

**Berlin**

EnergieForum Berlin  
Stralauer Platz 34  
10243 Berlin  
Telefon 030/726 10 26 0  
Fax 030 /726 10 26 10  
Berlin@GGSC.de  
www.ggsc.de

Hartmut Gaßner  
Dr. Klaus-Martin Groth  
Wolfgang Siederer  
Katrin Jänicke  
Angela Zimmermann  
Rainer Kühne  
Caroline von Bechtolsheim  
Dr. Achim Willand  
Franziska Hansmann  
Dr. Jochen Fischer  
Katja Gnittke  
Dr. Frank Wenzel  
Dr. Nicole Pippke  
Dr. Natalie Michels  
Dr. Maren Wittzack  
Dr. Stefan Rude  
Kathleen Heilfort  
Dr. Cornelia Nicklas  
Dr. Rebecca Prella  
Dr. Leonie Fichtner  
Dr. Gerrit Aschmann  
Dr. Peter von Feldmann  
Kora Betz  
Dr. Friedrich Wichert  
Dr. Georg Buchholz  
Olde Lorenzen  
Ralph Czarnecki, LL.M.

**Berlin, 02.12.2005**

## **Abwasserbilanz 2005**

**Tagung am 12.12.2005**

**Die Gestaltung von Wasser- und Abwasserpreisen  
vor dem Hintergrund der neuesten Rechtsprechung**

**Vortrag von Rechtsanwalt Rainer Kühne**

**Bankverbindung**

Berliner Sparkasse (BLZ 100 500 00) Konto 790 010 542

**Steuernummer**

13/301/62323

## **I. Öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses**

Sowohl bei der öffentlichen Wasserversorgung als auch bei der Abwasserbeseitigung handelt es sich um Aufgaben, die der Gemeinde bzw. einem Zweckverband obliegen. Die Gemeinde bzw. der Zweckverband muss sich daher zunächst entscheiden, in welcher Art und Weise sie diese Aufgaben erfüllen möchte. Dies betrifft sowohl die Frage der Organisationsform (z.B. Gründung eines Eigenbetriebes, einer Eigengesellschaft oder Einschaltung eines privaten Dritten) als auch die Frage der Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses (privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich).

Nur bei einer privatrechtlichen Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses ist die Erhebung privatrechtlicher Entgelte möglich. Voraussetzung ist hierbei ein Vertrag zwischen der Gemeinde bzw. dem von ihr beauftragten Unternehmen und demjenigen, der die Ver- oder Entsorgungsleistung in Anspruch nimmt. Allein die vertraglichen Regelungen können Grundlage für den privatrechtlichen Entgeltanspruch sein (vgl. dazu OLG Bbg, Urteil vom 19.07.2005, Az.: 11 U 18/05).

Ist das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich ausgestaltet, so kommt keine privatrechtliche Entgelterhebung, sondern nur eine Gebührenerhebung in Betracht. Grundlage für die Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses und für die Gebührenerhebung ist das Satzungsrecht der Gemeinde. Auf der Grundlage dieser Satzungen müssen Verwaltungsakte (Bescheide) ergehen.

### **1. Private Entgelte bei der Trinkwasserversorgung**

Anerkannt ist, dass das Benutzungsverhältnis im Bereich der Trinkwasserversorgung privatrechtlich ausgestaltet werden kann. Dementsprechend ist auch vom Bundesgesetzgeber die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVB WasserV) erlassen worden. Dabei handelt es sich um gesetzlich angeordnete allgemeine Geschäftsbedingungen. Diese allgemeinen Geschäftsbedingungen können durch das Versorgungsunternehmen in eng umgrenzten Bereichen ergänzt werden.

Nach ganz überwiegender Auffassung ist eine privatrechtliche Ausgestaltung des Wasserversorgungsverhältnisses auch dann zulässig, wenn die Gemeinde satzungsrechtlich einen Anschluss- und Benutzungszwang vorsieht. In diesem

Fall ist nach der Zweistufentheorie zwischen der satzungsrechtlich ausgestalteten Pflicht zur Begründung eines Wasserversorgungsverhältnisses und dem privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnis zu unterscheiden.

## **2. Private Entgelte im Bereich der Abwasserentsorgung**

In Land Brandenburg ist aufgrund der Ausgestaltung des Kommunalabgabengesetzes und des Wassergesetzes auch im Bereich der Abwasserentsorgung die Möglichkeit gegeben, dass Benutzungsverhältnis privatrechtlich auszugestalten und damit auch privatrechtliche Entgelte zu erheben (vgl. VV – KAG Nr. 6.4). Die für andere Bundesländer in der Rechtsprechung vertretene gegenteilige Auffassung trifft nach der Gesetzeslage in Brandenburg nicht zu. Das Kommunalabgabengesetz sieht ausdrücklich die Möglichkeit der Erhebung privater Entgelte statt Benutzungsgebühren vor und auch im brandenburgischen Wassergesetz finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass das Benutzungsverhältnis zwingend öffentlich-rechtlich ausgestaltet werden muss.

## **II. Einschaltung privater Dritter**

Sowohl bei der Wasserversorgung als auch bei der Abwasserentsorgung können private Dritte bei der Aufgabenerledigung eingeschaltet werden. Fraglich ist nur, in welchem Umfang dies zulässig ist.

### **1. Privater Dritter als Erfüllungsgehilfe**

Zunächst besteht die Möglichkeit, einen privaten Dritten als sogenannten Erfüllungsgehilfen einzuschalten. Dies kann z.B. durch den Abschluss eines Betriebsführungsvertrages geschehen. In diesem Fall tritt der eingeschaltete Dritte nach Außen nicht im eigenen Namen, sondern für die Gemeinde bzw. den Zweckverband auf.

### **2. Materielle Privatisierung**

Auf der anderen Seite ist es zumindest im Bereich der Abwasserentsorgung nicht zulässig, die Aufgabe der Abwasserbeseitigung auf einen privaten Dritten zu übertragen. Zwar sieht § 18a WHG vor, dass die Länder regeln können, unter welchen Voraussetzungen eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ihrer Abwasserbeseitigungspflicht auf einen Dritten ganz oder teilweise befristet und wi-

derruflich übertragen kann, doch ist eine solche Ermächtigung im brandenburgischen Wassergesetz nicht vorgesehen.

### 3. Konzessionsmodell

Offen bleibt die Frage, ob und in welcher Ausgestaltung Organisationsmodelle zwischen der Einschaltung eines privaten Dritten als Erfüllungsgehilfen und der materiellen Aufgabenprivatisierung möglich sind. Derzeit wird insbesondere über das sogenannte Konzessionsmodell diskutiert. Beim sogenannten Konzessionsmodell ist oder wird der eingeschaltete Dritte Eigentümer der Anlagen, wobei die Leistungsbeziehung hier im Gegensatz zu vielen sonstigen Betreibermodellen zwischen dem privaten Dritten und dem Bürger entsteht. Der private Dritte betreibt die Anlage im eigenen Namen und auf eigene Rechnung und erhebt gegenüber dem Bürger zu seiner Finanzierung Entgelte. Der Dritte trägt insoweit das finanzielle Risiko. Zu beachten ist dabei, dass der private Dritte die Umsatzsteuer ausweisen muss, wenn er sich gegenüber dem Bürger im eigenen Namen zur Erbringung der Leistung verpflichtet und dementsprechend auch die Leistung erbracht hat. Es findet dann ein Leistungsaustausch zwischen dem eingeschalteten privaten Dritten und dem Bürger statt, unabhängig davon ob diese Vorgehensweise gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt (vgl. BFH, Urteil vom 28.02.2002 und Schreiben des BMF vom 10.12.2003).

Das Ministerium des Innern des Landes Brandenburg lehnte für den Bereich der pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben zunächst die Zulässigkeit dieses Modells ab. Allerdings scheint sich diese Auffassung nunmehr zu ändern, was sich auch an der Aufhebung des Runderlasses II Nr. 10/1997 zeigt.

Dieses Konzessionsmodell wurde insbesondere dadurch verstärkt in dem Blick genommen, weil der EuGH bei seiner Rechtsprechung zur sogenannten Inhouse-Vergabe sehr strenge Maßstäbe ansetzt und das Vorliegen eines vergabefreien Inhouse-Geschäftes bereits bei jeglicher Beteiligung eines privaten Dritten am potenziellen Auftragnehmer ablehnt (vgl. EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Az. C-26/03). Das Konzessionsmodell wurde als Möglichkeit der Beteiligung Dritter ohne weitere Ausschreibung angesehen. Allerdings hat der EuGH nunmehr im Urteil vom 13. Oktober 2005 (Az.: C-458/03) betont, dass auch bei Dienstleistungskonzessionen die allgemeinen Regeln des EG-Vertrags wie die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz beachtet

werden müssen. Vor diesem Hintergrund kommt der EuGH in der genannten Entscheidung zu dem Schluss, dass die Auftragsvergaben nicht ohne Ausschreibung hätte erfolgen dürfen.

### III. Gestaltung privater Entgelte

#### 1. Mengen- und Grundpreise

Die Ver- und Entsorger sind berechtigt, Mengen- und Grundpreise zu erheben. Der Grundpreis wird dabei für die Vorhalteleistung verlangt und beispielsweise nach der Zählergröße bzw. Anschlussnennweite gestaffelt. Das OLG Brandenburg hat in seiner Entscheidung vom 19.07.2005 (Az.: 11 U 18/05) deutlich gemacht, dass es prinzipiell zulässig ist, auch für die bloße Möglichkeit der Inanspruchnahme ein Entgelt zu erheben. Das Gericht betont jedoch, dass auch hier für die Erhebung des privatrechtlichen Entgeltes der Abschluss eines entsprechenden Abwasserentsorgungsvertrages erforderlich ist. Dieser kommt durch die Stellung des Antrages auf Entsorgung durch den Kunden oder durch die Inanspruchnahme der Entwässerungsleistungen zustande. Die bloße Möglichkeit der Inanspruchnahme von Entwässerungsanlagen ohne Vertragsschluss reicht nicht aus, um eine Entgeltspflicht zu begründen. Vielmehr müsste das Entsorgungsunternehmen durch eine entsprechende Ausgestaltung der allgemeinen Entsorgungsbedingungen die Voraussetzungen für die konkludente Annahme eines Vertragsangebotes konkretisieren und den Tatbestand zur Auslösung der Entgeltspflicht beschreiben.

#### 2. Billigkeitskontrolle

Auch bei der privatrechtlichen Entgelterhebung sind die Preise ordnungsgemäß zu kalkulieren. In der aktuellen Rechtsprechung besteht die allgemeine Tendenz, die Einschlägigkeit einer Billigkeitskontrolle der Entgelte von Monopolunternehmen zu bejahen und diese nicht mit der Begründung abzulehnen, kartell- bzw. wettbewerbsrechtliche Kontrollmechanismen würden § 315 Abs. 3 BGB verdrängen. In der Rechtsprechung des BGH zeichnen sich folgende Grundsätze ab:

- Den Kunden eines Ver- bzw. Entsorgungsunternehmens steht grundsätzlich die Einrede der unbilligen Tariffestsetzung zu,

- eine Entgeltkontrolle gem. § 315 Abs. 3 BGB analog findet bei Monopolstellung des Ver- bzw. Entsorgungsunternehmens oder bei Anschluss- und Benutzungszwang statt,
- die Tarife sind nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entsprechen (§ 315 Abs. 3 S. 3 BGB),
- ein in allgemeinen Geschäftsbedingungen des Ver- bzw. Entsorgungsunternehmens festgelegter Einwendungsausschluss bezüglich der Unbilligkeit der Tarife ist unwirksam,
- das Ver- bzw. Entsorgungsunternehmen ist grundsätzlich hinsichtlich der Billigkeit seiner Tarife darlegungs- und beweispflichtig.

Diese Grundsätze ergeben sich aus der Entscheidung des BGH vom 05.07.2005 (Az.: X ZR 60/04) zum Bereich der Abfallentsorgungsleistungen, wobei sich die Darlegungen auch auf den Wasserbereich übertragen lassen.

Zu beachten ist jedoch, dass zwar die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit der Tarife bei dem Ver- bzw. Entsorgungsunternehmen liegt, dass es aber dann, wenn dieses seiner Darlegungs- und Beweislast entsprochen hat, nicht genügt, wenn der Kunde die Billigkeit der Tarife schlicht bestreitet; er muss die Billigkeit vielmehr substantiiert bestreiten.

Ferner steht dem Ver- bzw. Entsorgungsunternehmen bei der Festsetzung der Tarife ein Ermessenspielraum zu. Das Gericht prüft zunächst nur, ob sich das Versorgungsunternehmen im Rahmen dieses Ermessenspielraums gehalten hat. Eine gerichtliche Ersetzung der Leistungsbestimmung erfolgt erst dann, wenn der Ermessenspielraum tatsächlich überschritten wurde. So hat das Kammergericht Berlin dem Versorgungsunternehmen zugebilligt, aus Fehlinvestitionen resultierende Verluste in die Tarifikalkulation einfließen zu lassen (Urteil vom 15.02.2005, Az. 7 U 140/04).

Allgemein verlangt der Bundesgerichtshof, dass die in den Formen des Privatrechts handelnde Verwaltung jedenfalls die grundlegenden Prinzipien der öffentlichen Finanzgebarung beachtet. Dazu gehören die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Äquivalenz und der Kostendeckung. Es ist jedoch festzustellen,

dass die zivilgerichtliche Kontrolle weit grobmaschiger ist als die verwaltungsgerichtliche Gebührenkalkulationskontrolle.

#### **IV. Entgelt in Form von Benutzungsgebühren**

Die Benutzungsgebühren in der Wasserver- und Abwasserentsorgung werden nicht nur anhand der allgemeinen Grundsätze wie Gleichbehandlung, Äquivalenzprinzip und Kostendeckungsprinzip, sondern anhand des jeweiligen Kommunalabgabengesetzes überprüft. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte legt dabei strenge Anforderungen an die Ausgestaltung der Satzung und die zugrundeliegende Kalkulation an.

##### **1. Bestimmung des Abzugskapitals**

So hat die Kalkulation zu beachten, dass das veranschlagte Gebührenaufkommen die voraussichtlichen Kosten der Einrichtung oder Anlage nicht übersteigen und in der Regel decken soll (Kostendeckungsprinzip). Dabei ist von den nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten auszugehen. Dazu gehören die laufenden Betriebskosten und die kalkulatorischen Kosten. Die kalkulatorischen Kosten untergliedern sich in die Abschreibungen und die Verzinsung, die jeweils auf der Grundlage von Anschaffungs- oder Herstellungskosten zu berechnen sind. Bei der Ermittlung der Verzinsung bleibt der aus Beiträgen und der aus Zuschüssen Dritter aufgebrachte Eigenkapitalanteil außer Betracht. Dabei muss nach der Rechtsprechung des OVG Brandenburg (vgl. Urteil vom 22.08.2002, Az.: 2 D 10/02.NE) vorab eine Kapitalsaldierung vorgenommen werden, wonach grundsätzlich bei der Berechnung der Verzinsungsbasis das gesamte inzwischen angesammelte Abzugskapital herausgerechnet wird. Es findet keine Auflösung des Abzugskapitals statt. Dies hat zur Folge, dass bei hohen Zuschüssen Dritter (Fördermittel) nach relativ kurzer Zeit keine kalkulatorischen Zinsen mehr bei der Kalkulation der Gebühr berücksichtigt werden können. Die Verwaltungsvorschrift des Ministeriums des Innern zum Kommunalabgabengesetz für das Land Brandenburg (VV-KAG) vom 13. Juni 2005 nimmt die Rechtsprechung des OVG Brandenburg auf und verlangt ein entsprechendes Vorgehen bei der Kalkulation.

## 2. Abschaffung der Beitragserhebung/gespaltener Gebührensatz

§ 6 Abs. 2 KAG macht den Zusammenhang von Beiträgen und Gebühren deutlich. Durch die Berücksichtigung des Beitragsaufkommens als Abzugskapital wird der kostendeckende Gebührensatz gesenkt. Der Trinkwasserversorger bzw. der Abwasserentsorger ist jedoch nicht verpflichtet, Beiträge zu erheben. Er kann auch die Wasserver- bzw. Abwasserentsorgung allein über eine Gebührenerhebung finanzieren. Die öffentlich-rechtliche Körperschaft ist auch nicht an ein einmal eingeführtes Finanzierungssystem gebunden. Sie kann vielmehr ihr Finanzierungssystem umstellen und beispielsweise die Beitragserhebung abschaffen. Die öffentlich-rechtliche Körperschaft kann auf eine weitere Beitragserhebung verzichten und zur Wahrung der Gleichbehandlung unterschiedliche Gebührensätze für die Beitragszahler und die Nichtbeitragszahler einführen.

Das VG Frankfurt (Oder) hat in mehreren Verfahren zum einstweiligen Rechtsschutz die Zulässigkeit bestätigt und wie folgt ausgeführt:

*„Der Antragsgegner hat sein Finanzierungssystem von der Erhebung von Beiträgen und Gebühren auf ein Finanzierungssystem umgestellt, welches ausschließlich die Erhebung von Gebühren beinhaltet. Dem Verbot der Doppelbelastung für solche Nutzer, die schon verpflichtet sind, Beiträge zum Ersatz des Herstellungsaufwandes für die zentrale Schmutzwasserentsorgungsanlage beizutragen, hat er durch den differenzierten Gebührensatz Rechnung getragen. ... Die Rechtmäßigkeit des differenzierten Gebührensatzes ... unterliegt keinen grundlegenden Bedenken.“*