleich innerhalb dieses Zeitraums.

(OVG Schleswig, Urteil vom 12. Juni 2020 – 2 KN 2/18 –, juris Rn. 21)

Deshalb kann die den Ausgleich regelnde Satzung auch erst nach Ablauf des Ausgleichszeitraums (hier im Dezember 2017) beschlossen werden, sofern sie rückwirkend (hier zum 1. Januar 2015) in Kraft gesetzt wird, weil durch das rückwirkende Inkrafttreten der Ausgleich der Unterdeckung innerhalb des Dreijahreszeitraumes im Rechtssinne bewirkt wird. § 2 Abs. 2 Satz 1 KAG regelt insoweit ausdrücklich die Möglichkeit, eine bereits bestehende Satzung – ungeachtet deren Rechtswirksamkeit – für die Vergangenheit zu ersetzen, wobei nach § 2 Abs. 2 Satz 3 KAG Abgabepflichtige durch die rückwirkend erlassene Satzung nicht ungünstiger gestellt werden dürfen als nach der bisherigen Satzung. Eine darüber hinausgehende Einschränkung dieser Befugnis ist § 6 Abs. 2 Satz 9 KAG nicht zu entnehmen.

(OVG Schleswig, Urteil vom 12. Juni 2020 – 2 KN 2/18 –, juris Rn. 22).

Eine solche ergibt sich auch nicht unter dem Aspekt der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit bzw. unter Vertrauensschutzgesichtspunkten. Seitens der betroffenen Gebührenschuldner kann ein Vertrauen, mit periodenfremden Kosten des Ausgleiches der Unterdeckung aus einer vorhergehenden Kalkulationsperiode nicht belastet zu werden, von vornherein nicht entstehen; diesen ist vielmehr bewusst, dass ein Ausgleich der Unterdeckung in der folgenden Kalkulationsperiode erfolgen wird.

Anders liegt es, wenn die Unterdeckung überhaupt erst nach Ablauf des Ausgleichszeitraums entdeckt und in einer Kalkulationsperiode außerhalb dieses Zeitraums ausgeglichen würde. Ob dieser Umstand eine abweichende Beurteilung rechtfertigen würde (vgl. zum baden-württembergischen Recht: VGH Mannheim, Urteil vom 15. Februar 2008 – 2 S 2559/05 –, juris Rn. 19), hat das OVG Schleswig bislang offen lassen können

(OVG Schleswig, Urteil vom 12. Juni 2020 – 2 KN 2/18 –, juris Rn. 23).

Neue Maßstäbe der Kommunen in Schleswig-Holstein im Zweitwohnungssteuerrecht*

Kerstin Krüger, Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht und Güterrichterin, Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht

1. Einleitung

Das Zweitwohnungssteuerrecht war bisher in der Mehrzahl der Zweitwohnungssteuersatzungen der Kommunen mit dem über Jahrzehnte in der Rechtsprechung anerkannten Maßstab des jährlichen Mietaufwandes – der sog. Jahresrohmiere – nach den Vorschriften des § 79 Absatz 1 des Bewertungsgesetzes (BewG) normiert. Danach wurden die Jahresrohmierten angewandt, die vom Finanzamt auf den Hauptfeststellungszeitpunkt 1. Januar 1964 festgestellt worden waren, die dann je nach Satzung für das jeweilige Erhebungsjahr nach unterschiedlichen Vorgaben (z. B. nach dem Preisindex für die Lebenshaltung für Wohnungsmieten) hochgerechnet worden sind. War eine Jahresrohmiere nicht zu ermitteln, wurde auf die übliche Miere im Sinne des § 79 Abs. 2 Satz 2 BewG abgestellt. Die übliche Miere war in Anlehnung an die Jahresrohmiere zu schätzen, die für Räume gleicher oder ähnlicher Art, Lage und Ausstattung regelmäßig gezahlt wurde. Mit stattgebendem Kammerbeschluss vom 18. Juli 2019 entschied das Bundesverfassungsgericht,¹ dass dieser Maßstab gegen den

Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG verstoße. In Folge dessen änderten die betroffenen Kommunen ihre Zweitwohnungssteuersatzungen dahingehend, dass sie einen sog. Flächenmaßstab normierten. Der folgende Beitrag widmet sich zweier exemplarischer Ausgestaltungen des neuen Maßstabes, die den Urteilen der 4. Kammer des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts vom 23. März 2022² zugrunde lagen.

2. Zuständigkeit der Kommunen und Bedeutung der Zweitwohnungssteuer

Es handelt sich bei der Zweitwohnungssteuer um eine sog. örtliche Aufwandsteuer, für deren Erhebung die Kommunen basierend auf Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG und § 3 Abs. 1 Satz 1 Kommunalabgabengesetz SH (KAG) zuständig sind. Das Land Schleswig-Holstein hat von dem darin enthaltenen



* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den die Verfasserin am 17. Juni 2022 beim 24. Schleswiger Forum zum Öffentlichen Recht gehalten hat.

¹ BVerfG, Kammerbeschluss vom 18. Juli 2019 – 1 BvR 807/12 – juris.

² VG Schleswig, Urteile vom 23. März 2022 – 4 A 154/21 und 4 A 178/21 – juris.

Ländervorbehalt keinen Gebrauch gemacht. Aufwandsteuern sind Steuern auf die in der Einkommens- und Vermögensverwendung für den persönlichen Lebensbedarf zum Ausdruck kommende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Ausschlaggebendes Merkmal des Begriffs der Aufwandsteuer ist der Konsum in Form eines äußerlich erkennbaren Zustandes, für den finanzielle Mittel verwendet werden, die typischerweise Ausdruck und Indikator der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sind. „Örtlich“ ist eine Aufwandsteuer, wenn sich das Steuerobjekt im Gebiet der Kommune befindet.³

Grundsätzlich sind Steuern neben dem Kommunalen Finanzausgleich die wichtigste Einnahmequelle der Kommunen. Steuern können neben dieser Einnahmeerzielung auch Lenkungszwecke verfolgen, d. h. ein bestimmtes Verhalten beeinflussen. Bei der Zweitwohnungssteuer liegt dieses darin, Personen zu veranlassen, ihren Erstwohnsitz in der Kommune zu nehmen.⁴ Dadurch erhöht sich die offizielle Einwohnerzahl in der Kommune, was indirekt zu höheren Einnahmen durch wiederum anfallende Zuweisungen aus dem Kommunalen Finanzausgleich und beim Gemeindeanteil an der Einkommenssteuer führt. Nach den Daten des Statistischen Bundesamtes⁵ machte die Zweitwohnungssteuer 2019 netto bundesweit ca. 170 Mio. € von insgesamt 114.899 Mio. € aus, mithin einen Anteil von 0,1 %. Damit gehört die Zweitwohnungssteuer zu den kleineren Gemeindesteuern. Das heißt jedoch nicht, dass sie nicht für einzelne Kommunen eine sehr wichtige Einnahmequelle ist, wie z. B. in touristisch geprägten Gemeinden, von denen es gerade in Schleswig-Holstein eine Vielzahl gibt. Dies dürfte ein Grund dafür sein, dass die Zweitwohnungssteuer in der Bürgerschaft nicht als „Bagatelsteuer“ wahrgenommen wird.

3. Rückblick auf die alten Maßstäbe

Zum Verständnis dafür, weshalb es überhaupt zu einer Änderung des Steuermaßstabes im Bereich der Zweitwohnungssteuer gekommen ist und welche Anforderungen an einen Steuermaßstab zu stellen sind, ist kurz zurückzublicken auf die hierzu entwickelten Grundsätze, auf den bisherigen Maßstab sowie auf die Gründe, die zu dessen Verfassungswidrigkeit führten.

Der Steuermaßstab ist an höherrangigem Recht, namentlich dem Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG zu messen, der eine gleichheitsergerechte Ausgestaltung der Bemessungsgrundlage verlangt. Dem Satzungsgeber kommt bei der Festlegung und Wahl sowie der Ausgestaltung des Steuermaßstabes grundsätzlich ein sehr weiter Ermessens- und Gestaltungsspielraum zu. Er darf sich dabei auch von Praktikabilitätsabwägungen leiten lassen, die je nach Zahl der zu erfassenden Vorgänge an Bedeutung gewinnen und so auch in größerem Umfang Typisierungen und Pauschalierungen rechtfertigen können. Bei einer Aufwandsteuer ist erforderlich, dass der gewählte Maßstab einen zumindest lockeren Bezug zu dem Aufwand des Steuerpflichtigen aufweist. Begrenzt wird der Spielraum dadurch, dass die Bemessungsregeln grundsätzlich in der Lage sein müssen, den mit der Steuer verfolgten Belastungsgrund in der Relation realitätsgerecht abzubilden. Der Belastungsgrund einer kommunalen Zweitwohnungssteuer

ist der finanzielle Aufwand des einzelnen Zweitwohners für das Innehaben der Zweitwohnung.⁶

Wie einleitend dargestellt, war in den Zweitwohnungssteuersatzungen der Kommunen normiert und in der Rechtsprechung bisher über Jahrzehnte anhand dieser Grundsätze der Maßstab des jährlichen Mietaufwandes anerkannt – die sog. Jahresrohmieta nach den Vorschriften des § 79 Absatz 1 BewG. Mit stattgebendem Kammerbeschluss vom 18. Juli 2019 entschied das Bundesverfassungsgericht,⁷ dass dieser Maßstab gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoße. Grundlage dessen war wiederum das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 10. April 2018,⁸ wonach die Vorschriften zur Einheitsbewertung für die Bemessung der Grundsteuer basierend auf dem Bewertungsgesetz mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar seien. Auf die Jahresrohmieta nach den Wertverhältnissen 1964 abzustellen, führe durch die Nichtberücksichtigung von veränderten Ausstattungsstandards von Gebäuden, der Möglichkeit von Veränderungen in der Lage oder strukturellen Anbindung von Grundstücken und die Nichtberücksichtigung von mietrechtlichen Bindungen zu erheblichen Wertverzerrungen. Beanstandet wurden dabei nicht Wertverzerrungen durch Abweichungen des ermittelten Werts vom Verkehrswert eines bestimmten Grundstücks, sondern solche bei der Bewertung verschiedener Grundstücke.⁹ Je weiter der Hauptfeststellungszeitpunkt zurückliege und je mehr deshalb neue Gebäude in anderer Bauweise und Ausstattung als 1964 errichtet würden, desto mehr führe die Anwendung der Mietspiegel für 1964 nicht nur zu veralteten, sondern auch zu nicht relationsgerechten Mietansätzen. Abhängig von Art und Ausmaß im jeweiligen Einzelfall bewirkten derartige Wertveränderungen nicht lediglich eine gleichmäßige und generelle Unterbewertung von Grundstücken. Sie führe vielmehr zu zunehmend gravierenderen Wertverzerrungen und damit zu Ungleichbehandlungen innerhalb derselben Vermögensart.¹⁰ Durch die Hochrechnung (Verbraucherpreisindex) werde diese nicht korrigiert, sondern perpetuiert.¹¹

4. Ausgangslage für die neuen Maßstäbe

Bei der Wahl des neuen Steuermaßstabes ist aus den Beschlussvorlagen für die zur Entscheidung berufenen Gremien erkennbar auf ein obiter dictum des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts¹² zurückgegriffen worden, in dem es unter Anwendung der oben aufgeführten Grundsätze einen Flächenmaßstab als grundsätzlich in Betracht zu ziehenden Ersatzmaßstab unter Berücksichtigung älterer Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anerkannt hat. Darin wurde ausgeführt, dass es bei der Wahl eines Flächenmaßstabes zulässig sein dürfte, die erforderliche Differenzierung im Wesentlichen anhand der Gebäudeart, des Baujahrs und der Lage vorzunehmen. Das Bundesverwaltungsgericht selbst

3 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 6. Dezember 1983 – 2 BvR 1275/79 – juris Rn. 69, 73, 79.

4 Vgl. BVerwG, Beschluss vom 27. Oktober 2003 – 9 B 102/03 – juris Rn. 5.

5 Steuerhaushalt 2007–2019; aus: Egger/Burth, Arten und Verbreitung der Zweitwohnungssteuer in Deutschland – eine vergleichende Analyse, ZfK 2021, 73 ff.

6 StRSpr, vgl. BVerfG, Urteil vom 10. April 2018 – 1 BvL 11/14 u. a. – juris Rn. 96, 131 und Beschluss vom 18. Juli 2019 – 1 BvR 807/12 u. a. – juris Rn. 29, 56, 58; Beschluss vom 4. Februar 2009 – 1 BvL 8/05 – juris; BVerwG, Beschluss vom 19. Mai 2021 – 9 C 2.20 – juris Rn. 9 und Urteil vom 27. November 2019 – 9 C 4.19 – juris Rn. 16 und Urteil vom 14. Oktober 2015 – 9 C 22.14 – juris Rn. 12; Urteil vom 29. Januar 2003 – 9 C 3.02 – juris Rn. 22 f.; OVG Schleswig, Urteile vom 30. Januar 2019 – 2 LB 90/18 und 2 LB 92/18 – juris Rn 75, 77 bzw. 81, 83.

7 BVerfG, Kammerbeschluss vom 18.7.2019 – 1 BvR 807/12 – juris.

8 BVerfG, Urteil vom 10.4.2018 – 1 BvL 11/14 u. a. – juris.

9 BVerfG, Urteil vom 10. April 2018 – 1 BvL 11/14 u. a. – juris Rn. 109.

10 BVerfG, Urteil vom 10. April 2018 – 1 BvL 11/14 u. a. – juris Rn. 114.

11 BVerfG, Kammerbeschluss vom 18. Juli 2019 – 1 BvR 807/12 – juris Rn. 35.

12 OVG Schleswig, Urteile vom 30. Januar 2019 – 2 LB 90/18 und 92/18 – juris Rn. 106 bzw. 116.

hat in der zitierten Entscheidung aus dem Jahre 2003 keine möglichen Differenzierungskriterien bei inhomogenen Grundstücksverhältnissen aufgeführt, sondern nur eine Differenzierung gefordert.¹³

Hintergrund des grundsätzlich anerkannten Flächenmaßstabes ist, dass sich der für das Innehaben der Zweitwohnung individuelle, wirkliche Aufwand kaum zuverlässig erfassen lässt. Steht damit kein praktikabler Wirklichkeitsmaßstab zur Verfügung, so darf der Satzungsgeber zur Bemessung einer Aufwandsteuer auf einen Ersatzmaßstab zurückgreifen.¹⁴ Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass der Steuermaßstab nicht – im Sinne eines Wirklichkeitsmaßstabes – der Erfassung des in Euro ausgedrückten realen Aufwands für das Vorhalten der Zweitwohnung dient. Sondern es soll lediglich eine Bezugsgröße gewonnen werden, die den zu besteuern den Aufwand normativ quantifiziert und so die Vergleichbarkeit der im Satzungsgebiet vorhandenen Zweitwohnungen untereinander gewährleistet.¹⁵

5. Neu entwickelte Modelle in Schleswig-Holstein

Hieraus haben sich in Schleswig-Holstein zwei Modelle des Flächenmaßstabes entwickelt, das sog. „Lübecker Modell“ und das sog. „Sankt Peter-Ording Modell“.

a) „Lübecker Modell“

Um das Ergebnis vorweg zu nehmen: dieses Modell verstößt nach Auffassung der 4. Kammer des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts gegen Art. 3 Abs. 1 GG.¹⁶ Es findet bei der Mehrzahl der Kommunen – ggf. in Nuancen differenziert – Anwendung.

Ein Steuermaßstab nach diesem Modell lautet exemplarisch verkürzt:

(1) Die Steuer bemisst sich nach dem Lagewert des Steuergegenstandes multipliziert mit der Quadratmeterzahl der Wohnfläche des Steuergegenstandes multipliziert mit dem Baujahresfaktor des Steuergegenstandes multipliziert mit dem Wertfaktor für die Gebäudeart des Steuergegenstandes multipliziert mit dem Verfügbarkeitsgrad.

(2) Der Lagewert errechnet sich aus dem flächen- bzw. geschossflächenabhängigen Bodenrichtwert. (...)

b) „Sankt Peter-Ording Modell“

Bei diesem Modell – welches nach der Rechtsprechung der 4. Kammer in Einklang mit Art. 3 Abs. 1 GG steht¹⁷ – lautet der Steuermaßstab exemplarisch verkürzt:

(1) Die Steuer bemisst sich nach dem Wohnwert der Zweitwohnung.

(2) Der Wohnwert ergibt sich aus dem Lagewert multipliziert mit der Quadratmeterzahl der Wohnfläche multipliziert mit dem Baujahresfaktor der Wohnung multipliziert mit dem Wertfaktor für die Gebäudeart multipliziert mit dem Verfügbarkeitsgrad gemäß Absatz 7 und multipliziert mit hundert.

(3) Der Lagewert ergibt sich aus den Anlagen zur Satzung, die Bestandteil der Satzung sind. Dieser errechnet sich aus

dem flächenabhängigen Bodenrichtwert (modifizierter Bodenrichtwert). Hierzu wird das Verhältnis der modifizierten Bodenrichtwerte im Stadtgebiet als Faktor zugrunde gelegt.

6. Jüngste Rechtsprechung der 4. Kammer des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts

Die 4. Kammer des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts ist unter Anwendung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahre 2003¹⁸ der Auffassung, dass die Wahl eines Flächenmaßstabes zur Bemessung der Zweitwohnungssteuer keinen rechtlichen Bedenken im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG unterliegt. Denn das Innehaben einer Zweitwohnung mit großer Wohnfläche ist typischerweise mit einem höheren Aufwand verbunden, als das Innehaben einer Wohnung mit kleinerer Wohnfläche, sodass ein lockerer Bezug zum Aufwand für das Innehaben der Wohnung besteht. Vor dem Hintergrund des dargestellten sehr weiten Ermessens- und Gestaltungsspielraums der Kommune begegnet es auch keinen Bedenken, die gegebenenfalls erforderliche Differenzierung bei nicht homogenen Verhältnissen im Gemeindegebiet im Wesentlichen anhand der Gebäudeart, des Baujahres und der Lage vorzunehmen. Denn diese weisen einen lockeren Bezug zum Belastungsgrund (= Aufwand für das Innehaben der Zweitwohnung) auf, da typischerweise eine Wohnung in einem Mehrfamilienhaus älteren Baujahres in Stadtrandlage mit einem anderen Aufwand verbunden ist als z. B. ein Einfamilienhaus neueren Baujahres mit Wasserblick. Ein Anhaltspunkt dafür, dass auch die Lage einer Zweitwohnung eine solche sein kann, die Auswirkungen auf den Aufwand haben kann, klingt bereits in dem Grundsteuerurteil des Bundesverfassungsgerichts an, in dem dieses gerade angenommen hat, dass sich ergebende Veränderungen etwa in der Lage oder der strukturellen Anbindung der Grundstücke zu beachtlichen Änderungen ihres Verkehrswerts führen können.¹⁹

a) Lagewert

Sowohl dem „Lübecker Modell“ als auch dem „Sankt Peter-Ording Modell“ ist gemein, dass sie auf den Bodenrichtwert im Sinne von § 194 BauGB abstellen. Danach sind Bodenrichtwerte²⁰ aufgrund der Kaufpreissammlung (§ 195 BauGB) flächendeckend durch den zuständigen Gutachterausschuss (§ 192 BauGB) ermittelte durchschnittliche Lagewerte für den Boden unter Berücksichtigung des unterschiedlichen Entwicklungszustands, ausgedrückt in €/m². Es werden Richtwertzonen gebildet, die jeweils Gebiete umfassen, die nach Art und Maß der Nutzung weitgehend übereinstimmen. Die Bodenrichtwerte sind in der Regel alle zwei Jahre neu zu ermitteln. Bodenrichtwerte sollen danach ein der Wirklichkeit entsprechendes Abbild der Wertverhältnisse auf dem Bodenmarkt sein und tragen damit zur Transparenz bei.²¹ Sie können danach durchaus als Grundlage zur Vergleichbarkeit des Lagewerts der im Satzungsgebiet vorhandenen Zweitwohnungen dienen, um so im Vergleich untereinander entweder den mit dem Innehaben einer Zweitwohnung verbundenen laufenden Finanzierungsaufwand oder den Teil des Mietwerts einer solchen Wohnung zu erfassen. Die Bodenrichtwerte werden

13 Vgl. BVerwG, Urteil vom 29. Januar 2003 – 9 C 3.02 –

14 Vgl. BVerwG, Urteil vom 29. Juni 2017 – 9 C 7.16 – juris Rn. 54.

15 Vgl. OVG Schleswig, Urteil vom 18. Oktober 2000 – 2 L 67/99 – juris Rn. 34.

16 VG Schleswig, Urteil vom 23. März 2022 – 4 A 154/21 – juris.

17 VG Schleswig, Urteil vom 23. März 2022 – 4 A 178/21 – juris.

18 BVerwG, Urteil vom 29. Januar 2003 – 9 C 3.02 – juris Rn. 22.

19 Vgl. BVerfG, Urteil vom 10. April 2018 – 1 BvL 11/14 – juris Rn. 118.

20 Für Schleswig-Holstein sind die Bodenrichtwerte über den Digitalen Atlas Nord (DANord) abrufbar: <https://danord.gdi-sh.de/viewer/resources/apps/VBORIS/index.html?lang=de#/>.

21 Vgl. Kleiber, in: EZBK, 143. EL August 2021, § 196 BauGB Rn. 21.

sodann noch „modifiziert“, da beim Vorhandensein mehrerer Zonen im Gemeindegebiet die Richtwertgrundstücke unterschiedlich groß sein können, so dass sie für eine Vergleichbarkeit auf eine Bezugsgröße umgerechnet werden müssen. Dies erfolgt je nach Satzungsgestaltung anhand der veröffentlichten Vorgaben des jeweiligen Gutachterausschusses – falls vorhanden – oder mittels der Umrechnungskoeffizienten nach der ab dem 1. Januar 2025 geltenden Fassung des Bewertungsgesetzes (Anlage 36, BGBl. vom 2. Dezember 2019).

aa) Lagewert des „Lübecker Modells“

Bei dem „Lübecker Modell“ fließt der Bodenrichtwert in seinem in €/m² ausgedrückten „reinen“ Wert in den Flächenmaßstab ein. Er bildet damit jedoch nicht den Lagevorteil der Zweitwohnungen zueinander ab (auch wenn die Bodenrichtwerte grundsätzlich in einem Verhältnis zueinander stehen, z. B. 250 €/m² zu 500 €/m² = 1:2). Die Relation zueinander fließt jedoch nicht in den Maßstab ein, sondern vielmehr der reine betragsmäßige Bodenrichtwert und dessen Entwicklung. Damit schlägt diese 1:1 auf den Steuermaßstab durch und determiniert ihn entscheidend. Dies macht sich besonders durch die derzeit teilweise sehr stark ansteigenden Bodenrichtwerte deutlich bemerkbar. Hintergrund dieses teilweise enormen Anstiegs ist, dass die Kaufpreissammlung ihre Werte aus den Grundstücksverkäufen in einem bestimmten Zeitraum generiert. Ist also das Angebot an Immobilien gering, die Nachfrage aber hoch, steigen die Preise erheblich an und damit auch die Bodenrichtwerte.

Beispielsweise lag der Bodenrichtwert in einer Zone zum Stichtag 31. Dezember 2018 bei 600 €/m². Daraus ergab sich für die Steuerjahre 2019 und 2020 eine Zweitwohnungssteuer in Höhe von 1176,00 €. ²² Zum Stichtag 31. Dezember 2020 erhöhte sich der Bodenrichtwert auf 800 €/m², woraus sich für das Steuerjahr 2021 eine Zweitwohnungssteuer in Höhe von 1568,00 € errechnete, mithin eine Steigerung um 392 € bzw. 33,3 %. Diese prozentuale Erhöhung entspricht derjenigen des Bodenrichtwerts (600 € auf 800 €), die somit 1:1 abgebildet wird.

Mit dieser Ausgestaltung des Lagewerts wird der Bodenrichtwert mit einem absoluten Wert in €/m² selbst maßstabprägend, ohne dass ein hinreichender Bezug zu dem zu erfassenden Aufwand für das Innehaben einer Zweitwohnung erkennbar wäre. Zu beachten ist nämlich – wie bereits ausgeführt – dass sich auch ein Ersatzmaßstab weitest möglich an der Wirklichkeit zu orientieren hat, auch wenn er nicht den in Euro ausgedrückten realen Aufwand wiedergeben muss. Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die jeweils maßgeblichen Bodenrichtwerte proportional zu dem finanziellen Aufwand für das Innehaben einer Zweitwohnung entwickeln, so dass es an dem lockeren Bezug zum Aufwand fehlt. Mit der Heranziehung des reinen Bodenrichtwertes multipliziert mit der Quadratmeterzahl der Wohnfläche wird vielmehr jährlich wiederkehrend der reine Bodenwert der Wohnfläche und damit letztlich der jeweils erzielbare Kaufpreis in Ansatz gebracht. Dieser entwickelt sich aber nach den vorliegenden statistischen Daten nicht ansatzweise proportional zu den typischerweise mit dem Innehaben einer Zweitwohnung verbundenen Aufwendungen (z. B. Mietzins bzw. laufende Abschreibungen und Zinsbelastungen, Nebenkosten/Bewirtschaftungskosten, Unterhaltungs- und Renovierungskosten, Mobiliar und Haushaltsgegenstände, Ausstattung und Ver-

sicherungsbeiträge), wie folgendes Beispiel zeigt: Der Verbraucherpreisindex für Deutschland (basierend auf dem Wert 2015 = 100) stieg von 2019 auf 2021 von 105,3 auf 109,1 (= + 3,61 %), in der Abteilung „Wohnung, Wasser, Strom, Gas und andere Brennstoffe“ von 104,9 auf 108,0 (= + 2,96 %) und in der Abteilung „Möbel, Leuchten, Geräte und anderes Haushaltszubehör“ von 102,6 auf 105,2 (= um 2,53 %) an. ²³ Nach der Statistik Konsumausgaben privater Haushalte, Laufende Wirtschaftsrechnungen (LWR) „Wohnen, Energie, Wohnungsinstandhaltung“ und „Innenausstattung, Haushaltsgeräte und -gegenstände“ ergab sich eine Steigerung von 1031 € (2019) auf 1083 € (2020) = 5,0 %. ²⁴ Die Steigerung der Verbraucherpreise und der Konsumausgaben beläuft sich damit lediglich in einem Bereich zwischen 2,5 % und 5,0 %, hingegen liegt die des Bodenrichtwertes im selben Zeitraum bei 33,3 %.

Die aufgezeigte Vorgehensweise lässt sich auch nicht unter dem Aspekt der Kapitalbindung rechtfertigen. Gemeint ist, dass sich der Verkehrswert der Zweitwohnungen mit den steigenden Bodenrichtwerten erhöht. Zwar trifft es zu, dass die Kosten für die Kapitalbindung neben dem Eigenmietwert als Anhaltspunkt für den Aufwand dienen können, wenn der Zweitwohnungsinhaber zugleich Eigentümer der Wohnung ist. ²⁵ Die Kapitalbindungskosten entsprechen aber nicht dem Bodenwert der Wohnfläche oder gar dem Verkehrswert der Immobilie, auch wenn sich im Ausgangspunkt der Verkehrswert einer Wohnimmobilie natürlich auf das zu ihrem Erwerb erforderliche Kapital auswirkt. Kapitalbindungskosten sind Kosten lediglich für das tatsächlich in die Wohnung investierte Kapital, das deshalb nicht in bar zur Verfügung steht. ²⁶ Nicht umfasst werden hingegen nicht realisierte Wertsteigerungen.

bb) Lagewert („Lagefaktor“) des „Sankt Peter-Ording Modells“

Das „Sankt Peter-Ording Modell“ unterscheidet sich hiervon in einem wesentlichen Merkmal. Es wird nämlich das Verhältnis der modifizierten Bodenrichtwerte im Gebiet der Kommune als Faktor zugrunde gelegt, weshalb er auch häufig als Lagefaktor bezeichnet wird. Zur Bildung des Lagefaktors wird der anzusetzende Bodenrichtwert, in dem die Zweitwohnung belegen ist, ins Verhältnis zum höchsten Bodenrichtwert im Erhebungsgebiet gesetzt, nach der Formel: Lagefaktor = Bodenrichtwert ./ Höchstbodenrichtwert + 1. Beispielfaß lag der konkrete (modifizierte) Bodenrichtwert nach den Grundstücksdaten der Entscheidung vom 23. März 2022 (Az.: 4 A 178/21) für das Steuerjahr 2018 (Stichtag 31. Dezember 2016) bei 99 €/m². Unter Berücksichtigung des höchsten Bodenrichtwertes von 150 €/m² errechnete sich damit der Faktor 1,66 (99 ./ 150 + 1). Zum Stichtag 31. Dezember 2018 lag der konkrete (modifizierte) Bodenrichtwert bei 105,60 €/m² und der höchste Bodenrichtwert weiterhin bei 150 €/m², was einen Faktor von 1,70 (105,6 ./ 150 + 1) ergab. Dies machte eine prozentuale Erhöhung des konkreten Bodenrichtwertes von 6,66 % und des Faktors von 2,41 % aus. Diese liegt in

²³ Statistisches Bundesamt, Verbraucherpreisindex für Deutschland, Jahreshdurchschnitte – Gesamtindex, Abteilung 1 bis 4 und Abteilung 5 bis 8 [Stand 11. Februar 2022], <https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Preise/Verbraucherpreisindex/Tabellen/Verbraucherpreise-12Kategorien.html>.

²⁴ Statistisches Bundesamt, Statistik Konsumausgaben privater Haushalte, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Einkommen-Konsum/Lebensbedingungen/Konsumausgaben-Lebenshaltungskosten/Tabellen/liste-privatekonsumausgaben-d.html>.

²⁵ Vgl. OVG Schleswig, Urteil vom 18. Oktober 2000 – 2 L 67/99 – juris Rn. 34.

²⁶ Vgl. *Oestreicher*, in: Böcking/Gros/Oser/Scheffler/Thormann, Beck'sches Handbuch der Rechnungslegung, 66. EL Oktober 2021, B 163 Herstellungskosten Rn. 182.

²² Unter Berücksichtigung der weiteren Wohnungsdaten aus dem der Entscheidung von 23. März 2022 – 4 A 154/21 – zugrundeliegenden Fall.

dem Bereich der soeben referierten statistischen Vergleichsdaten zwischen 2,5 % und 5,0 %, weshalb nach Auffassung der 4. Kammer des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts die Ausgestaltung des Lagewerts mittels einer Inverhältnissetzung der Bodenrichtwerte zueinander (Lagefaktor) die notwendige Ausrichtung an dem Belastungsgrund des finanziellen Aufwandes für das Innehaben Zweitwohnung gegeben ist, durch den die Relation der Wirtschaftsgüter (und deren Entwicklung) zueinander realitätsgerecht abgebildet wird. Den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG wird damit genüge getan. Die Grundstücke werden gerade darüber in ihrer Wertigkeit – dem Lagevorteil – proportional zueinander abgegrenzt. Eine etwaige Steigerung der Bodenrichtwerte hat allein Auswirkungen auf dieses Verhältnis als Grundlage und Bezugspunkt für einen unterschiedlichen Aufwand bei einer höherwertigen/niedrigwertigeren Lage eines Grundstücks.

Das Gericht hat auch keine Bedenken, dass in der Formel des Lagefaktors noch der Wert „1“ hinzuaddiert wird. Soweit hiergegen eingewandt wurde, dass das Verhältnis der Bodenrichtwerte zueinander rechnerisch durch die Addition von „1“ nicht zutreffend wiedergegeben werde, hat die 4. Kammer vor dem Hintergrund des aufgezeigten sehr weiten Ermessens- und Gestaltungsspielraums diesbezüglich keine rechtlichen Bedenken. Insbesondere, weil der Steuermaßstab nicht dazu dient, den realen Aufwand des einzelnen Steuerpflichtigen im Zusammenhang mit der Vorhaltung seiner Zweitwohnung auszudrücken, sondern lediglich eine Bezugsgröße für eine Vergleichsbarmachung der Zweitwohnung gewonnen werden soll. Dies ist auch bei der in allen Fällen vorgenommenen Addition von „1“ auf alle Verhältnisse (so auch beim höchsten Bodenrichtwert) gegeben. Hintergrund der Erhöhung ist die durch die Kommune beigemessene höhere Bedeutung und Gewichtung des Lagewertes (mit einem Wert über 1,0 bis 2,0) im Vergleich zu den anderen Faktoren in dem Flächenmaßstab. Dies ist von der satzungsgeberischen Wertungskompetenz umfasst. Denn der lockere Bezug zum Aufwand und die sich in der Veränderung der Bodenrichtwerte widerspiegelnde Entwicklung und deren Proportionalität zueinander bleiben erhalten.

b) Baujahresfaktor

Bei dem Baujahresfaktor als weiterem, der Feindifferenzierung des Flächenmaßstabes dienenden Gesichtspunkt, bestehen nach dem zuvor Gesagten ebenfalls nach Auffassung der 4. Kammer keine rechtlichen Bedenken im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG. Eine typische Formulierung lautet: *Der Baujahresfaktor beträgt ein Tausendstel des Zahlenwerts des Baujahres.* Mit dem Baujahr als Faktor werden der unterschiedliche Aufwand für die Nutzung und die Unterhaltung sowie unterschiedliche Anschaffungskosten (Abschreibungen/Zinsbelastung bzw. Kapitalbindung) berücksichtigt. Damit ist grundsätzlich ein lockerer Bezug zum Aufwand hergestellt. So klingt bereits in der Grundsteuerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts an, dass das Baujahr ein möglicher relevanter Differenzierungsfaktor ist, da gerade die Spiegelmiete 1964 keine Berücksichtigung von Renovierungen und Neubauten zulasse.²⁷ Der unterschiedliche Aufwand anhand des Baujahres ist allerdings schwer ermittelbar: Denn auf Seiten jüngerer Zweitwohnungen streiten die höherwertige Beschaffenheit und der höhere Anschaffungspreis bzw. der höhere Mietzins für einen höheren Aufwand. Wiederum fallen bei älteren Immobilien in der Regel keine Finanzierungskosten mehr an (bzw. fallen Abschreibungen weg), dafür besteht aber ein höherer Unterhaltungsaufwand (heutzutage z. B. im

²⁷ BVerfG, Urteil vom 10. April 2018 – 1 BvL 11/14 – juris Rn. 117.

energetischen Bereich). Weil dies schwer zu ermitteln ist, bestehen keine Bedenken dagegen, ein Tausendstel des Baujahres als Differenzierungskriterium heranzuziehen und damit zumindest auf den typischerweise steigenden Aufwand bei jüngeren Immobilien abzustellen. Die konkrete Ausgestaltung des Faktors mit einem Tausendstel des Baujahres wiederum führt zu keinen Wertverzerrungen im Hinblick auf die Relation der Wirtschaftsgüter zueinander. Es ist nicht zu beanstanden, diesem Faktor wegen des weiten Ermessens- und Gestaltungsspielraums des Satzungsgebers im Gesamtmaßstab kein größeres Gewicht beizumessen.

c) Gebäudeartfaktor

Ebenso wenig unterliegt nach der Rechtsprechung der 4. Kammer der Gebäudeartfaktor mit Zu- bzw. Abschlägen für Wohnungen/Mehrfamilienhäuser, Zweifamilienhäuser/Doppelhäuser und Einfamilienhäuser unter Berücksichtigung der genannten Maßstäbe rechtlichen Bedenken.²⁸

d) „Multiplikator 100“ bzw. Steuersatz 404 %

Der im Maßstab verwendete Multiplikator 100 („...und multipliziert mit hundert“), ebenso wie Steuersätze im dreistelligen Bereich,²⁹ halten nach Auffassung der 4. Kammer einer rechtlichen Prüfung stand. Der Grundsatz der Abgabengerechtigkeit und die Grenzen aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG erfordern für die meisten Abgabensätze von Veranlagungsfall zu Veranlagungsfall unterschiedliche Abgabenhöhen; für den Fall muss sich der Satzungsgeber darauf beschränken, die Bemessungsgrundlagen (Abgabenmaßstab und Abgabensatz) zu regeln. Der Abgabenmaßstab legt fest, an welches Kriterium anzuknüpfen ist (also die Definition der Maßstabseinheit). Der Abgabensatz wiederum gibt an, wie hoch die Abgabe je Maßstabseinheit ist.³⁰ Insbesondere vor dem aufgezeigten Hintergrund, dass der Abgabenmaßstab lediglich die Bezugsgröße wiedergeben soll und sich erst aus dessen Multiplikation mit dem Steuersatz die Abgabenhöhe ergibt, die ihrerseits an dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Stichwort: Erdrosselungsgrenze) zu messen ist, ist es ohne Relevanz, ob auf Seiten der Bemessungsgrundlage „Maßstab“ oder auf Seiten der Bemessungsgrundlage „Steuersatz“ eine Multiplikation mit 100 stattfindet. Das Ergebnis, also die Steuerhöhe, aber vor allem die Relation der erfassten Güter zueinander, wird durch diesen einheitlichen Multiplikator „100“ – egal auf welcher Seite – jedoch nicht verändert, was maßgeblich für die Betrachtung nach Art. 3 Abs. 1 GG ist.

7. Ausblick

Die 4. Kammer hat gegen die Urteile vom 23. März 2022 die Berufung gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zugelassen, da die Frage, ob der von den Kommunen gewählte Steuermaßstab mit dem Lagewert (in der Reinform des Bodenrichtwertes – 4 A 154/21 – oder als Verhältnis der Bodenrichtwerte – 4 A 178/21 –) mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist, in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt ist und damit grundsätzliche Bedeutung hat. Es bleibt abzuwarten, wie die zweite Instanz in den eingelegten Berufungsverfahren (Az.: 5 LB 11/22 und 5 LB 12/22) entscheiden wird.

²⁸ Vgl. auch OVG Schleswig, Urteile vom 30. Januar 2019 – 2 LB 90/18 und 2 LB 92/18 – juris Rn. 106 bzw. 116.

²⁹ Vgl. OVG Schleswig, Beschluss vom 23. August 2021 – 5 MB 10/21 – juris; anders noch VG Schleswig, Beschluss vom 29. März 2021 – 4 B 2/21 – juris Rn 27 ff.

³⁰ Vgl. Arndt, in: Habermann/Arndt, Kommunalabgabengesetz des Landes Schleswig-Holstein, Stand: 05.2020, § 2 Rn. 64.

Drittmittelakquise von Kommunen – Ein Praxisbeitrag aus der Stadt Flensburg

Ole Dunklau, Dipl. Kaufmann, Leiter Fördermittelmanagement Stadt Flensburg



I. Hintergrund und Bedeutung von Zuwendungen

In vielen Kommunen ist die Finanzierung von Investitionen seit Jahren ein beherrschendes Thema in der Haushaltsplanung. Der in allen Bereichen spürbare Sanierungsstau bei öffentlichen Gebäuden und Infrastrukturen erzeugt enormen Handlungs- und Finanzierungsdruck. Hinzu kommen neue bzw. erweiterte Aufgaben und Verantwortlichkeiten, wie beispielsweise die Unterbringung geflüchteter Menschen oder die Ausweitung der Ganztagsbetreuung für Schulkinder. Dies löst auf kommunaler Ebene zusätzlichen Ressourcenbedarf aus.

Die Gemeinden setzen bei der Realisierung ihrer Investitionsprojekte zunehmend einen Fokus auf die Einwerbung von Drittmitteln. So soll zumindest der Finanzbedarf reduziert werden. Allerdings wird durch die nachfolgenden Ausführungen deutlich, dass die reine Einwerbung von Drittmitteln nicht automatisch zu einer erfolgreichen Umsetzung von Investitionsmaßnahmen führt. Vielmehr müssen im Zuge der Projektplanung einige Aspekte berücksichtigt sein, um Drittmittel erfolgreich einzusetzen.

Je nach Größe der Projekte und Struktur der Kommune, insbesondere beim Management von Projekten, ergeben sich bei der Einwerbung von Drittmitteln deutlich höhere Anforderungen an die Planung und Durchführung der Investitionsmaßnahmen. Nachfolgend werden die wichtigsten Rechtskreise aufgezeigt, die bereits am Anfang der Projekte zu beachten sind. Im Anschluss wird verdeutlicht, dass für die erfolgreiche Umsetzung von Förderprojekten auch immer ein mehrdimensionaler Optimierungsansatz gewählt werden muss, wenn die Projekte in effizienter Weise durchgeführt werden sollen. Für Kreise, Ämter oder Gemeinden bedeutet dies auch, dass sie eine entsprechende Expertise (intern oder extern) vorhalten müssen.

II. Wichtige Rechtskreise bei der Drittmittelakquise

Die Einwerbung von Drittmitteln bei der Landes-, Bundes- oder europäischen Ebene ist aus politischer und fachlicher Sicht oftmals der Schlüssel zur Finanzierung von besonderen Vorhaben innerhalb der Gebietskörperschaft. In Beziehung zur reinen Akquise von Zuwendungen können sich einige Projekte zu einer regelrechten Mammutaufgabe entwickeln. Insbesondere wenn nicht nur die reine Verwendung der Mittel durch die öffentliche Institution angestrebt wird, sondern Gelder auch an Dritte weitergeleitet werden sollen.

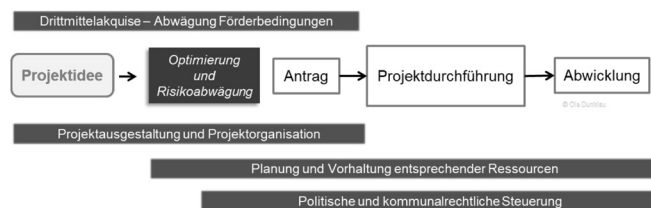


Abbildung 1: Übersicht Projektdurchführung

Abbildung 1 zeigt den Prozess im Fördermittelmanagement. Bereits während der ersten Ideenphase sollte eine entsprechende Suche nach Fördermöglichkeiten beginnen, da

sich vor allem die Förderbedingungen auf die anschließende Projektgestaltung auswirken. Im nächsten Schritt erfolgt ein Abwägungsprozess, der die Optimierung und Risikoabwägung, insbesondere finanzieller Risiken, der Gesamtmaßnahme untersucht. Hieraus ergibt sich der Bezug zu den verschiedenen Rechtskreisen, die noch vor der Antragstellung betrachtet werden müssen. Ebenfalls vor der Antragstellung müssen weitere Nebenprozesse, wie beispielsweise die Einplanung der notwendigen Ressourcen und die Einbeziehung der Kommunalpolitik starten.

Bereits jetzt ist ersichtlich, dass die Komplexität solcher Planungen enormer Natur sein kann. Die nachfolgend kurze Skizzierung der wichtigsten Rechtskreise gibt einen ersten Eindruck über die benötigten Fachgebiete, insbesondere im Verwaltungs- Steuer- und Wirtschafts- bzw. Wettbewerbsrecht. Hieraus ergibt sich auch die Notwendigkeit einer übergeordneten Steuerung von Maßnahmen und Projekten.

a) Kommunalrecht als Ausgangsrahmen

Für viele Beteiligte klingt es zunächst verwundernd, dass bei der Beantragung von Fördermitteln nicht nur die entsprechende Förderrichtlinie, sondern auch das Kommunalrecht (z.B. §64ff GO SH, §§ 48-49a VwVfG) von großer Bedeutung ist. Dieser Umstand wiegt umso schwerer, je fachspezifischer das jeweilige Förderprogramm ausgelegt ist. So müssen beispielsweise Projekte der aufsuchenden Jugendarbeit inhaltlich durch eine pädagogische Expertise geplant werden, während sie gleichzeitig eine verwaltungsrechtliche bzw. verwaltungstechnische Steuerung benötigen.

Das führt in der Praxis immer dann zu Problemen, wenn Abteilungs-, Referats- oder Fachdienstleitungen entsprechende Anträge zeichnen und beispielsweise die Gesamtkosten oberhalb der entsprechenden Zuständigkeitsgrenzen liegen. In den meisten Antragsunterlagen wird mit der Einreichung bestätigt, dass die unterzeichnende Person für die Kommune auch entsprechend vertretungsberechtigt ist, was bei den handelnden Akteuren bekannt sein sollte. Anderenfalls kann die Mittelgeberin bzw. der Mittelgeber einen Ansatzpunkt haben, die Förderung auch nachträglich zu versagen.

Gleiches gilt, wenn eine entsprechende Legitimation durch die kommunalen politischen Vertreterinnen und Vertreter vorgesehen ist und dieser Umstand außer Acht gelassen wird. Die Kenntnis der politischen und verwaltungstechnischen Prozesse ist daher unabdingbar, um nicht zuletzt die notwendige Bearbeitungszeit für einen Antrag einschätzen zu können. Im Vorweg sollten daher alle zu beachtenden kommunalrechtlichen Bestimmungen – darunter zählen auch mögliche interne Anweisungen – bekannt sein und entsprechend beachtet werden. Ist bei der Antragsstellung zudem eine externe Beratung hinzugezogen, müssen die geltenden Formalitäten der Verwaltung gemeinsam erörtert werden.

Hieraus ergeben sich die folgenden Prüfpunkte, die in kommunalrechtlicher Hinsicht vor Projektanträgen geprüft werden sollten:

- Gegebenheit der gesetzlichen Vertretung
- Notwendigkeit der Einbindung besonderer Institutionen wie Rechnungsprüfungsämter oder Kommunalaufsichten
- Einbindung der politischen Vertretung
- Vorliegen einer dringenden Angelegenheit

b) Haushaltsrecht

Fast alle Förderrichtlinien des Bundes und der Länder beziehen sich in ihren Ausführungen auf die §§ 23 und 44 der Bundes- bzw. Landeshaushaltsordnung. Mit den hierzu ergänzenden Verwaltungsvorschriften (z.B. VV-BHO, VV-K zu §44 LHO SH) bildet sich ein weiterer Rechtskreis, der bei allen geförderten Projekten beachtet werden muss.

Das kann insbesondere dann interessant sein und zu Konflikten führen, wenn beispielsweise bei der Antragstellung bestätigt wird, dass die erforderliche Gesamtfinanzierung gesichert ist, gleichzeitig aber weder die politische Freigabe erfolgt, noch die Eigenmittel im kommunalen Haushalt eingestellt sind. In beiden Fällen sind dann falsche Angaben in den Anträgen zu finden, die das Risiko einer Rückforderung erhöhen können.

Neben der Kenntnis über die kommunalrechtlichen Prozesse zur Umsetzung von entsprechenden Maßnahmen sind daher auch die weiteren Abfolgen aufgrund existierender Haushaltsrechts und dessen Umsetzung auf lokaler Ebene zu beachten. So ist stets eine gute finanzielle Planung erforderlich, aus der ersichtlich wird, dass eine Gesamtfinanzierung gesichert erscheint. In der Durchführungsphase von Projekten sollte ein nachgeschobener Haushaltsansatz nur aufgrund unvorhergesehener Aufwendungen erfolgen, beispielsweise bei einer Verteuerung von Baumaßnahmen, die zuvor nicht absehbar waren.

Die Prüfpunkte aus dem kommunalrechtlichen Bereich sollten daher um folgende finanztechnische Punkte ergänzt werden:

- Notwendige Bereitstellung entsprechender Ressourcen
- Entsprechende Einrichtung von Produktkonten im Haushaltssystem
- Festlegung der nötigen Ermächtigungen für die Projektakteure
- Ggf. die Einbindung der politischen Vertretung

c) Vergaberecht

Das Vergaberecht wird nicht nur im kommunalen Umfeld als spezieller Teil des Haushaltsrechtes verstanden. Für die öffentlichen Behörden und Institutionen beschreibt es die Gesamtheit aller Regeln, welche bei einer Inanspruchnahme von Leistungen am Markt gegen ein Entgelt zu beachten sind. Je nach Organisation der Kommune sind in der Verwaltung entsprechende „Vergabestellen“ eingerichtet, die insbesondere bei der Verwendung von Drittmitteln, also bereits während der Projektgestaltung, einbezogen werden sollten.

Neben den Vergabegesetzen auf Bundes- und Landesebene (GWB, VGSH) sind insbesondere die zugehörigen Verordnungen (VgV, SektVO, KonzVgV, SHVgVO, VOB/A, UVgO) für die Praxis von Bedeutung. Hier haben die Mittelgeberinnen und Mittelgeber einen Hebel, um eine erteilte Förderung zurückzunehmen oder einzelne Arbeitspakete aus der Förderfähigkeit zu führen, und zwar immer dann, wenn die Einhaltung

des Vergaberechts (nach den Richtlinien 2014/24/EU, 2014/25/EU, 2014/23/EU, 2009/81/EG, 2007/66/EG) nicht gegeben ist. Konkret ergeben sich vermehrt Risiken, wenn beispielsweise die Schätzung von Auftragswerten nicht richtig ist oder wenn die Aufteilung der Maßnahme in mehrere Lose zu einer verbotenen Umgehungsabsicht führt.

Bei der Antragstellung und der anschließenden Gestaltung der Projektarchitektur (z.B. Weiterleitung der Mittel an Dritte) ist es wichtig, die entsprechenden „Prüfpunkte Vergabe“ zu behandeln:

- Existenz einer funktionalen öffentlichen Auftraggeberin
- Bestimmungen zu Wertgrenzen und Wertermittlungen
- Möglichkeit der Aufteilung einer Maßnahme in verschiedene Lose
- Beachtung verbotener Umgehungsabsichten
- Wahl der Vergabeart

d) Beihilferecht

Das Beihilferecht wird in den Kommunen oder auf Amtsebene oft vernachlässigt. Ein Grund hierfür kann sein, dass konkrete Anweisungen zur Umsetzung durch beispielsweise Verordnungen nicht über die entsprechenden Ebenen bis auf die Kommune ausgestaltet sind. Die EU-Kommission und deren entsprechende Vorgaben (beispielsweise nach Artikel 106-108 AEUV, Verordnung (EU) Nr. 1407/2013, Verordnung (EU) Nr. 651/2014) scheinen hier relativ fern von der Umsetzung innerhalb der Kommune. Bei der Bewertung von Verstößen gegen das Beihilferecht zeigt sich jedoch ein besonders hohes Risiko einer Rückforderung von Mitteln bzw. einer gesamten Rückabwicklung von Projekten oder Maßnahmen, vor allem dann, wenn die Mittel an ausgewählte Dritte weitergeleitet werden.

Bei der Weiterleitung von Zuwendungen, aber auch bei der Beauftragung von Unternehmen innerhalb einer Maßnahme, sind besondere Punkte zu berücksichtigen, die sich in zwei Phasen aufteilen. Zunächst muss geprüft werden, ob es sich um eine Beihilfe nach den folgenden Kriterien handelt:

- Staatliche Mittel
- Gewährung zugunsten eines Unternehmens
- Merkmale der selektiven Begünstigung
- Gegebenheit einer Wettbewerbsverfälschung
- Vorliegen einer Handelsbeeinträchtigung

Problematisch werden hier vor allem Maßnahmen, die sich in einem Grenzbereich befinden, d.h. wenn es strittig ist, ob eine selektive Begünstigung oder Verfälschung des Wettbewerbes etc. vorliegen. Dies kann zu einer intensiven Befassung der Verwaltung mit der EU-Kommission und deren entsprechenden Arbeitsgruppen führen, da nur so eine eindeutige Festlegung des Vorliegens einer Beihilfe erfolgen kann. Für die Projektplanung kann das wiederum einen enormen Zeitverzug und eine weitere Ressourcenbeanspruchung bedeuten.

Bei der Projekt- oder Maßnahmenplanung sollte darauf geachtet werden, welche Maßnahmen oder auch Arbeitspakete beihilferechtlich relevant sind. Hier ist in der zweiten Phase insbesondere zu prüfen, ob einzelne Aufgaben oder Maßnahmen beispielsweise beihilfefreie Tatbestände darstellen oder eine entsprechende Freistellung gem. folgender Punkte gegeben ist:

- Vorliegen beihilfefreier Tatbestände
- Zuordnung zu De-minimis

- Maßnahmen im Bereich DAWI
- Vorliegender Freistellungsbeschluss
- Einordnung in die AGVO
- Einzelnotifizierung
- Altmark-Trans-Lösung

Je nach Grad der Komplexität reicht eine verwaltungstechnische Auseinandersetzung mit dem Beihilferecht nicht aus, um hier zu einer risikominimierenden Lösung zu gelangen. Oftmals empfiehlt sich daher die Einbeziehung weiterer externer Beratung u.a. in Form zusätzlicher juristischer Expertise.

e) Steuerrecht

Zur Vervollständigung der betroffenen Rechtskreise muss das Steuerrecht zumindest partiell betrachtet werden. Relevant ist es vor allem dann, wenn die Zuwendungen oder Projekte durch Dritte – auch Eigenbetriebe – ausgeführt werden sollen oder sich eine entsprechende wirtschaftliche Tätigkeit der Kommune ergibt.

Bei der Weiterleitung an Dritte, aber auch bei der Beantragung durch Akteure außerhalb der Kommunalverwaltungen macht es Sinn, sich vorab mit den steuerlichen Auswirkungen im Hinblick auf die vorhandene Rechtsform zu befassen. Insbesondere bei der Ausgründung weiterer Organisationsformen kann die Rechtsformwahl unter Steuergesichtspunkten Auswirkungen auf die Höhe der Projektmittel haben.

Hierbei ist zu klären, welche Handlungen beispielsweise dazu führen, dass es zu einer Besteuerung der Organisation kommt. Ergänzend muss erörtert werden, ob beispielsweise eine Umsatzbesteuerung bei der Projektumsetzung sinnvoll sein kann, weil hiermit auch ein Vorsteuerabzug gewährt wird. Hinzu kommt die Befassung mit Körperschafts- oder Gewerbesteuer. Neben der Besteuerung werden aber auch weitere Abgaben bzw. Beiträge relevant, wenn es zu gesetzlichen Mitgliedschaften in Kammern und Verbänden kommt. Die Vorteile einer Umsetzung durch eine privat-rechtliche Gesellschaftsform sollten hier stets deutlich überwiegen.

Die Wahl der Rechtsform hat zudem Auswirkungen auf die Frage, wie die Projektmittel an die Gesellschaft fließen. Hier muss zwischen einer direkten und einer indirekten Finanzierung der Maßnahmen unterschieden werden. Neben der direkten Finanzierung durch Weiterleitung der Mittel existieren auch Möglichkeiten, die Mittel über entsprechende Einlagen, Beiträge etc. optimierter in die Institution zu überführen.

Eine fachliche Betreuung in Form einer Steuerberatung kann hier insbesondere bei der Anfrage einer verbindlichen Auskunft durch die Finanzämter hilfreich sein.

III. Risikoabwägung im Projektmanagement

Die Frage der Mittelzuleitung führt idealtypisch zum Thema der Risikominimierung und einer notwendigen Abwägung bei der Durchführung von Förderprojekten. Im Umgang mit Drittmitteln sind – wie bereits beschrieben – ständig die verschiedensten Rechtskreise berührt. Eine Ideallösung hin zu einer bestmöglichen Drittmittelnutzung existiert im Allgemeinen nicht. Vielmehr muss im Einzelfall eine entsprechende Abwägung erfolgen, um das Risiko einer Rückforderung, einer Kürzung oder der gänzlichen Versagung von Fördergeldern zu minimieren.

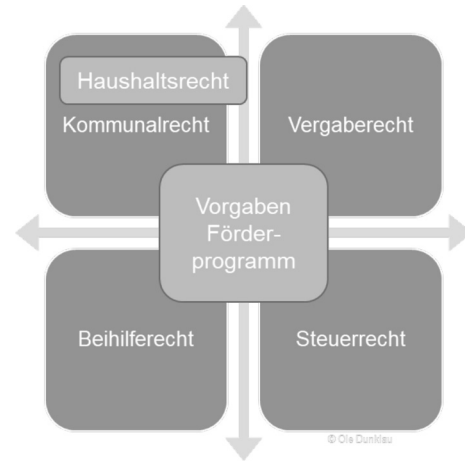


Abbildung 2: Risikoabwägung im Fördermittelmanagement

Die Abbildung 2 verdeutlicht das Erfordernis eines strukturierten Abwägungsprozesses. Die Vorgaben der einzelnen Rechtskreise verändern unter den jeweiligen Bedingungen die entsprechenden Projektinhalte sowie deren Ausgestaltung. Im Gegenzug kann eine intelligente Projektausgestaltung und deren Umsetzung die bestehenden Risiken bezüglich der einzelnen Rechtskreise minimieren. Notwendig hierfür ist ein iteratives Optimierungsverfahren. Dieser Prozess bedarf jedoch auch einer entsprechend weit gefassten Expertise, da hier unterschiedliche Professionen notwendig sind.

Neben den inhaltlichen und rechtlichen Vorgaben des jeweiligen Förderprogramms spielt das Haushaltsrecht immer eine mitlaufende Rolle. In der Regel sind die Optimierungsansätze oder die Auslegung hierbei auch stringenter. Gleiches gilt für das Kommunalrecht, auch wenn deutlich mehr Freiheitsgrade in der Auslegung existieren. So kann beispielsweise der Handlungsspielraum einzelner Personen durch Geschäftsordnungen oder durch politische Grundsatzbeschlüsse erhöht werden.

Beeinflussbar – im Sinne einer Projektgestaltung – sind vor allem die Rechtskreise im Vergabe-, Beihilfe- und Steuerrecht, wengleich sich diese für die kommunale Verwaltung auch deutlich komplexer darstellen.

Projekte können strukturell und inhaltlich derart programmiert werden, dass einzelne Optionen der drei Rechtskreise (Vergaberecht, Beihilferecht, Steuerrecht) zu Gunsten der Mittelverwendung gestaltet werden können. Dennoch zeichnet sich fast immer ein besonderes Spannungsfeld ab.

Zur Verdeutlichung zwei allgemeine Beispiele:

- Aufgrund der beihilferechtlichen Bestimmungen können Projektinhalte als gesonderte Einzelaktivitäten bzw. Arbeitspakete betrachtet und entsprechend gestaltet werden. Dies kann beispielsweise dazu führen, dass Einzelaktivitäten unter die sogenannte De-minimis Regelung fallen und damit deutlich einfacher zu handhaben sind. Diese Optimierung mit dem Fokus auf dem EU-Beihilferecht kann wiederum vergaberechtlich dazu führen, dass eine verbotene Umgehungsabsicht vorliegt, wenn die Aufteilung von Projektmaßnahmen in Teillaufträge nicht hinreichend begründbar ist.
- Die Wahl einer steuergünstigen Rechtsform bei Umsetzung einer Investitionsmaßnahme kann dazu führen, dass sich die Möglichkeit zum Vorsteuerabzug günstig auf die Höhe der Gesamtkosten auswirkt. Allerdings ist beispielsweise die Gründung einer GmbH kommunalrechtlich bedenklich, wenn durch die Maßnahme ein öffentliches Interesse nicht ausreichend belegbar ist.

In den Abwägungsprozess fließen je nach Projektinhalt weitere Betrachtungen bzw. Rechtskreise. Bei Sanierungs- oder Neubaumaßnahmen ist die Beachtung der Vorgaben des Baurechts notwendig, bei Maßnahmen im Bereich des Klimaschutzes das Umweltschutzrecht usw. Dies verringern unter Umständen den Spielraum in der inhaltlichen, also fachlichen Ausgestaltung der Projekte, was wiederum die zuvor erörterten Rechtskreise (Kommunalrecht, Haushaltsrecht, Vergaberecht, Beihilferecht, Steuerrecht) weniger gestaltbar macht.

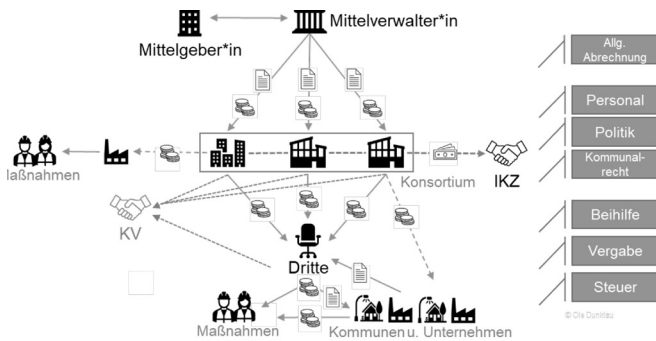


Abbildung 3: Praxisbeispiel Verflechtungen Konsortialprojekt

Mit steigender Anzahl der Mitwirkenden erhöht sich zudem die Komplexität des Abwägungsprozesses, wie in Abbildung 3 skizziert. Neben den vertragsgestaltenden Prozessen werden auch die Finanzflüsse zunehmend langkettiger. Dies führt zu immer wiederkehrenden Prüfungen der betroffenen Rechtskreise. Insbesondere bei der Weiterleitung der Mittel an ein oder mehrere Unternehmen können steuerrechtliche oder beihilferechtliche Problemfälle entstehen.

Hierbei den Gesamtüberblick zu gewährleisten, ist innerhalb der Kommunen nur durch ein professionelles Projektmanagement möglich. Oftmals sind aber diese Strukturen in den Verwaltungen nicht existent bzw. ausbaufähig. So kommt es in der Praxis dann auch zu Rückforderungen oder zusätzlichem Finanzbedarf in Form von Eigenmitteln für die Umsetzung. Eine Ideallösung existiert nicht. Vielmehr muss jeder Einzelfall, jedes Projekt oder jede Baumaßnahme hinsichtlich der Risiken und Projektgestaltung abgewogen werden.

IV. Fazit

Kommunen stehen bei der Einwerbung von Drittmitteln vor der besonderen Herausforderung, die betroffenen Rechtskreise zu erkennen und ihre Maßnahmen entsprechend zu gestalten. Je nachdem, wie die Gemeinden, Ämter, Kreise und kreisfreien Städte hier aufgestellt sind, können sie den Einsatz der Drittmittel optimieren. Das Spannungsfeld der verschiedenen Rechtskreise macht deutlich, dass der Erfolg des Mitteleinsatzes nicht ausschließlich an einem Förderbescheid festgemacht werden kann. Vielmehr entscheidet der Abwägungsprozess zur Risikominimierung darüber, ob die Drittmittel effizient eingesetzt wurden.

Solche Prozesse gehören jedoch nicht zwingend in die Struktur einer Verwaltungseinheit, weshalb sich insbesondere bei komplexen Projekten immer wieder besondere Problemlagen aufzeigen. Neben den verwaltungs- und haushaltsrechtlichen Fragestellungen ergeben sich insbesondere in den Bereichen Vergabe, Beihilfe und Besteuerung Handlungsrisiken, welche gleichzeitig einen enormen Spielraum für die Projektgestaltung bzw. -organisation aufweisen. Die Einbeziehung externer Fachleute aus Steuerberatungen, Rechtsberatungen und Projektberatungen werden auch künftig unabdingbar sein, um Projekte rechtssicher und effizient umzusetzen.

II. Amtliche Veröffentlichung

Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in Zivilsachen (ZP-Statistik)

Bek. d. MJG v. 28. Oktober 2022 – II 342/1440 – 2 – (SchIHA 2022 S. 443)

Die Landesjustizverwaltungen haben beschlossen, die Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in Zivilsachen (ZP-Statistik) (Bekanntmachung v. 4. November 2021 – II 342 /1440 – 2 – <SchIHA S. 423 >) zu ändern. Aus diesem Grund wird die Anordnung neu gefasst und es wird ein neuer Sonderdruck dieser Anordnung – Stand: 1. Januar 2023 – herausgegeben. Den Gerichten wird der Sonderdruck in elektronischer Form zur Verfügung gestellt.

Diese Bekanntmachung tritt am 1. Januar 2023 in Kraft. Gleichzeitig tritt die Anordnung über die Erhebung von statis-

tischen Daten in Zivilsachen (ZP-Statistik) (Bekanntmachung v. 4. November 2021 – II 342 /1440 – 2 – <SchIHA S. 423 >) außer Kraft.

Erlass des Ministeriums für Justiz und Gesundheit des Landes Schleswig-Holstein, Staatssekretär

vom 25. Oktober 2022 (AZ: II 331/2231-E-2-4) (SchIHA 2022 S. 443)

Gemäß § 7 Abs. 2 der Landesverordnung über die Ausbildung der Juristinnen und Juristen wurde für die Zeit ab 1. November 2022 Herr Präses OLG Dr. Dirk Bahrenfuss zum Vorsitzenden des Justizprüfungsamtes bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht berufen.

III. Personalnachrichten

MJG

Ernannt: Zur Regierungsdirektorin: Oberregierungsrätin Dr. Silvia Müller, Ministerium für Justiz und Gesundheit.

Zum Justizoberinspektor: Justizinspektor Jan-Christian Meyer, Ministerium für Justiz und Gesundheit.

Gerichte

Ernannt: Zur Justizoberamtsrätin: Justizamtsrätin Sabrina Hoffmann, Amtsgericht Schleswig.

Zum Justizoberamtsrat: Justizamtsrat Jens Peter Klinger, Amtsgericht Niebüll.

Zur Justizamtsrätin: Justizamtsfrau Andrea Daly, Amtsgericht Flensburg; Justizamtsfrau Claudia Hansen, Amtsgericht Husum.

Zur Justizamtsfrau: Justizoberinspektorin Katja Linfert, Amtsgericht Schleswig.

Zum Justizamtsmann: Justizoberinspektor Mark Wegner, Landgericht Flensburg.

Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Jasmin Weis*, Amtsgericht Rendsburg.

Zur Justizinspektorin: Rechtspflegeranwärterin *Sarah Schwier*, Amtsgericht Flensburg; Rechtspflegeranwärterin *Laura Kristin Wienroth*, Amtsgericht Norderstedt; Rechtspflegeranwärterin *Annika Rose*, Amtsgericht Bad Segeberg; Rechtspflegeranwärterin *Theresa Rehder*, Amtsgericht Itzehoe; Rechtspflegeranwärterin *Alicia Rackow*, Amtsgericht Meldorf. Rechtspflegeranwärterin *Luisa-Sophie Möller*, Amtsgericht Norderstedt; Rechtspflegeranwärterin *Renée Hinkelmann*, Amtsgericht Meldorf; Rechtspflegeranwärterin *Larissa Falkus*, Amtsgericht Reinbek; Rechtspflegeranwärterin *Johanna Christiansen*, Amtsgericht Norderstedt.

Zur Obergerichtsvollzieherin mit Amtszulage: Obergerichtsvollzieherin *Telse Schwenn*, Amtsgericht Oldenburg i. H.

Zum Obergerichtsvollzieher mit Amtszulage: Obergerichtsvollzieher *Jörg Bähr*, Amtsgericht Elmshorn.

Zur Obergerichtsvollzieherin: Gerichtsvollzieherin *Tanja Catharina Koschmann*, Amtsgericht Neumünster; Gerichtsvollzieherin *Mandy Bernsee*, Amtsgericht Kiel. Gerichtsvollzieherin *Katrin Matthiessen*, Amtsgericht Reinbek; Gerichtsvollzieherin *Sabrina Wittmann*, Amtsgericht Elmshorn.

Zum Obergerichtsvollzieher: Gerichtsvollzieher *Gerhard Hilscher*, Amtsgericht Plön.

Zur Justizamtsinspektorin mit Amtszulage: Justizamtsinspektorin *Andrea Schütt-Schrader*, Amtsgericht Elmshorn; Justizamtsinspektorin *Susanne Bohm-Müller*, Landgericht Lübeck.

Zum Justizamtsinspektor mit Amtszulage: Justizamtsinspektor *Thomas Görlich*, Amtsgericht Itzehoe; Justizamtsinspektor *Marco Müller*, Amtsgericht Schwarzenbek; Zur Justizamtsinspektorin: Justizhauptsekretärin *Christina Hüttenberger*, Amtsgericht Kiel; Justizhauptsekretärin *Anke Brunnenmeyer*, Amtsgericht Kiel; Justizhauptsekretärin *Kirstin Heller*, Amtsgericht Flensburg; Justizhauptsekretärin *Jeanette Gaisbauer*, Amtsgericht Itzehoe; Justizhauptsekretärin *Sarah Friedel*, Amtsgericht Itzehoe; Justizhauptsekretärin *Jessica Möller*, Amtsgericht Oldenburg/H.; Justizhauptsekretärin *Kathrin Lafrentz*, Amtsgericht Reinbek; Justizhauptsekretärin *Anja Hill*, Amtsgericht Eutin; Justizhauptsekretärin *Nadine Krey*, Amtsgericht Ahrensburg; Justizhauptsekretärin *Monja Schlüter-Mayr*, Amtsgericht Itzehoe.

Zum Justizamtsinspektor: Justizhauptsekretär *Andreas Schulz*, Amtsgericht Rendsburg; Justizhauptsekretär *Stephan Opelt*, Amtsgericht Reinbek; Justizhauptsekretär *Sven Müller*, Landgericht Lübeck.

Zur Justizhauptsekretärin: Justizobersekretärin *Stefanie Lohse*, Amtsgericht Itzehoe; Justizobersekretärin *Corinna Marquard*, Amtsgericht Schwarzenbek; Justizobersekretärin *Corinna Ottsen*, Amtsgericht Flensburg; Justizobersekretärin *Bente Rathke*, Amtsgericht Meldorf; Justizobersekretärin *Sarah Henze*, Amtsgericht Bad Segeberg; Justizobersekretärin *Wencke Johannsen*, Amtsgericht Flensburg; Justizobersekretärin *Franziska Scholz*, Amtsgericht Plön; Justizobersekretärin *Anna Strecker*, Amtsgericht Flensburg; Justizobersekretärin *Daniela Hinrichsen*, Amtsgericht Flensburg; Justizobersekretärin *Catharina Glaser*, Amtsgericht Plön; Justizobersekretärin *Lisann Wolter*, Amtsgericht Meldorf; Justizobersekretärin *Nathalie Rudolph*, Amtsgericht Reinbek; Justizobersekretärin *Stephanie Pohl*, Amtsgericht Flensburg; Justizobersekretärin *Kristin Streif*, Amtsgericht Kiel.

Zum Justizhauptsekretär: Justizobersekretär *Niklas Raudszus*, Amtsgericht Flensburg.

Versetzt: Justizoberinspektorin *Imke Peters* vom Amtsgericht Kiel zum Landgericht Itzehoe; Justizoberinspektorin *Marlen Bankonier* vom Sozialgericht Schleswig an das Amtsgericht Flensburg.

Versetzung in den Ruhestand: Obergerichtsvollzieher *Yorck Gaebert*, Amtsgericht Neumünster; Justizamtsinspektorin mit Amtszulage *Petra Claußen*, Amtsgericht Meldorf.

Eintritt in den Ruhestand: Justizoberamtsrätin *Regina Sörensen*, Amtsgericht Flensburg.

Sozialgerichtsbarkeit

Ernannt: Zum Justizinspektor: Rechtspflegeranwärter *Kenneth Lohmann*, bei dem Sozialgericht Schleswig.

Staatsanwaltschaften

Ernannt: Zur Oberstaatsanwältin: Staatsanwältin – als Gruppenleiterin – *Birgit Preuß*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Zum Justizoberamtsrat: Justizamtsrat *Christian Freund*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

Zur Justizamtsrätin: Justizamtsfrau *Imke Honerla*, Generalstaatsanwaltschaft Schleswig-Holstein; Justizamtsfrau *Sonja Schmidt*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Zum Justizamtsmann: Justizoberinspektor *Larn Grönwoldt*, Generalstaatsanwaltschaft Schleswig-Holstein.

Zur Justizamtsfrau: Justizoberinspektorin *Maria Kunz*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

Zur Justizoberinspektorin unter gleichzeitiger Verleihung der Eigenschaft einer Beamtin auf Lebenszeit: Justizinspektorin *Isabel Appel*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg.

Zur Oberamtsanwältin: Amtsanwältin *Nina Boysen*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg.

Zur Sozialamtsfrau: Sozialoberinspektorin *Christiane Candler*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

Zur Sozialoberinspektorin: Sozialinspektorin *Daniela Jacobsen*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg.

Zum Justizamtsinspektor mit Zulage: Justizamtsinspektor *Frank Stankovic*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

Zur Justizamtsinspektorin: Justizhauptsekretärin *Iris Langsdorff*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck; Justizhauptsekretärin *Nicole Tennhardt-Gehl*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

Zum Justizamtsinspektor: Justizhauptsekretär *Lars Stresemann*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe; Justizhauptsekretär *Maic Binnius*, Generalstaatsanwaltschaft Schleswig-Holstein.

Zur Justizhauptsekretärin: Justizobersekretärin *Annick Gütschow*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel; Justizobersekretärin *Thabea Zwick*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel.

Versetzung in den Ruhestand: Justizamtsinspektorin *Christa Prill*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Flensburg.

Notare

Ernannt: Zum Notar: *Dr. Martin Krämer*, Neumünster.
Notaramt erloschen: *Eggert Sühl*, Wilster.

IV Ausschreibungen

Bek. d. MJG vom 1. November 2022 – II 332/5112-E-1-79
(SchIHA 2022 S. 445)

Allgemeine Hinweise

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung ein. Schwerbehinderte und ihnen Gleichgestellte werden bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Die Landesregierung ist bestrebt, ein Gleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Beschäftigten in der Landesverwaltung und im Justizdienst zu erreichen. Sie bittet deshalb geeignete Frauen, sich zu bewerben und weist darauf hin, dass Frauen bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt werden.

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

Wegen der Einzelheiten wird auf die Allgemeine Verfügung über Stellenausschreibungen und Bewerbungen im Bereich der Gerichte und Staatsanwaltschaften vom 25. März 2020 (SchIHA 2020, S. 142) verwiesen.

Bewerbungen für die nachfolgend genannte(n) Planstelle(n) werden erbeten binnen drei Wochen ab Datum dieser Bekanntmachung, soweit nicht anders angegeben. Gleichzeitig wird um Mitteilung der aktuellen Privatanschrift gebeten.

1. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht – als ständige Vertretung der Direktorin oder des Direktors – bei dem Amtsgericht Oldenburg.
- 1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Vorsitzende Richterin oder einen Vorsitzenden Richter am Landgericht bei dem Landgericht Kiel.

2. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Staatsanwältin oder einen Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Itzehoe.

Die Ausschreibung richtet sich nur an schleswig-holsteinische Richterinnen und Richter auf Probe im staatsanwalt-schaftlichen Dienst.

3. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Landgericht bei dem Landgericht Lübeck.
- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Oldenburg.
- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Bad Segeberg.

Die Ausschreibung richtet sich ausschließlich an schleswig-holsteinische Richterinnen und Richter auf Probe in der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

Berufung der ehrenamtlichen Richterinnen und Richter bei den Gerichten für Arbeitssachen in Schleswig-Holstein

Bek. d. Präs.in d. Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein
v. 18. Oktober 2022 – Az. 319
(SchIHA 2022 S. 445)

Die Amtszeit der ehrenamtlichen Richterinnen und Richter bei den Gerichten für Arbeitssachen in Schleswig-Holstein läuft mit dem 31.12.2023 aus. Aus diesem Grunde sind zum 1.1.2024 Neuberufungen vorzunehmen.

Die Berufungen der ehrenamtlichen Richterinnen und Richter erfolgen aufgrund von Vorschlägen der in § 20 Abs. 2 des Arbeitsgerichtsgesetzes (ArbGG) genannten vorschlagsberechtigten Verbände und Organisationen. Dies sind die im Land bestehenden Gewerkschaften, selbstständigen Vereinigungen von Arbeitnehmern mit sozial- oder berufspolitischer Zwecksetzung und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie die in § 22 Abs. 2 Nr. 3 ArbGG bezeichneten Körperschaften oder deren Arbeitgebervereinigungen.

Anträge auf Aufnahme in die Liste der vorschlagsberechtigten Verbände sind bis zum **13. Januar 2023** bei der Präsidentin des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein, Deliusstraße 22, 24114 Kiel, einzureichen (**Ausschlussfrist!**). Es wird darum gebeten, darauf hinzuwirken, dass die Antragstellungen durch die Spitzen- bzw. Landesverbände erfolgen.

Die Arbeitnehmerverbände werden um Angabe der Anzahl ihrer Mitglieder in Schleswig-Holstein, die Arbeitgeberverbände werden um Mitteilung der Anzahl der Beschäftigten in den Betrieben der Mitglieder in Schleswig-Holstein gebeten.

Bei Verbänden, die sowohl Beamte als auch Angestellte organisieren, ist maßgeblich, wie viele ihrer schleswig-holsteinischen Mitglieder **Arbeitnehmer** sind. Entsprechendes gilt auch für die Organisationen der Arbeitgeber.

Arbeitnehmerverbände, die ehrenamtliche Richterinnen und Richter für die Fachkammern für den öffentlichen Dienst stellen wollen, werden zusätzlich um Mitteilung gebeten, wie viele ihrer schleswig-holsteinischen Mitglieder im öffentlichen Dienst beschäftigt sind.

Die Arbeitnehmerverbände, die ehrenamtliche Richterinnen und Richter für die Fachkammer Seeschifffahrt beim Arbeitsgericht Lübeck stellen wollen, werden gebeten, zusätzlich anzugeben, wie viele ihrer Mitglieder im Bezirk des Arbeitsgerichts Lübeck im Bereich Seeschifffahrt beschäftigt sind.

Nach Aufteilung der Stellen für ehrenamtliche Richterinnen und Richter auf die vorschlagsberechtigten Verbände sowie die einzelnen Gerichte erfolgt die Bitte um Vorlage von Vorschlagslisten.

Kiel, den 18. Oktober 2022

Die Präsidentin des Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein
Marlies Heimann

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

BGB §§ 894, 1004, 1027, 1028 I 2 Hs. 2; GBWiederhV vom 26. Juli 1940 §§ 1 I 2, 11 I u. II

1. Die Verjährung des Beseitigungs- und Unterlassungs-

anspruchs aus einer Grunddienstbarkeit (hier Bauverbots) führt hier dazu, dass die Dienstbarkeit nach § 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB insgesamt erlischt.

2. Für den Umfang des Erlöschens eines eingetragenen Bauverbots nach § 1028 BGB ist nicht auf die vorhandene Bebauung abzustellen, sondern auf Art und Umfang der eingetragenen Grunddienstbarkeit.
3. Bei einem zugunsten des herrschenden Grundstücks eingetragenen Bauverbot für das Nachbargrundstück kann aus § 1028 Abs. 1 Satz 2, Hs. 2 BGB (... „soweit“ die Bestandsanlage mit der Dienstbarkeit im Widerspruch steht) nicht gefolgert werden, das Erlöschen sei lediglich auf die Dimensionen des Bestandsbaus beschränkt. Bei einem eingetragenen Bauverbot gibt es nämlich (im Unterschied z.B. zu einem Wasserbezugsrecht oder Wegerecht) keinen abgrenzbaren Teil der eingetragenen Grunddienstbarkeit, der im Hinblick auf die Bebauung bei einer solchen Grunddienstbarkeit nicht zur Geltung kommen könnte
4. Wenn die Grundakte fehlt und für Auslegungszwecke nicht (mehr) zur Verfügung steht, kann der Zweck einer im Jahr 1889 eingetragenen Grunddienstbarkeit (hier Bauverbot) nicht mehr zweifelsfrei festgestellt werden. Dies geht zu Lasten desjenigen, der sich auf einen bestimmten Zweck beruft (hier „Sicherung des freien Blicks nach Osten“).
5. Das Beschwerderecht zur Wiederherstellung von zerstörten oder abhanden gekommenen Urkunden kann gegenüber dem Grundbuchamt nach § 14 Satz 2 GBWiederhV nur mit dem Ziel geltend gemacht werden, einen Widerspruch gegen den Inhalt des Grundbuchs einzutragen oder eine Löschung vorzunehmen.

SchlHOLG, 7. Zivilsenat, Urteil vom 22. März 2022 – 7 U 75/21 –, RÖ.
Revision eingelegt, BGHV ZR 65/22

Die Parteien streiten um die Bewilligung der Löschung von Grunddienstbarkeiten.

Die Kl.in ist mit Eintragung in das Grundbuch am 13. Dezember 2016 Eigentümerin des Grundstücks Ystraße 10 in X geworden. Zu Lasten des Grundstücks der Kl.in ist im Grundbuch in Abteilung II lfd. Nr. 1 folgende Grunddienstbarkeit eingetragen:

„Dieses Grundstück darf zugunsten der Eigentümer der Grundstücke Band Z Bl. xxx1 und xxx2 dieses Grundbuchs weder neben der an der Ystraße belegenen Villa nach Osten (Südost) überhaupt bebaut werden noch das vor derselben nach südwestlich liegende Terrain bis zur verlängerten rechten Straßen- respektive Bürgersteigfluchtlinie bebaut werden.“

Bei dem Grundstück Grundbuch Band Z Blatt xxx1 handelt es sich um die Liegenschaft Ystraße 8. Hieran halten die Bekl. zu 1) bis 6) als Wohnungseigentümergeinschaft in folgender Aufteilung Eigentum: ...

Bei dem Grundstück Band Z Blatt xxx2 handelt es sich um die Liegenschaft Ystraße 6, deren Eigentümer der Bekl. zu 7 ist. Bei der in der vorgenannten Eintragung bezeichneten „Villa“ handelt es sich um die Liegenschaft Ystraße 5. Die Eintragung der Grunddienstbarkeit erfolgte aufgrund § 5 des Kaufkontraktes vom 16. Oktober 1889. Die zugrunde liegende Eintragungsbewilligung sowie die entsprechende Grundakte sind durch Kriegseinwirkung zerstört worden.

Zudem ist in Abteilung II lfd. Nr. 2 das Recht der Eigentümer der vorgenannten Grundstücke eingetragen, „auf der östlichen Grenze nach diesem Grundstück Fenster in unbegrenzter Zahl anzulegen.“

Auf dem Grundstück Ystraße 10 befand sich mindestens seit 1923 eine Bebauung, die gewerblich genutzt wurde und die zwischen den Parteien sowohl in der historischen Entwicklung als auch in den genauen Abmessungen im Streit

ist. Zuletzt war es (insoweit unstrittig) jedenfalls seit 1963 bis Ende des letzten Jahrtausends mit einem als „...“ genutzten Gebäudekomplex bebaut. Dabei handelte es sich um ein circa 6 m hohes, langgezogenes Gebäude mit einem ebenerdigen Garagen-/Hallenteil und einem aufgesetzten Obergeschoss für Büro- und Verwaltungsräume.

Nach dem Erwerb des Grundstücks Ystraße 10 durch die Kl.in wurden ab Januar 2017 Gespräche zwischen den Parteien im Hinblick auf ein geplantes Bauprojekt „M,“ bestehend aus insgesamt sieben Gebäuden mit Wohnungen, geführt. Die Kl.in beabsichtigt in diesem Rahmen u.a., das Grundstück Ystraße 10 mit einem circa 18,5 m hohen Wohnhaus, bestehend aus Kellergeschoss, Erdgeschoss sowie fünf Obergeschossen zu bebauen.

Die Kl.in hat behauptet, der Gebäudekomplex des ... sei in den Jahren 1963/64 auf dem Grundstück Ystraße 10 erbaut worden und habe dort bis zum Abbruch im Jahre 2019 gestanden. Insgesamt werde das Grundstück Ystraße 10 bereits seit dem 19. Jahrhundert gewerblich genutzt. Sie hat die Auffassung vertreten, Ansprüche der Bekl. auf Beseitigung der von dieser Bebauung ausgehenden Beeinträchtigungen seien gemäß § 1028 Abs. 1 S. 1 BGB verjährt.

Die Bekl. haben die Einrede der Verjährung erhoben und behauptet, neben dem geplanten Gebäude A7 läge auch das geplante Gebäude A6 auf dem Grundstück Ystraße 10.

Das Landgericht hat der Klage nur zum Teil stattgegeben. Den Eigentümern der Grundstücke Ystraße 6 und 8 habe gemäß §§ 1027, 1004 S. 1 BGB ursprünglich ein Beseitigungsanspruch wegen der unzulässigen Bebauung des Grundstücks Ystraße 10 zugestanden. Das diesbezügliche Bestreiten hinsichtlich einer Bebauung des Grundstücks Ystraße 10 durch die Bekl. zu 1–6 sei wegen der vorgelegten Unterlagen völlig unsubstantiiert und damit unbeachtlich. Auf den genauen Zeitpunkt der Errichtung komme es nicht an, da das „...“ jedenfalls mehr als 30 Jahre auf dem Grundstück gestanden habe. Wegen des Zeitablaufs sei der ursprüngliche Beseitigungsanspruch gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB verjährt. Dies führe jedoch nicht zu einem vollständigen Erlöschen der Grunddienstbarkeit, denn nach dem Wortlaut des § 1028 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB erlösche die Grunddienstbarkeit nur, „soweit der Bestand der Anlage mit ihr im Widerspruch steht.“ Hierfür komme es auf den Inhalt der konkreten Grunddienstbarkeit an. Danach führe die Duldung des Gebäudekomplexes ... über mehr als 30 Jahre nicht vollständig, sondern nur in den Grenzen dieser geduldeten Bebauung zum Erlöschen der streitgegenständlichen Grunddienstbarkeit. Dass der Gebäudekomplex ... im Widerspruch zur Grunddienstbarkeit gestanden habe, lasse sich insbesondere der Anlage K2 entnehmen. Das diesbezügliche Bestreiten der Bekl. zu 1–6 sei nicht substantiiert. Die durch die weitere Grunddienstbarkeit abgesicherte Möglichkeit zur Errichtung von „Fenstern in unbegrenzter Zahl“ in Blickrichtung Osten lasse den Schluss zu, dass das Bauverbot insbesondere den uneingeschränkten Lichteinfall und den freien Blick Richtung Osten sichern sollte. Deshalb führe die widerspruchslose Duldung der Bebauung des Grundstücks Ystraße 10 nicht zum vollständigen Wegfall der Rechte aus der eingetragenen Grunddienstbarkeit, sondern nur in dem Umfang der vorhandenen Bebauung, hier insbesondere hinsichtlich der Höhe. Denn den Eigentümern der Ystraße 6 und 8 sei der Blick aus den Ostfenstern gen ... Förde in den oberen Stockwerken trotz der Bebauung immer noch möglich gewesen, wie sich aus der Lichtbildaufnahme Bl. 119 d. A. ergäbe. Auch wenn die streitgegenständliche Grunddienstbarkeit gemäß § 1028 BGB teilweise erloschen und das Grundbuch damit unrichtig geworden sei, ergäbe

sich daraus kein teilweiser Anspruch der Kl.in auf Löschung, sondern nur ein Anspruch auf Inhaltsänderung. Der Baukörper des Gebäudekomplexes ... habe unstreitig aus einer Halle im Erdgeschoss und einem aufgesetzten Obergeschoss bestanden. Nur in diesem Rahmen dürfe die Bebauung des Grundstücks künftig erfolgen. Der Inhaltsänderungsanspruch sei weder verjährt noch verwirkt. Die Verjährung scheitere an § 898 BGB, wonach der Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 894 BGB nicht der Verjährung unterliege. Die hilfsweise gestellten Feststellungsanträge der Kl.in seien unzulässig, insoweit fehle es der Kl.in am erforderlichen Feststellungsinteresse.

Gegen das Urteil wendet sich die Kl.in mit ihrer Berufung und verfolgt die erstinstanzlichen Klagziele weiter. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, die Gesamtbetrachtung des Landgerichts bei der Auslegung der Grunddienstbarkeit sei unrichtig. Wenn die Eintragung zu Ziffer 1 in Abteilung II tatsächlich den Blick Richtung Osten habe sichern wollen, sei die Eintragung in Abteilung II Nr. 2 überflüssig. Zudem sei das Grundstück entweder als bebaut oder unbebaut anzusehen, die eingetragene Grunddienstbarkeit gebe zu Umfang und Höhe der Bebauung nichts her. Das Landgericht habe keine Feststellung dazu getroffen, ob und inwieweit aus den Ostfenstern der Gebäude Ystraße 6 und 8 zur Zeit der Existenz des ... die ... Förde zu erkennen gewesen sei. Durch das geplante Gebäude A7 werde der Blick Richtung ... Förde auch nicht vereitelt, denn von den Ostfenstern des Gebäudes Ystraße 8 gehe der Blick in Richtung ... Förde links am geplanten Gebäude A7 vorbei. Das Gebäude Ystraße 6 verfüge nicht über Ostfenster mit Fördeblick. Die Frage des Fördeblicks sei im Übrigen auch nicht entscheidend, denn die Grunddienstbarkeit in Abteilung II Nr. 1 beinhalte ein absolutes Bebauungsverbot für die Ystraße 10 und gegen dieses Bebauungsverbot sei bereits seit Ende des 19. Jahrhunderts, spätestens jedoch seit den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts, verstoßen worden, ohne dass die Bekl. bzw. ihre Rechtsvorgänger dagegen etwas unternommen hätten.

Die Bekl. verteidigen das angefochtene Urteil. Der Bekl. zu 7 verweist bezüglich der Erforderlichkeit der Eintragung zu Nr. 2 in Abteilung II des Grundbuches auf die Rechtslage vor Inkrafttreten des BGB hin, als noch das Preußische Allgemeine Landrecht gegolten habe.

Aus den Gründen

Die Berufung der Kl.in hat Erfolg und führt zur Änderung des Urteils. Die zugrunde liegenden Tatsachen rechtfertigen eine andere Entscheidung (§ 513 Abs. 1 ZPO).

1. Anspruch aus § 894 BGB

Der Kl.in steht ein Anspruch auf Bewilligung der Löschung der streitgegenständlichen Grunddienstbarkeit gem. § 894 BGB gegen die Bekl. zu.

Steht hiernach der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines Rechts an dem Grundstück mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang, so kann derjenige, dessen Recht durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist, die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen verlangen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird.

So liegt der Fall hier. Der Anspruch auf Bewilligung der Löschung der streitgegenständlichen Grunddienstbarkeit besteht gegen die Bekl. als Eigentümer der herrschenden Grundstücke unter dem Gesichtspunkt der Grundbuchberichtigung, weil die eingetragenen Dienstbarkeiten wegen Verjährung des Beseitigungs-/Unterlassungsanspruchs nach § 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB erloschen sind.

Auch wenn die Grundakte durch Kriegswirren verloren gegangen ist, ist die Grunddienstbarkeit unstreitig wirksam bestellt und ins Grundbuch eingetragen worden. Die Kl.in ist Eigentümerin des dienenden Grundstücks Ystraße 10 (Grundbuch von X Blatt A2), für das in Abs. II Nr. 1 eine Grunddienstbarkeit in Form eines Bebauungsverbots eingetragen ist. Die Bekl. zu 1–6 sind Miteigentümer des herrschenden Grundstücks Ystraße 8. Der Bekl. zu 7 ist Eigentümer des herrschenden Grundstücks Ystraße 6.

Das Landgericht hat die Bekl. bereits (teilweise) wegen Verjährung ihres Beseitigungsanspruchs zur Bewilligung der Änderung der Grunddienstbarkeit verurteilt. Mangels Berufung der Bekl. gegen die Verurteilung ist dies bereits in Rechtskraft erwachsen, somit ist dem Senat eine erneute Prüfung und Beurteilung, ob der Beseitigungsanspruch überhaupt (teilweise) verjährt ist, entzogen (§ 528 ZPO). Im übrigen hat – wie das Landgericht – auch der Senat aufgrund der Baugeschichte des Grundstücks, die u.a. durch die mit Anlage K9 (Anlagenband) eingereichten Ablichtungen aus der historischen Bauakte dokumentiert ist, überhaupt keinen Zweifel, dass bis zum Abriss des ... auf dem Grundstück Ystraße 10 eine gewerbliche Bebauung über einen Zeitraum von mehr als 30 Jahren vorlag.

2. Umfang des Erlöschens der Grunddienstbarkeit nach § 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB

Vorliegend besteht der Anspruch der Kl.in nicht nur in dem beschränkten Umfang, den das Landgericht als begründet angesehen hat, sondern in vollem Umfang.

Die Verjährung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs der Bekl. aus §§ 1027, 1004 BGB führt hier dazu, dass die Dienstbarkeit insgesamt erlischt. Dies folgt aus § 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB. Hiernach erlischt mit der Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung die Dienstbarkeit, soweit der Bestand der Anlage mit ihr in Widerspruch steht.

Dass das Bestandsgebäude (...) inzwischen beseitigt ist und ohnehin eine vollkommen anders geartete Neubebauung in Rede steht, ist ohne Bedeutung. Denn die Grunddienstbarkeit erlischt mit dem Eintritt der Verjährung endgültig und lebt nicht wieder auf, wenn nach dem Verjährungseintritt die störende Anlage beseitigt wird

(vgl. Grüneberg/Herrler, BGB, 81. Aufl., § 1028, Rn. 2; Beck Online Großkommentar/Kazele, BGB, Stand 1.11.2021, § 1028 Rn. 40).

Das Landgericht hat hier aus dem 2. Halbsatz von § 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB, „soweit“ die Bestandsanlage mit der Dienstbarkeit im Widerspruch steht, gefolgert, das Erlöschen sei lediglich auf die Dimensionen des Bestandsbaus beschränkt. Dieser rechtlichen Würdigung folgt der Senat nicht.

Allerdings bleibt eine Grunddienstbarkeit, wovon bereits das Landgericht im Ansatz zutreffend ausgegangen ist, in dem Umfang bestehen, in dem sie von der Anlage nicht beeinträchtigt wird

(vgl. OLG Schleswig Urt. v. 11.3.2021 – 11 U 98/20, BeckRS 2021, 9740 Rn. 27 bei Beck-online; Staudinger/Weber BGB, Stand Juli 2016, § 1028, Rn. 5).

Diese Rechtsprechung geht ausweislich der Großkommentare zurück auf eine Entscheidung des BayObLG

(Urteil vom 1.12.1959 – RReg. 1 Z 43/58, BayObLG Z 1959, 478 ff.):

„Bei bloß beschränkenden Anlagen wird die Dienstbarkeit, wenn die genannten Voraussetzungen gegeben sind, in dem Umfang beschränkt, in dem die Anlage mit ihr in Widerspruch steht.“

Allerdings ist der vom BayObLG entschiedene Fall anders gelagert. Dort war zugunsten der dortigen Bekl. die Entnahme von Quellwasser (sog. „Trapper'sche Quellen“) durch eine Grunddienstbarkeit aus dem Jahr 1911 gesichert wor-

den. Seit 1925, im Jahr 1939 ergänzt durch den Einbau einer elektrischen Pumpe, bezog die Bekl. unter Berufung auf ihr gesichertes „Wasserbezugsrecht“ Wasser aus den Quellen. Die Kläger erstrebten die Verurteilung der Bekl., die Entnahme von mehr Wasser als $\frac{1}{7}$ der jeweiligen Quellschüttung zu unterlassen. Das Gericht sah in dem Fall keine Beschränkung des Wasserbezugsrechts, weil die Ausübung durch die Bewohner des Oberdorfes in der Vergangenheit ununterbrochen für haus- und landwirtschaftliche Zwecke erfolgt ist und die Steigerung des Wasserbedarfs lediglich auf die allgemeine Entwicklung, d.h. das natürliche Anwachsen der Zahl der Gemeindemitglieder, erfolgt ist. Das Wasserbezugsrecht war im zu entscheidenden Fall durch den Bestandsbau nicht beeinträchtigt, weshalb das BayObLG keinen zur Verjährung führenden Beseitigungs- bzw. Beschränkungsanspruch annahm.

Im vorstehend zitierten Fall des OLG Schleswig
(Urteil vom 11.3.2021)

sollte durch die Grunddienstbarkeit das Recht zum Gehen und Fahren abgesichert werden und war insoweit ebenfalls nicht beeinträchtigt.

Den vorgenannten Fällen ist gemein, dass die Grunddienstberechtigten aus der Grunddienstbarkeit keine (vollständige) Beseitigung der Anlage verlangen konnten und daher eine Verjährung nur insoweit eintreten konnte, als ihnen tatsächlich Beseitigungsansprüche gegen die Anlagen zu Gebote standen.

Hier hingegen hätten die Bekl. wegen des grundbuchrechtlich gesicherten Bauverbots in Bezug auf den gesamten Baukomplex „...“ in unverjährter Frist die komplette Beseitigung verlangen können, soweit die örtlichen Grenzen der eingetragenen Grunddienstbarkeit betroffen waren. Der Anspruch auf Beseitigung hätte keinen Schranken unterlegen, wie z.B. einem bestimmten Bebauungsmaß, das hinzunehmen gewesen wäre. Vielmehr durfte das Grundstück ausweislich der Grunddienstbarkeit „überhaupt“ nicht „bebaut“ werden. Es gibt keinen abgrenzbaren Teil der eingetragenen Grunddienstbarkeit, der im Hinblick auf die Bebauung bei einer solchen Grunddienstbarkeit nicht zur Geltung gekommen wäre.

Für den Umfang des Erlöschens im Sinne des § 1028 BGB ist nicht auf die vorhandene Bebauung abzustellen, sondern auf Art und Umfang der eingetragenen Grunddienstbarkeit. Wenn diese Belastungen beinhaltet, die durch tatsächliche Umstände gar nicht beeinträchtigt sind, würde „insoweit“ ein Beseitigungsanspruch nicht begründet sein und könnte deshalb auch tatsächlich nicht verjährten. Hier hingegen konnte nach dem Regelungsinhalt der Grunddienstbarkeit („Freihaltung von Bebauung“) nur der gesamte Bestandsbau für ein Beseitigungsverlangen zum Tragen kommen. Es gibt bei einem Bauverbot keinen gleichsam abtrennbaren „überschießenden Teil“ der Grunddienstbarkeit, der von einer Bebauung nicht beeinträchtigt wäre.

Zudem kann der Senat den Ausführungen im angefochtenen Urteil zu Sinne und Zweck der Grunddienstbarkeit nicht folgen. Da die Grundakte fehlt und für Auslegungszwecke nicht zur Verfügung steht, bleiben die Ausführungen des Landgerichts hierzu spekulativ. Zudem steht nicht fest, ob und ggf. welche Bebauung zur Zeit der Bestellung der Grunddienstbarkeit genau bestanden hat. Dies gilt für die herrschenden Grundstücke, das belastete Grundstück und auch für das weitere Umfeld insbesondere im Hinblick auf den vom Landgericht für relevant gehaltenen „Blick nach Osten“. Die dort heute befindliche ...brücke wurde jedenfalls erst in den Jahren

2006–2009 errichtet. Ein Vorgängerbau bestand seit Ende des 20. Jahrhunderts, also noch nicht zum Zeitpunkt der Vereinbarung der Grunddienstbarkeit im Jahr 1889. Die Grundstücksgrenze des dienenden Grundstücks Ystraße 10 ist rund 200 Meter Luftlinie von der ... entfernt, dazwischen befinden sich heute zum ... Hauptbahnhof führende Gleise, Straßen und Gebäude, die teilweise auch den freien Blick der Eigentümer der Ystraße 8 auf die Förde beeinträchtigen. Historisch handelte es sich bei dem Areal eher um eine gemischte Wohn-, Verkehrs- und gewerblich/industrielle Nutzung. Es gibt folglich keine gesicherten Anhaltspunkte dafür, dass es bei Vereinbarung des Bauverbots im Jahr 1889 um die Sicherung des „freien Blicks nach Osten“ ging. Zweck der Grunddienstbarkeit könnte genauso gut zum Beispiel die Sicherung der künftigen Erschließung, das Freihalten von gewerblicher Nutzung oder die bloße Vorhaltung von Grün- und Freiflächen gewesen sein. Für den behaupteten Zweck der Grunddienstbarkeit („freier Blick nach Osten“) wären die Bekl. darlegungs- und beweispflichtig. Dieser Beweis ist nicht geführt.

Eine grundsätzlich von §§ 1 Abs. 1 Satz 2, 11 Abs. 1 u. 2 der „Verordnung über die Wiederherstellung zerstörter oder abhanden gekommener Grundbücher und Urkunden“ (GBWiederhV) vom 26. Juli 1940 vorgesehene Wiederherstellung von Urkunden, auf die bei Grundbucheintragungen Bezug genommen wird, hier also der Urkunde des Kaufkontrakts vom 16. Oktober 1889, führt zu keinem anderen Ergebnis. Gemäß dem Beibringungsgrundsatz ist es Aufgabe der Parteien, ihren Prozessvortrag tragende Beweismittel, also auch Urkunden, in den Prozess einzuführen. Dies gilt auch für Urkunden, die in einem Verfahren gemäß GBWiederhV prinzipiell wiederhergestellt werden könnten. Eine Aussetzung des Verfahrens gemäß § 148 Abs. 1 ZPO bis zu einer möglichen Wiederherstellung des Kaufkontrakts vom 16. Oktober 1889 durch das Grundbuchamt ist nicht angezeigt. Denn im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens über die Entscheidung einer Aussetzung nach § 148 Abs. 1 ZPO ist zu berücksichtigen, dass seitens der Bekl. trotz des bereits seit dem Jahr 2019 anhängigen Rechtsstreits keinerlei Bestrebungen unternommen wurden, das Grundbuchamt zu einer Wiederherstellung der Urkunden zu bewegen. Vielmehr ist dieser Punkt erstmals im Termin am 22.2.2022 durch den Prozessbevollmächtigten des Bekl. zu 7) angesprochen worden. Eine Aussetzung würde zu einer unzumutbaren Prozessverzögerung führen. Zudem kommt die Voreiligkeit eines gerichtlichen Verfahrens im Zusammenhang mit der Wiederherstellung von Urkunden nicht in Betracht. Denn gemäß § 14 Satz 2 GBWiederhV besteht ein Beschwerderecht bei der Wiederherstellung von zerstörten oder abhanden gekommenen Urkunden nur mit dem Ziel, einen Widerspruch gegen den Inhalt des Grundbuchs einzutragen oder eine Löschung vorzunehmen. Beides wird von den Bekl., die sich vorliegend gerade auf die eingetragene Grunddienstbarkeit berufen, nicht bezweckt.

...

4. Die Revision wird zugelassen, da höchstrichterliche Entscheidungen zu der streitentscheidenden Problematik der Auslegung des § 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB bei einem Bauverbot als Grunddienstbarkeit – soweit ersichtlich – nicht vorliegen. Es handelt sich um eine Frage, die sich über den hier zu entscheidenden Einzelfall hinaus in einer Vielzahl von Fällen stellen kann und die im Sinne von § 543 Abs. 2 Nr.1 ZPO grundsätzliche Bedeutung hat.

Herausgeber: Das Ministerium für Justiz, Europa und Verbraucherschutz des Landes Schleswig-Holstein, Lorentzendamms 35, 24103 Kiel, im Eigenverlag.

Verantwortlich i.S.d. § 7 Abs. 2 des Landespressegesetzes Schleswig-Holstein: Richterin am Oberlandesgericht Susanne Veit, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig. Die „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ erscheinen als Justizministerialblatt in zwei Ausgaben, Teil A (Fachzeitschrift mit Bekanntmachungsteil) und Teil B (Bekanntmachungen der Gerichte). Teil A erscheint monatlich einmal zum 20. und Teil B monatlich einmal zum 30. Der Bezugspreis beträgt jährlich für Teil A 51,- €. Teil B steht online zum kostenlosen Download auf der Website www.justizministerialblatt.schleswig-holstein.de oder als Printausgabe zum Jahrespreis von 50,- € zur Verfügung. Einzelhefte von Teil B kosten 5,80 € plus Porto. Der Preis für dieses Einzelheft beträgt 13,20 € und Porto. Privatbezieher können beide Teile nur bei Druckerei Verlag J.J. Augustin GmbH, Postfach 1106, 25342 Glückstadt, Telefon 04124/2044, Fax -/60 8685, E-Mail: augustinverlag@t-online.de, bestellen. Beiträge sind an die Redaktion der „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig, zu senden; Tel. 04621/86-1279 bzw. -2150, Fax. 04621/86-1284, E-Mail: redaktion-schlha@olg.landsh.de.

FamRZ-Buch 45

Vormundschaft und Pflegschaft in der Rechtspraxis

– Das neue Recht ab 1.1.2023 –

von Ingo Socha, weiterer aufsf. Richter am AG Lübeck

XXIII, 225 Seiten, brosch. 59 €, ISBN: 978-3-7694-1275-8

erschienen im Giesecking Verlag, Bielefeld.

Alles neu ab 1.1.2023. Das „Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts“ tritt am 1.1.2023 in Kraft. Vieles wird neu ausgerichtet und umstrukturiert, es bleibt „kein Stein auf dem anderen“. Die Reform bedeutet insbesondere:

- Mündel im Zentrum des Vormundschaftsrechts
- Stärkung der ehrenamtlichen Vormünder
- Bessere Beteiligung von Pflegeeltern durch „Pflegerperson als Pfleger“
- Stärkere Mitwirkung des Jugendamts bei der Auswahl von Vormündern/Pflegern
- Neue Vergütungsvorschriften (VBVG).

Das neue FamRZ-Buch ist der ideale Reform-Begleiter für Richter, Rechtspfleger, Anwälte, Vormünder, Verfahrenspfleger und -beistände, Jugendämter sowie weitere professionelle Akteure.

Alles auf aktuellem Stand, inkl. Änderungsgesetz v. 24.6.2022 (BGBl. I S.959). Systematisch und umfassend samt Verfahren und Rechtsmitteln einschl. Übersichten und Praxistipps. Umfangreicher Anhang mit Formulierungsmustern und neuen Gesetzestexten. Der Autor bietet aufgrund seiner langjährigen richterlichen und literarischen Erfahrung mit dieser Materie eine Gewähr für eine fundierte, praxisgerechte Darstellung.

FamRZ-Buch 3

Betreuungsrecht für die Praxis

– Das neue Recht ab 1.1.2023 –

von Ministerialrätin Annette Schnellenbach, LL.M., Referatsleiterin für Betreuungsrecht im BMJ, Richterin am AG Sabine Normann-Scheerer, Direktor des AG Dr. Michael Giers, Dipl.-Rechtspflegerin Ulrike Thielke

XXIX, 496 Seiten, brosch. 69 € [D], ISBN: 978-3-7694-1274-1

erschienen im Giesecking Verlag, Bielefeld.

Alles neu ab 1.1.2023. Das „Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts“ tritt am 1.1.2023 in Kraft. Vieles wird inhaltlich neu ausgerichtet und umstrukturiert, es bleibt „kein Stein auf dem anderen“. Die Reform bedeutet:

- Mehr Selbstbestimmung für Betroffene
- Bessere gerichtliche Kontrolle der Betreuer
- Neues Betreuungsorganisationsgesetz (BtOG)
- Einführung eines Registrierungsverfahrens für berufliche Betreuer mit Sachkundenachweis
- Änderungen im Verfahrensrecht
- Neue Vergütungsvorschriften (VBVG).

Das neue FamRZ-Buch ist der ideale Reform-Begleiter für Richter, Rechtspfleger, Anwälte, Betreuer, Verfahrenspfleger, Betreuungsbehörden/-vereine sowie weitere professionelle Akteure.

Alles auf aktuellem Stand inkl. Änderungsgesetz v. 24.6.2022 (BGBl. I S. 959) und BtRegV v. 13.7.2022 (BGBl. I S. 1154). Systematisch und umfassend samt Verfahren und Rechtsmitteln einschl. Übersichten und Praxistipps. Umfangreicher Anhang mit den relevanten neuen Gesetzestexten.

Die spezialisierten Autoren verfügen über langjährige Praxiserfahrungen und haben teilweise den Gesetzesentwurf mit erarbeitet bzw. waren am Reformprozess aktiv beteiligt. Sie bieten daher eine Gewähr für eine fundierte, praxisgerechte Darstellung.

