



Städte- und Gemeindebund
Nordrhein-Westfalen

■ Städte- und Gemeindebund NRW • Postfach 10 39 52 • 40030 Düsseldorf

Schnellbrief 311/2022

An die
Mitgliedsstädte und -gemeinden

Postfach 10 39 52 • 40030 Düsseldorf
Kaiserswerther Straße 199-201
40474 Düsseldorf
Telefon 0211 • 4587-1
E-Mail: info@kommunen.nrw
pers. E-Mail: rudolf.graaff@kommunen.nrw
Internet: www.kommunen.nrw
Aktenzeichen: 24.1.2.1 qu/ko

Ansprechpartner: Beigeordneter Rudolf Graaff
Hauptreferent Dr. jur. Peter Queitsch

Durchwahl 0211 • 4587-239/237

01.06.2022

Neue und geänderte Rechtsprechung des OVG NRW zur kalkulatorischen Abschreibung und Verzinsung;
hier: Urteil des OVG NRW vom 17.05.2022 – Az. 9 A 1019/20-;
Bezug: Schnellbrief des StGB NRW Nr. 294/2022 vom 19.05.2022 und Mitteilungsnotizen des StGB NRW Nr. 345 und 348/2022

Sehr geehrte Damen und Herren Bürgermeisterinnen und Bürgermeister,

das OVG NRW hat mit Urteil vom 17.05.2022 (Az.: 9 A 1019/20) die seit dem Jahr 1994 geltende, ständige Rechtsprechung zur kalkulatorischen Abschreibung und Verzinsung von langlebigen Anlagegütern (wie z. B. öffentlichen Abwasserkanälen) im Rahmen der Kalkulation von Benutzungsgebühren (hier: Abwassergebühren) aufgegeben und geändert.

Das Urteil ist diesem Schnellbrief als **Anlage 1** beigelegt.

1. Zum Inhalt des Urteils

Auf der Grundlage einer **ersten und nicht endgültigen Auswertung der Urteilsgründe** kann die neue Rechtsprechung des OVG NRW zurzeit wie folgt zusammengefasst werden:

1.1 Abschreibung nach Anschaffungswert oder Wiederbeschaffungszeitwert

Das OVG NRW hat mit Urteil vom 17.05.2022 (Rz. 45 der Urteilsgründe) die kalkulatorische Abschreibung auf der Grundlage des sog. Wiederbeschaffungszeitwertes weiterhin als zulässig erachtet, weil das durch das OVG NRW eingeholte betriebswirtschaftliche Gutachten erwiesen hat, dass die Kombination von Abschreibungen (auch auf der Grundlage des Wiederbeschaffungszeitwertes) und Zinsen grundsätzlich betriebswirtschaftlich vertretbar ist, worauf das KAG NRW in § 6 Abs. 2 KAG NRW (sog. betriebswirtschaftlicher Kostenbegriff) abstellt.

Unzulässig ist allerdings die kalkulatorische Abschreibung von langlebigen Anlagegütern auf der Grundlage des Wiederbeschaffungszeitwertes **und zugleich** zusätzlich der Ansatz eines kalkulatorischen Nominalzinssatzes, weil **hierdurch ein doppelter Inflationsausgleich erfolgt**. Denn **Nominalzinsen** (Rz. 48 der Urteilsgründe) bestehen grundsätzlich aus dem eigentlichen Zinsgewinnanteil, dem Realzins **und dem allgemeinen Inflationsausgleich (Ausgleich der Geldentwertung)**.

Diesen Schnellbrief und weitere tagesaktuelle Informationen, Gesetzesvorlagen und -texte, Mustersatzungen und -dienstvorschriften etc. aus dem kommunalen Bereich finden Sie im kostenlosen Intranet des StGB NRW. Die Zugangsdaten hierfür erhalten Sie im Hauptamt Ihrer Kommune.

Insoweit gibt das OVG NRW seine bisherige, seit dem Jahr 1994 geltende Rechtsprechung auf. Der aus den §§ 75 Abs. 1, 77 Abs. 2 Nr. 1 GO NRW abzuleitende Kalkulationszweck lässt beim gleichzeitigen Ansatz von kalkulatorischen Abschreibungen und Zinsen in der Gebührenkalkulation nur die **Betriebserhaltungskonzeptionen der realen Kapitalerhaltung oder der reproduktiven Nettosubstanzerhaltung zu, zwischen denen die Gemeinde ein Wahlrecht hat.**

Die Erhebung von Abwasserbeseitigungsgebühren darf in Anbetracht der Regelungen in den §§ 75 Abs. 1 Satz 1, 77 Abs. 2 Nr. 1 GO NRW nur erfolgen, soweit dieses zur stetigen Erfüllung der Aufgabe der Abwasserbeseitigung mit einer dauerhaft betriebsfähigen Abwasserbeseitigungseinrichtung erforderlich ist.

Zur Erfüllung der gemeindlichen Aufgabe der Abwasserbeseitigung bedarf es deshalb nur eines einfachen Inflationsausgleichs.

Bei einem **weiteren (zusätzlichem) Inflationsausgleich** im Rahmen der **kalkulatorischen Verzinsung** handelt es sich deshalb laut dem OVG NRW um in der **Gebührenkalkulation nicht ansatzfähige Kosten**, weil hierdurch ein **doppelter Inflationsausgleich entsteht**.

Dieser ist – so das OVG NRW – nicht erforderlich, weil die Gemeinde am Ende der Abschreibungsdauer die mit Fremdkapital finanzierten Anlagegüter durch neue Anlagegüter in gleicher Menge und Qualität wiederum fremdfinanzieren und die entsprechenden Fremdfinanzierungskosten zulässigerweise in die Abwassergebührenkalkulation einstellen kann (siehe: Rz. 103 ff., 120 der Urteilsgründe).

Insoweit dürfte es voraussichtlich bei einer **kalkulatorischen Abschreibung nach dem sog. Wiederbeschaffungszeitwert** grundsätzlich zumindest möglich sein, bei der **kalkulatorischen Verzinsung** zumindest den **Zinssatz (nicht den Nominalzinssatz)** in Ansatz zu bringen, **den die Stadt bzw. Gemeinde bei einem Bankkredit realiter an die Bank zahlen muss, um ihre Kreditverpflichtungen gegenüber der Bank vertragsgemäß erfüllen zu können.**

Allerdings sind die Urteilsgründe zu diesem Punkt nicht als eindeutig anzusehen (siehe Rz. 112 ff. der Urteilsgründe), wobei es im Grundsatz einer Kommune zugestanden werden muss, dass sie die „schlichten“ Bankzinsen über die Abwassergebühren refinanzieren kann.

In diesem Zusammenhang wird sich in der Zukunft zeigen müssen, wie sich die geänderte Rechtsprechung des OVG NRW weiter entwickeln wird.

1.2 Kalkulatorische Verzinsung

Die Zinsbasis bildete bislang in der Rechtsprechung des OVG NRW **der Restbuchwert des langlebigen Anlagegutes auf der Grundlage des Anschaffungs-/Herstellungswertes** abzüglich der Zuschüsse Dritter und der vereinnahmten Kanalanschlussbeiträge (**sog. Abzugskapital**).

Dabei sind auf der Grundlage der ständigen Rechtsprechung des OVG NRW und mit Blick auf die in § 6 Abs. 2 Satz 4 KAG NRW geregelte, angemessene Verzinsung des aufgewandten Kapitals nicht die aktuellen Zinssätze entscheidend, sondern es sind die langfristigen Zinsentwicklungen während der gesamten Nutzungsdauer des langlebigen Anlagegutes zu berücksichtigen.

Bislang wurde durch das OVG NRW grundsätzlich ein Durchschnittszinssatz zugrunde gelegt, welcher auf einen Zeitraum von 50 Jahren berechnet wird und damit die Zinsentwicklungen bezogen auf die langjährige Nutzungsdauer eines Anlagegutes sowie dessen langjährige Refinanzierung über die kalkulatorische Abschreibung des Anlagegutes abbildet.

Nunmehr akzeptiert das OVG NRW in seinem Urteil vom 17.05.2022 die Berechnung eines Durchschnittzinssatzes auf der Grundlage des Anschaffungs-/Herstellungswertes über einen Zeitraum von 50 Jahren nicht mehr.

Angemessen ist – so das OVG NRW – nur noch eine einheitliche Verzinsung bezogen auf den 10-jährigen Durchschnitt der Emissionsrenditen für festverzinsliche Wertpapiere inländischer öffentlicher Emittenten, **und zwar ohne einen sog. Puffer-Zuschlag bei sog. Fremdkrediten (bislang bis zum 16.05.2022: 0,5 %).**

Vor diesem Hintergrund müssen jedenfalls die Gebührenkalkulationen für das Jahr 2023 an diese geänderte und neue Rechtsprechung angepasst werden.

Berechnungsmethodisch wird für die Gebührenkalkulation z. B. für das Gebührenerhebungsjahr 2023 gewissermaßen auf die Emissionsrenditen des Vorvorjahres des Veranlagungsjahres - also aus dem Jahr 2021 - abgestellt, die bei der Deutschen Bundesbank abrufbar sind. Bei der Berechnung des durchschnittlichen Nominalzinssatzes werden somit auf die Jahre 2012 bis 2021 abgestellt. Diese neue Berechnungsmethode des OVG NRW berücksichtigt somit nicht mehr, dass die Zinsen einerseits in den 90-iger Jahren des letzten Jahrtausends sehr hoch waren und andererseits seit dem Jahr 2008 gesunken sind, sondern es werden lediglich die Zinsentwicklungen der letzten 10 Jahre berücksichtigt.

Auf diesen Durchschnitts-Zinssatz kann bei **Fremdkrediten kein Puffer-Zuschlag von 0,5 % mehr aufgeschlagen werden.**

Zur Bestimmung des Zinssatzes sind nach dem OVG NRW (Rz. 144 ff. der Urteilsgründe) **zwei Wege möglich.**

Einerseits kann ein **gewichteter Mischzinssatz** für das eingesetzte Eigenkapital und das Fremdkapital gebildet werden und zwar bezogen darauf, inwieweit das abwassertechnische Anlagevermögen durch Eigenkapital (z. B. 70 %) und durch Fremdkapital (z. B. 30 %) finanziert worden ist. Dabei ist es auch möglich, einen **gewichteten Durchschnittzinssatz aus den Zinssätzen für Investitionskredite der Gemeinde zu einem bestimmten Stichtag (z. B. den 31.12 des Vorvorjahres des Veranlagungsjahres) zu ermitteln.** Sind alle Investitionen zu einem bestimmten Prozentsatz fremdfinanziert, rechtfertigt dieses – so das OVG NRW – aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität die Annahme, auch die Aufwendungen für Investitionen in die Abwasserentsorgungseinrichtung seien in diesem Umfang fremdfinanziert, und zwar zu einem Zinssatz, der sich aus den gewichteten, durchschnittlichen Konditionen aller Investitionen der Gemeinde ergibt (Rz. 160 der Urteilsgründe).

Andererseits ist der **Ansatz von getrennten Zinssätzen für das eingesetzte Eigen- und das Fremdkapital möglich** (Rz. 146 ff. der Urteilsgründe). Dabei dürfte es (s. o.) bei dem eigenständigen Zinssatz für Fremdkapital grundsätzlich als möglich anzusehen sein, dass zumindest der effektive Kreditzinssatz angesetzt wird, welche an die Bank gezahlt werden muss.

Bei der **Verzinsung des Eigenkapitals** kann hingegen nur noch auf einen vom OVG NRW vorgegebenen 10-jährigen Durchschnittzinssatz abgestellt werden.

Dieser Zinssatz für das im abwassertechnischen Anlagevermögen gebundene Eigenkapital wird dadurch ermittelt, dass der 10-jährige Durchschnitt der Emissionsrenditen für festverzinsliche Wertpapiere inländischer öffentlicher Emittenten bis zum Vorvorjahr des Veranlagungsjahres ohne (pauschalen) Zuschlag von bis zu 0,5 Prozentpunkten zugrunde gelegt wird.

Die Notwendigkeit des Ansatzes von getrennten Zinssätzen kann sich insbesondere dann ergeben, wenn die Berechnung eines 10-jährigen Durchschnittzinssatzes die tatsächlichen

Bank-Kreditkosten für ein langlebiges Anlagegut nicht mehr abdeckt, was wiederum anderenfalls zu Lasten des allgemeinen, kommunalen Haushaltes gehen und dem in § 6 Abs. 1 KAG NRW geregelten Kostendeckungsprinzip nicht entsprechen würde.

2. Klimawandel und abwassertechnische Anlagenrisiken

Es wird sich in der Zukunft zeigen müssen, ob die neue Rechtsprechung des OVG NRW auch die durch den Klimawandel hervorgerufenen Risiken für den allgemeinen Haushalt abdecken kann. In Anbetracht der zunehmenden Starkregen-Ereignisse ist es jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass öffentliche Abwasserkanäle vorzeitig erneuert werden müssen, weil sie heute - im Gegensatz zu den technischen Notwendigkeiten in den 70-iger und 80-iger Jahren des letzten Jahrhunderts - nicht mehr ausreichend dimensioniert sind.

Sind andere Maßnahmen des Starkregen-Überflutungsschutzes (wie z. B. der zusätzliche Bau von Ableitungsgräben, die Anlage von zusätzlichen Mulden-Rigolen-Systemen in öffentlichen Grünanlagen) technisch nicht möglich, so wird ein bautechnisch einwandfreier öffentlicher Kanal im Zweifelsfall durch einen neuen größer dimensionierten Kanal ersetzt werden müssen und es wird dann die angesetzte Nutzungsdauer nicht mehr erreicht werden können. Dadurch muss die mutmaßliche Nutzungsdauer neu und verkürzt fixiert werden, wodurch eine Refinanzierungslücke entsteht, die zu Lasten des allgemeinen, kommunalen Haushaltes geht.

Das OVG NRW führt hierzu in seinem Urteil vom 17.05.2022 (Rz. 199 ff. der Urteilsgründe) aus, dass jedenfalls ein gesonderter sog. „Wagnis-Zinszuschlag“ nicht akzeptiert wird. Risiken wie etwa Erdbeben-, Bergbau- und Starkregenrisiken können von der Gemeinde – so das OVG NRW – durch den Abschluss entsprechender Versicherungen abgesichert werden, deren Prämien in die Gebührenkalkulation eingestellt werden können. Sollten keine entsprechenden Versicherungen existieren, käme – so das OVG NRW – allenfalls der Ansatz eines – im konkreten Einzelfall aber schwierig zu ermittelnden – kalkulatorischen Wagnisses in der Gebührenkalkulation in Betracht.

Alternativ kann die Gemeinde – bei schon entstandenen Schäden – laut dem OVG NRW die voraussichtlich entstehenden Reparaturaufwendungen in der Gebührenkalkulation in Ansatz bringen.

Ein **Ansatz für Reparaturkosten** in der Gebührenkalkulation hilft aber dann nicht mehr, wenn ein funktionstüchtiger, öffentlicher Mischwasser- oder Regenwasserkanal vor Ablauf seiner mutmaßlichen Nutzungsdauer außer Betrieb gesetzt und durch einen neuen größer dimensionierten öffentlichen Kanal ersetzt werden muss, weil in diesem Fall nicht mehr von einer schlichten Reparatur die Rede sein kann.

3. Bestandskräftige Abgabenbescheide

Bestandskräftige Abgabenbescheide müssen nicht aufgehoben werden, weil gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 3 b KAG NRW i. V. m. § 130 Abs. 1 Abgabenordnung im Rahmen einer Ermessensausübung dem Prinzip der Bestandskraft eines Verwaltungsaktes der Vorrang vor dem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit gegeben werden kann (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 20.02.2020 – 15 A 734/19 – zum Erschließungsbeitrag; OVG NRW, Urteil vom 18.03.1996 – 9 A 3703/93 - ; OVG NRW, Urteil vom 16.06.1994 - 9 A 128/94 - ; VG Düsseldorf, Urteil vom 31.03.2022 – 17 K 673/10 – ; VG Köln, Urteil vom 30.04.2018 – 14 K 3287/17 - ; VG Köln, Urteil vom 14.06.2012 – 14 K 726/11 - jeweils abrufbar unter: www.justiz.nrw.de).

§ 130 Abs. 1 AO dient nicht dazu, die Folgen eines nicht eingelegten Widerspruchs auszugleichen (so: OVG NRW, Beschluss vom 20.02.2020 – 15 A 734/19 - Rz. 25 der Beschlussgründe). Dieser Beschluss des OVG NRW ist als **Anlage 2** beigefügt.

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die bestandskräftigen Gebührenbescheide vor dem Urteil des OVG NRW vom 17.05.2022 im Einklang mit dem KAG NRW und der seit dem Jahr 1994 durchgängig geltenden und ständigen Rechtsprechung des OVG NRW ergangen sind.

Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass **jedenfalls ein bestandskräftiger Gebührenbescheid nach Ablauf der vierjährigen Festsetzungsverjährungsfrist nicht mehr geändert oder aufgehoben werden darf** (§ 12 Abs. 1 Nr. 4 b KAG NRW i. V. m. § 169 Abs. 1 Satz 1 Abgabenordnung(AO) (so bereits: OVG NRW, Urteil vom 18.03.1996 – 9 A 3703/93 – Rz. 34 der Urteilsgründe; OVG NRW, Urteil vom 16.06.1994 - 9 A 128/94 - Rz. 40 der Urteilsgründe).

4. Vorausleistungen (§ 6 Abs. 4 KAG NRW)

Wenn Abwassergebühren auf der Grundlage von **Vorausleistungen (§ 6 Abs. 4 KAG NRW) erhoben worden sind**, wird sich die Notwendigkeit ergeben, die Gebührenkalkulation auf der Grundlage des Urteils des OVG NRW vom 17.05.2022 anzupassen, wenn ein endgültiger Gebühren-Abrechnungsbescheid noch nicht ergangen ist.

Dieses kann auch aus § 12 Abs. 1 Nr. 4 b KAG NRW i. V. m. § 164 Abs. 1 Satz 2 AO entnommen werden, wonach die Festsetzung einer Vorauszahlung stets eine Festsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung ist.

5. Vorbehalt der Nachprüfung

Städte und Gemeinden müssen auf der Grundlage der neuen Rechtsprechung des OVG NRW ihre Gebührenkalkulationen überprüfen und anpassen. **Dieses nimmt denknötwendig Zeit in Anspruch.**

In diesem Zusammenhang ist es grundsätzlich möglich, dass aktuell zu erlassende Gebührenbescheide gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 4 Buchstabe b KAG NRW i. V. m. § 164 Abs. 1 Satz 1 AO bezogen auf das Urteil des OVG NRW vom 17.05.2022 **unter den Vorbehalt der Nachprüfung gestellt werden.**

Dennoch sind die festgesetzten Abwassergebühren fällig und der Gebührenschuldner ist verpflichtet, diese zu zahlen.

Der Vorteil für die Gebührenpflichtigen ist darin zu sehen, dass diese gegen den Gebührenbescheid wegen des Vorbehalts der Nachprüfung keinen Widerspruch einlegen müssen, wobei das Recht zur Einlegung eines Widerspruches immer gegeben ist.

Gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 4 b KAG NRW i. V. m. § 164 Abs. 3 AO kann der Vorbehalt der Nachprüfung nach pflichtgemäßem Ermessen zeitlich später jederzeit aufgehoben werden.

Der Vorbehalt der Nachprüfung entfällt gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 4 b KAG NRW i. V. m. § 164 Abs. 4 Satz 1 AO grundsätzlich mit dem Ablauf der Festsetzungsverjährungsfrist. Festsetzungsverjährung tritt gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 4 Buchstabe b KAG NRW i. V. m. den §§ 169, 170 AO vier Jahre nach Ablauf des Jahres ein, in welchem der Gebührenanspruch entstanden ist.

Allerdings kann der Gebührenschuldner auch bei einem Erlass der Abwassergebühren unter dem Vorbehalt der Nachprüfung Widerspruch gegen den Abwassergebührenbescheid einlegen. Da der Vorbehalt der Nachprüfung mit dem Ablauf der vierjährigen Festsetzungsfrist automatisch entfällt, könnten Abgabepflichtige das Einlegen eines Widerspruches auch im Fall des Vorbehalts der Nachprüfung für geboten halten.

6. Anpassung im Einzelfall

Maßgeblich kommt es bei jeder Stadt/Gemeinde im konkreten Einzelfall immer darauf an, auf welcher Grundlage bislang die kalkulatorische Abschreibung (Anschaffungs-/Herstellungswert oder Wiederbeschaffungszeitwert) durchgeführt worden ist und welcher Zinssatz von der Stadt/Gemeinde ganz konkret angesetzt worden ist. Die generelle Schlussfolgerung ist jedenfalls unzutreffend, dass der Kostenansatz bei der Gebührenkalkulation der Abwassergebühren in jeder Stadt/Gemeinde ebenso wie bei der betroffenen Stadt laut Urteil des OVG NRW vom 17.05.2022 um 18% überhöht sind.

Hinzu kommt, dass sich diese Aussage in dem Urteil des OVG NRW auf den Kostenansatz in der Gebührenkalkulation und nicht auf den konkreten Gebührensatz bezieht, der pro Kubikmeter bei der Schmutzwassergebühr (Frischwasser = Schmutzwasser) und bei der Niederschlagswassergebühr pro Quadratmeter bebaute und/oder befestigte in den öffentlichen Kanal abflusswirksame Fläche bezieht. Die Gebührenbelastung ist somit bei jedem gebührenpflichtigen Grundstück stets entsprechend der Inanspruchnahme der öffentlichen Abwasseranlage unterschiedlich.

7. Rechtsweg zum BVerwG offen

Es ist bislang noch offen, ob **Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) gegen das Urteil des OVG NRW vom 17.05.2022 eingelegt wird**, weil das OVG NRW die Revision gegen das Urteil nicht zugelassen hat.

8. Ausgleich von Über- und Unterdeckungen (§ 6 Abs. 2 Satz 3 KAG NRW)

Bezogen auf die vergangenen und abgelaufenen Gebührenerhebungsjahre, ergibt sich auf der Grundlage der bislang ergangenen Rechtsprechung des OVG NRW keine Pflicht zum Ausgleich von Überdeckungen im Sinne des § 6 Abs. 2 Satz 3 KAG NRW.

Das **OVG NRW hat mit Beschluss vom 17.01.2011 – Az. 9 A 693/09 – Rz. 14 ff. der Urteilsgründe – Anlage 3)** ausdrücklich klargestellt, dass sich die Regelung in § 6 Abs. 2 Satz 3 KAG NRW nur auf die Unwägbarkeit von Gebührenkalkulationen als Prognoseentscheidungen bezieht. Die Regelung findet somit keine Anwendung für fehlerhafte Kalkulationen früherer Veranlagungszeiträume, so dass insoweit keine Pflicht zum Ausgleich besteht.

Mit freundlichen Grüßen
In Vertretung

Rudolf Graaff

Anlagen