

GKMP
PENCERECI
PARTNERSCHAFT

Gutachten

Konzessionsabgaben im Bereich der Wasserversorgung

- Dürfen Wasserzweckverbände an ihre Mitgliedsgemeinden Konzessionsabgaben zahlen? -

Auftraggeber: **Zweckverband Wasserversorgung
und Abwasserentsorgung Ostharz**
Lindenstraße 8 b
06484 Quedlinburg

Bearbeiter: **GKMP PENCERECI Partnerschaft**
Flughafenallee 18/20
28199 Bremen

Turgut Pencereci
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Claudia Brandt
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Bremen, den 27.10.2011

Exemplar: ____ / ____

Inhaltsverzeichnis:

A. Sachverhalt und Prüfungsauftrag	1
B. Rechtliche Würdigung.....	4
I. Ist die „Erhebung“ einer Konzessionsabgabe im Bereich der Wasserversorgung sowohl im Falle der Erhebung von Trinkwassergebühren als auch bei der Erhebung von privatrechtlichen Entgelten rechtlich möglich?	4
1. Allgemeines	4
2. Zum Begriff der Konzessionsabgaben i. S. d. KAE.....	5
3. Zum Begriff des „Versorgungsunternehmens“	6
a. Unternehmensbegriff – Kommunalwirtschaftsrechtliche Betrachtung	7
b. Unternehmensbegriff – Steuerrechtliche Betrachtung.....	10
c. Unternehmensbegriff – Wettbewerbsrechtliche Betrachtung	10
d. Zwischenergebnis	11
4. Möglichkeit zur „Erhebung“ von Konzessionsabgaben im Bereich der Wasserversorgung	11
a. Kein Ausschluss von Konzessionsabgabenzahlungen an Mitgliedsgemeinden.....	12
b. (Vertragliche) Vereinbarung von Konzessionsabgaben	12
(1) Allgemeines	12
(2) Entgegenstehendes Satzungsrecht?	13
(3) Bereicherungsrechtlicher Ausgleich bei Nutzung der Wege ohne vertragliche Grundlage?	14
3. Zwischenergebnis	15
4. Besteht die Möglichkeit zur Konzessionsabgabenzahlung sowohl bei der Erhebung von Gebühren als auch von privatrechtlichen Entgelten?.....	15
II. Kann ein Zweckverband Konzessionsabgabe an sich selbst zahlen?	15
III. Ist die Erzielung eines Mindestgewinns (und wenn ja, in welcher Höhe) zur Zahlung der Konzessionsabgabe notwendig? Welche Verfahrensweise greift, wenn dieser nicht realisiert wird?	16
1. Allgemeines	16
2. Ist die Erzielung eines Mindestgewinns zur Zahlung einer Konzessionsabgabe im Bereich der Wasserversorgung notwendig?	17
3. In welcher Höhe ist ein Mindestgewinn zu erzielen?	19
4. Welche Verfahrensweise greift, wenn der Mindestgewinn nicht realisiert wird?20	
IV. Zweckverbände arbeiten regelmäßig gemeinnützig und ohne Gewinnerzielungsabsicht. Ist durch diese Regelung in der Verbandssatzung die Zahlung einer Konzessionsabgabe ausgeschlossen?	20
V. Stellt eine Konzessionsabgabe unter den genannten Rahmenbedingungen einen kommunalabgaben- bzw. entgeltfähigen Aufwand dar?	21
VI. Wie sind Konzessionsabgaben steuerlich zu behandeln? Sind durch die Zahlung einer Konzessionsabgabe verursachte Steuern kommunalabgaben- bzw. entgeltfähiger Aufwand?	23
1. Steuerliche Behandlung von Konzessionsabgaben.....	23
2. Sind durch die Zahlung einer Konzessionsabgabe verursachte Steuern kommunalabgaben- bzw. entgeltfähiger Aufwand?	25
VII. Wie erfolgt der Ausgleich bei Zahlungsausfällen, z. B. durch Insolvenz des Schuldners oder sonstiger Zahlungsunfähigkeit?	25
VIII. Ist die Konzessionsabgabe gesondert im Bescheid aufzuführen und wird diese noch einmal mit Mehrwertsteuer versehen?	25
IX. Die Einführung einer Konzessionsabgabe führt zu einer Entgelterhöhung. Die KAE hat die Aufgabe, zur Verbilligung von Wasser zu führen. Ist bei der genannten Folge die „Erhebung“ einer Konzessionsabgabe zulässig?	26
X. Werden Fragestellungen des Beihilfe- oder Wettbewerbsrechts berührt?	26

1. Wettbewerbsrechtliche Fragestellungen.....	26
a. Kartellrechtliche Privilegierungen für Wegenutzungsrechte in der Wasserversorgung	26
b. Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle	27
c. Gemeinden als marktbeherrschende Unternehmen i. S. d. Kartellrechts	28
d. Anmeldung beim Kartellamt.....	28
2. Beihilfenrechtliche Fragestellungen.....	29
XI. Ist die Erhebung von Konzessionsabgaben unter Berücksichtigung der Einnahmebeschaffungsgrundsätze gem. § 91 Abs. 2 GO LSA notwendig?	29
C. Gesamtergebnis	31
D. Zusammenfassung	32
E. Anlagenverzeichnis.....	33

A. Sachverhalt und Prüfungsauftrag

Aufgrund einer Rundverfügung des Landesverwaltungsamts Sachsen-Anhalt (Referat Kommunalrecht, Kommunale Wirtschaft und Finanzen) vom 13.04.2011 sind die Landkreise als Kommunalaufsichtsbehörden unter Hinweis auf § 91 Abs. 2 der Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt (GO LSA) mit der Aufforderung an die Gemeinden herangetreten, vorhandene Einnahmemöglichkeiten auszuschöpfen und Konzessionsabgaben im Bereich der Wasserversorgung geltend zu machen. Die Rundverfügung des Landesverwaltungsamts vom 13.04.2011 liegt hier vor. Nähere Ausführungen zu den Voraussetzungen zu der Erhebung von Konzessionsabgaben sowie zu den (Rechts-)Folgen der Vereinbarung von Konzessionsabgaben für die Wasserversorgung lassen sich dieser Rundverfügung nicht entnehmen. Einschränkend weist das Landesverwaltungsamt lediglich darauf hin, dass hinsichtlich der Bemessung der Konzessionsabgaben die Höchstsätze der Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände (KAE) sowie die Auswirkungen auf das Gebühren- und Entgeltniveau zu berücksichtigen sind.

Diese Rundverfügung des Landesverwaltungsamts Sachsen-Anhalt sowie eine Anfrage der Stadt Quedlinburg an den Zweckverband Wasserversorgung und Abwasserentsorgung Ostharz (ZVO) waren Anlass für den Verbandsgeschäftsführer des ZVO, Herrn Dipl.-Ing. Lutz Günther, uns mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens zu Konzessionsabgaben im Bereich der Wasserversorgung zu beauftragen. In diesem Zusammenhang bittet Herr Günther konkret um die Beantwortung folgender Fragen:

- Ist die „Erhebung“ einer Konzessionsabgabe im Bereich der Wasserversorgung sowohl im Falle der Erhebung von Trinkwassergebühren als auch bei der Erhebung von privatrechtlichen Entgelten rechtlich möglich?
- Kann ein Zweckverband Konzessionsabgabe an sich selbst zahlen? Ein Zweckverband besteht zu 100 % aus kommunalem Vermögen, ähnlich einem Eigenbetrieb.
- Zweckverbände arbeiten regelmäßig gemeinnützig und ohne Gewinnerzielungsabsicht. Ist durch diese Regelung in der Verbandssatzung die Zahlung einer Konzessionsabgabe ausgeschlossen?

- Ist die Erzielung eines Mindestgewinns (und wenn ja, in welcher Höhe) zur Zahlung der Konzessionsabgabe notwendig? Welche Verfahrensweise greift, wenn dieser nicht realisiert wird?
- Stellt eine Konzessionsabgabe unter den genannten Rahmenbedingungen einen kommunalabgaben- bzw. entgeltfähigen Aufwand dar?
- Wie sind Konzessionsabgaben steuerlich zu behandeln? Sind durch die Zahlung einer Konzessionsabgabe verursachte Steuern kommunalabgaben- bzw. entgeltfähiger Aufwand?
- Wie erfolgt der Ausgleich bei Zahlungsausfällen, z. B. durch Insolvenz des Schuldners oder sonstiger Zahlungsunfähigkeit?
- Ist die Konzessionsabgabe gesondert im Bescheid aufzuführen und wird diese noch einmal mit Mehrwertsteuer versehen?
- Die Einführung einer Konzessionsabgabe führt zu einer Entgelterhöhung. Die KAE hat die Aufgabe, zur Verbilligung von Wasser zu führen. Ist bei der genannten Folge die „Erhebung“ einer Konzessionsabgabe zulässig?
- Werden Fragestellungen des Beihilfe- oder Wettbewerbsrechts berührt?
- Ist die „Erhebung“ von Konzessionsabgaben unter Berücksichtigung der Einnahmeschaffungsgrundsätze gem. § 91 Abs. 2 GO LSA notwendig?

Herr Günther bittet darum, die vorgenannten Fragen spezifisch für das Land Sachsen-Anhalt am Beispiel des ZVO (Trinkwasserpreis) und des TZV „Südharz“ (Trinkwassergebühr) zu prüfen.

Im Rahmen der Auftragserteilung hat uns Herr Günther außerdem eine rechtliche Einschätzung des Wasserverbandstags e. V. Bremen, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt (Geschäftsstelle Sachsen-Anhalt) vom 05.05.2011 (**Anlage 8**) sowie eine Kopie des Schreibens des ZVO an die Stadt Quedlinburg vom 02.07.2009 übergeben.

Die zweite Neufassung der Verbandssatzung des Trinkwasserzweckverbandes „Südharz“ i. d. F. der 5. Änderung durch den Trinkwasserzweckverband „Südharz“ durch Beschluss der

Verbandsversammlung vom 26.08.2010 sowie die derzeit gültige, am 24.11.2010 beschlossene Verbandssatzung des ZVO sind jeweils auf den Homepages der beiden Verbände einsehbar und der Bearbeitung zugrunde gelegt worden.

Sofern in diesem Gutachten bei den Verbänden das Wort „Gemeinnützigkeit“ verwendet wird, entspricht dies der Fragestellung. Die Verbände sind jedoch nicht gemeinnützig i. S. d. Steuerrechts tätig. Vielmehr haben sie sich in ihren Verbandssatzungen dem „öffentlichen Wohl“ verpflichtet. Sofern es darauf ankommen sollte, wird entsprechend Bezug genommen.

Sollte eine Konzessionsabgabe gezahlt werden, beträgt diese ca. € 0,40 bis € 0,50 pro m³, die den Wassergebühren bzw. -entgelten zuzuschlagen sind.

Wir haben dieses Gutachten unparteiisch, nach bestem Wissen und Gewissen und auf der Grundlage der aktuellen Gesetze und Verordnungen sowie der neuesten uns zugänglichen Rechtsprechung erstellt.

B. Rechtliche Würdigung

Zu den aufgeworfenen Fragen nehmen wir wie folgt rechtlich Stellung:

I. Ist die „Erhebung“ einer Konzessionsabgabe im Bereich der Wasserversorgung sowohl im Falle der Erhebung von Trinkwassergebühren als auch bei der Erhebung von privatrechtlichen Entgelten rechtlich möglich?

Auch für den Bereich der Wasserversorgung können gem. § 117 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) i. V. m. § 48 EnWG Konzessionsabgaben erhoben werden. Näheres regelt die *Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände (KAE) vom 04.03.1941* nebst der *Ausführungsanordnung zur Konzessionsabgabenanordnung (A/KAE) vom 27.02.1943* sowie den *Durchführungsbestimmungen zur Konzessionsabgabenordnung und ihrer Ausführungsanordnung (D/KAE) vom 27.02.1943*.

1. Allgemeines

Die KAE, die A/KAE und die D/KAE galten bis zum 31.12.1991 für die Strom-, Gas- und Wasserversorgungen. Für die Bereiche Strom und Gas sind diese Regelungen durch die *Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (Konzessionsabgabenverordnung – KAV) vom 09.01.1992* außer Kraft gesetzt und durch die Regelungen der KAV ersetzt worden; vgl. § 9 KAV. Für den Bereich der Wasserversorgung gelten die KAE, die A/KAE und die D/KAE allerdings nach wie vor als bundesrechtliche Preisvorschriften fort,

- Morell in: Morell/Steinhauer/Münch, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 3. Auflage, Loseblattsammlung (Stand: Nov. 2010), S. 117.

Ziel der Einführung der KAE war es ursprünglich, die Konzessionsabgaben völlig zu beseitigen. Dies lässt sich zum einen aus dem Wortlaut der Präambel der KAE schließen. Dort wird ausgeführt, dass die KAE den Sinn und Zweck verfolgt,

„die Versorgungsunternehmen von betriebsfremden Ausgaben zu entlasten und eine fortschreitende Verbilligung von Elektrizität, Gas und Wasser anzubahnen (...).“

Daneben regelt § 2 Abs. 2 KAE im Zusammenhang mit den Regelungen über die zulässigen Höchstsätze ausdrücklich, dass die Konzessionsabgaben in den folgenden Jahren – gemeint

sind in diesem Zusammenhang die Jahre nach der Beendigung des zweiten Weltkrieges – weiter herabgesetzt und in angemessener Zeit ganz beseitigt werden sollen.

Mit dem Ziel der Abschaffung von Konzessionsabgaben lässt sich auch erklären, dass § 1 Abs. 1 der KAE ein Verbot zur Neueinführung von Konzessionsabgaben geregelt hat. Nach der Regelung in § 1 Abs. 1 KAE durften Konzessionsabgaben nach der Verkündung der KAE – d.h. nach dem 08.03.1941 – nicht neu eingeführt werden. Dieses Neueinführungsverbot hat das Bundesverwaltungsgericht,

- BVerwG, Urt. v. 20.11.1990, Az. 1 C 30/89, BVerwGE 87, S. 133 ff.,

jedoch für verfassungswidrig und damit für nichtig erklärt. Das Bundesverwaltungsgericht begründete seine Entscheidung damit, dass die Gemeinden, die vor dem 08.03.1941 keine Konzessionsabgaben erhielten, willkürlich gegenüber den Gemeinden benachteiligt waren, die an diesem Stichtag bereits eine Konzessionsabgabe vereinbart hatten und diese auf der Grundlage dieser Vereinbarung dem Grunde nach auch unbeschränkt weiter beziehen durften. Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht anerkannt, dass die KAE ursprünglich eine Übergangsregelung mit dem Ziel sein sollte, die Konzessionsabgaben ganz abzuschaffen. Das Neueinführungsverbot der im Jahre 1941 (!) verabschiedeten KAE habe seine Rechtfertigung als Übergangsregelung jedoch zwischenzeitlich verloren. Auch könne aus dem Umstand, dass die Konzessionsabgaben entgegen der ursprünglichen Intention gerade nicht abgeschafft, sondern im Gegenteil durch verschiedene Änderungen der KAE sogar noch ausgeweitet worden sind,

- vgl. BVerwGE, a. a. O., juris Rn. 17 m. w. N.,

nur geschlussfolgert werden, dass an der ursprünglichen Zielsetzung offensichtlich nicht weiter festgehalten werden solle.

Als *Zwischenergebnis* kann mithin festgehalten werden, dass die KAE nebst A/KAE und D/KAE für den Bereich der Wasserversorgung mit Ausnahme des Neueinführungsverbots weiterhin gelten.

2. Zum Begriff der Konzessionsabgaben i. S. d. KAE

Der Begriff der Konzessionsabgaben wird in § 1 Abs. 1 A/KAE zu § 1 KAE wörtlich wie folgt definiert:

„Konzessionsabgaben i. S. d. Konzessionsabgabenanordnung sind alle Entgelte, die ein Versorgungsunternehmen an eine Gemeinde ... für die Gestattung der Benutzung der Verkehrsräume zur Verlegung von Versorgungsleitungen oder den Verzicht auf eine anderweitige Regelung der Versorgung im Gebiete der Gemeinde ... entrichtet, (...).“

Nach dieser Legaldefinition können Konzessionsabgaben mithin in zwei Fällen, nämlich

- für die Gestattung der Benutzung der Verkehrsräume oder
- für den Verzicht auf eine andere Regelung der Versorgung

gezahlt werden. Auch wenn die Übertragung der Aufgabe der Wasserversorgung auf einen Zweckverband regelmäßig mit einem Verzicht auf eine eigene Wasserversorgung durch die Mitgliedsgemeinden bzw. mit einem Verzicht der Mitgliedsgemeinden, die Wasserversorgung anderweitig zu regeln, verbunden sein dürfte, zielt das Schreiben des Landesverwaltungsamts Sachsen-Anhalt offenbar auf die erste Alternative des § 1 Abs. 1 A/KAE zu § 1 KAE, d. h. auf die Zahlung von Konzessionsabgaben für die Gestattung der Benutzung der gemeindlichen Verkehrsräume, ab. Dass Konzessionsabgaben auch im Bereich der Wasserversorgung als Gegenleistung für die Wegenutzung gezahlt werden, ergibt sich letztlich auch aus § 117 EnWG, wonach die für die Energiewirtschaft geltende Regelung des § 48 EnWG für den Bereich der Wasserversorgung entsprechend anwendbar ist. In § 48 Abs. 1 EnWG werden Konzessionsabgaben ebenfalls als Entgelte von Versorgungsunternehmen

„für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern ...“

definiert.

3. Zum Begriff des „Versorgungsunternehmens“

Auf der Grundlage der vorgenannten Definitionen in § 1 Abs. 1 A/KAE zu § 1 KAE und § 117 EnWG i. V. m. § 48 Abs. 1 EnWG können Konzessionsabgaben somit von „Versorgungsunternehmen“ gezahlt werden. Fraglich ist daher, ob Zweckverbände wie der ZVO bzw. der TZV „Südharz“ „Versorgungsunternehmen“ in diesem Sinne sind und Konzessionsabgaben auf der Grundlage der KAE, A/KAE und D/KAE zahlen können.

Der Begriff des „Versorgungsunternehmens“ wird in Ziff. 1 Buchst. e) D/KAE ebenfalls legaldefiniert. Dort ist wörtlich Folgendes bestimmt:

„In den nachstehenden Bestimmungen bezeichnet ‚Versorgungsunternehmen‘ die Energieversorgungsunternehmen i. S. d. § 2 des Energiewirtschaftsgesetzes vom 13.12.1935 (RGBl. I S. 1451) und die Unternehmen, die andere mit Wasser versorgen.“

Da für Energieversorgungsunternehmen i. S. d. EnWG heute die KAV gilt, kommen als maßgebliche „Versorgungsunternehmen“ i. S. d. KAE nunmehr nur noch Unternehmen in Betracht, die andere mit Wasser versorgen.

Aufgabe der Wasserzweckverbände ist es gerade, *andere mit Wasser zu versorgen*. Dies ergibt sich auch ausdrücklich aus den Verbandssatzungen des ZVO (vgl. dort § 3 Abs. 1 Nr. 1) sowie des TZV „Südharz“ (vgl. dort § 2 Abs. 1). Dennoch wären Zweckverbände nach der Legaldefinition in Ziff. 1 Buchst. e) D/KAE nur dann „Versorgungsunternehmen“ i. S. d. KAE bzw. i. S. v. § 117 i. V. m. § 48 Abs. 1 EnWG, wenn Wasserzweckverbände in Sachsen-Anhalt ungeachtet ihrer Versorgungsaufgabe zusätzlich als „Unternehmen“ einzustufen wären:

Eine Legaldefinition für den *Unternehmensbegriff* gibt es nicht. Aus diesem Grunde ist der Begriff im Einzelnen umstritten;

- Deutsches Rechtslexikon, Band 3 (Q – Z), 3. Auflage (2001), S. 4330.

Außerdem wird der Begriff des Unternehmens – je nachdem in welchem Rechtsgebiet er verwendet wird – unterschiedlich verstanden. Hier soll im Hinblick darauf, dass es um öffentlich-rechtliche Zweckverbände geht, vordergründig der kommunalwirtschaftsrechtliche Unternehmensbegriff näher beleuchtet werden. Aufgrund des Umstands, dass Konzessionsabgaben u. a. auch für das Steuer- und für das Wettbewerbsrecht eine Bedeutung haben (siehe auch die von Herrn Günther aufgeworfenen Fragestellungen sowie die Ausführungen unter Punkt B.VI. und Punkt X.1.), sollen außerdem noch der steuerrechtliche sowie der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff betrachtet werden:

a. Unternehmensbegriff – Kommunalwirtschaftsrechtliche Betrachtung

Der Begriff des „Unternehmens“ wird im Rahmen der Regelungen über Unternehmen und Beteiligungen der Gemeinden gem. §§ 116 ff. der Gemeindeordnung (GO LSA) – welche für Zweckverbände gem. § 16 Abs. 1 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit (GKG-LSA) grundsätzlich entsprechend gelten – verwendet. Dort wird der Begriff des „Unternehmens“ im Zusammenhang mit der *„(wirtschaftlichen) Betätigung“* genannt. Gemeinhin

wird unter „wirtschaftlicher Betätigung“ das Herstellen, Anbieten und Verteilen von Gütern, Dienstleistungen oder vergleichbaren Leistungen verstanden, sofern diese auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnten; vgl.

- Lübking/Beck, Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt, Kommentar, Loseblattsammlung (Stand: Juni 2011), Band 2, G vor §§ 116 ff., Rn. 1;
- für die niedersächsische Rechtslage: Thiele, Kommentar zur Niedersächsischen Gemeindeordnung, 8. Auflage (2007), § 108 NGO, Ziff. 1;
- die Legaldefinition in § 107 Abs. 1 S. 2 GO NRW für die nordrhein-westfälische Rechtslage.

Liegt eine „(wirtschaftliche) Betätigung“ im vorgenannten Sinne vor, findet allgemein gleichzeitig der Begriff des „Unternehmens“ Verwendung. Insofern werden die Begriffe „(wirtschaftliche) Betätigung“ und „Unternehmen“ im Gemeindewirtschaftsrecht häufig nebeneinander oder gar als Synonym verwendet; vgl.

- Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, Eigenbetriebe – Kapitalgesellschaften – Zweckverbände, 5. Auflage (2006), S. 31 f.

In welcher *Rechtsform* ein „Unternehmen“ betrieben wird, ist unerheblich. Insbesondere kommen in diesem Zusammenhang auch die Organisationsformen der interkommunalen Zusammenarbeit, wie z. B. der Zweckverband, in Betracht;

- Lübking/Beck, a. a. O., G vor §§ 116 ff., Rn. 19.

Für die Aufgabe der Wasserversorgung kann für die Rechtslage in Sachsen-Anhalt durchaus in Zweifel gezogen werden, ob in diesem Zusammenhang von einem „Unternehmen“ im kommunalwirtschaftsrechtlichen Sinne gesprochen werden kann. Insbesondere stellt sich die Frage, ob die Wasserversorgung tatsächlich ohne Weiteres von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte:

Während die Aufgabe der Wasserversorgung in vielen Bundesländern als freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinden ausgestaltet ist, handelt es sich in Sachsen-Anhalt gem. § 146 Abs. 1 Wassergesetz (WG LSA) um eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinden. Diese hoheitliche Pflichtaufgabe können die Gemeinden im Rahmen ihrer Organisationsfreiheit selbstverständlich auch gemeinschaftlich erledigen, indem sie sie beispielsweise auf einen Zweckverband übertragen. Eine Aufgabenübertragung auf einen privaten Dritten ist (derzeit) allerdings nicht möglich, weil es für eine derartige Aufgabenprivatisierung an der hierzu gem. § 146a Abs. 3 WG LSA erforderlichen Rechtsverordnung fehlt. Insofern kann ein Privater die Aufgabe der Wasserversorgung in Sachsen-Anhalt nach der gel-

tenden Rechtslage zumindest nicht aufgrund einer Aufgabenübertragung mit Gewinnerzielungsabsicht erbringen.

Allerdings ist auch für den Bereich der Wasserversorgung in Sachsen-Anhalt anerkannt, dass Gemeinden private Dritte in gewissen Grenzen in die Aufgabenerledigung einbinden dürfen. Die fehlende Rechtsverordnung i. S. v. § 146a Abs. 3 WG LSA hindert die Gemeinden lediglich daran, die Aufgabe der Wasserversorgung mit ihren Rechten und Pflichten auf einen privaten Dritten zu übertragen (sogenannte Aufgabendelegation). Aufgrund der Organisationsfreiheit bleibt es den Gemeinden allerdings unbenommen, private Dritte im Wege von Betriebsführungs-, Betreiber- oder ähnlichen Modellen in die Aufgabenerledigung einzuschalten (sogenannte Aufgabenmandatierung). Im Gegensatz zur Aufgabendelegation verbleibt die Aufgabenträgerschaft bei der Mandatierung bei der Gemeinde, weil der private Dritte lediglich als sogenannter Erfüllungsgehilfe für die Gemeinde tätig wird. Modelle dieser Art werden (wenn auch mit rückläufiger Tendenz) heutzutage bundesweit – und damit auch in Sachsen-Anhalt – praktiziert. Im Rahmen derartiger Modelle können mithin auch mit Gewinnerzielungsabsicht handelnde Private in die Aufgabe der Wasserversorgung einbezogen werden. Dies ist ein Argument dafür, auch im Bereich der Wasserversorgung von „Unternehmen“ zu sprechen.

Im Übrigen wird der Bereich Wasserversorgung in § 116 Abs. 2 GO LSA ausdrücklich benannt. Soweit der Gesetzgeber die Wasserversorgung nach altem Gemeindewirtschaftsrecht ausdrücklich noch dem Bereich der „nichtwirtschaftlichen Unternehmen“ zugeordnet hat, sollte die Unterscheidung zwischen „wirtschaftlichen Unternehmen“ und „nichtwirtschaftlichen Unternehmen“ durch das *Gesetz über das kommunale Unternehmensrecht* vom 03.04.2001,

- GVBl. LSA Nr. 15/2001, ausgegeben am 09.04.2011, S. 136 ff,

ausdrücklich aufgegebenen werden. Ausweislich der Gesetzesbegründung,

- Landtagsdrucksache 3/3022, S. 22,

wollte der Gesetzgeber ein kommunales Unternehmensrecht schaffen, welches ohne Unterschied für wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Betätigungen anwendbar ist. Dies spricht dafür, den Unternehmensbegriff weit zu fassen. Im Übrigen ist zu beachten, dass auch die Literatur den Bereich der Wasserversorgung in Sachsen-Anhalt wohl vom Unternehmensbegriff erfasst sieht; vgl.

- Lübking/Beck, a. a. O., G vor §§ 116 ff., Rn. 1.

b. Unternehmensbegriff – Steuerrechtliche Betrachtung

Das *Steuerrecht* versteht den Begriff des „Unternehmens“ nicht gegenständlich im Sinne einer bestimmten Organisationsform, sondern als Tätigkeit im Sinne von „etwas unternehmen“;

- Deutsches Rechtslexikon, a. a. O., S. 4331.

Damit können grundsätzlich auch Zweckverbände „Unternehmen“ sein, wenn sie die Voraussetzungen des jeweils in Frage stehenden Steuertatbestandes erfüllen. Für den Bereich des Körperschaftssteuerrechts ergibt sich aus § 4 Abs. 3 Körperschaftsteuergesetz (KStG) beispielsweise ausdrücklich, dass Wasserversorgungsbetriebe – dazu gehören auch Wasserzweckverbände – körperschaftssteuerpflichtige Betriebe gewerblicher Art sind.

c. Unternehmensbegriff – Wettbewerbsrechtliche Betrachtung

Das *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)* definiert den Begriff des „Unternehmens“ ebenfalls nicht. Für den Unternehmensbegriff im Wettbewerbsrecht ist entscheidend, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten oder nachzufragen;

- Bechtold in: Kommentar zum GWB, 6. Auflage (2010), § 1, Rn. 6.

Die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften gelten in diesem Zusammenhang gem. § 130 GWB ausdrücklich auch für Unternehmen, die im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden. Auf die Organisationsform kommt es in diesem Zusammenhang nicht an, so dass sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Rechtspersonen „Unternehmen“ sein können;

- Bechtold in: Kommentar zum GWB, a. a. O., § 130, Rn. 6.

Die Wasserversorgung wird im Wettbewerbsrecht als typischer Bereich wirtschaftlicher Tätigkeit verstanden,

- Bechtold in: Kommentar zum GWB, a. a. O., § 130, Rn. 5,

so dass die Tätigkeit der öffentlichen Hand in diesem Bereich als „Unternehmen“ zu verstehen ist. Da es sich beim Wettbewerbsrecht um gegenüber dem Landesrecht vorrangiges Bundesrecht handelt, kommt es in diesem Zusammenhang im Übrigen auch nicht darauf an, wie ein bestimmter Tätigkeitsbereich kommunalrechtlich einzuordnen ist;

- so ausdrücklich OLG München, Beschl. v. 14.10.2005, Az.: W (K) 2385/05, juris Rn. 36.

Dieses Argument spricht letztlich auch dafür, die Auslegung der in den *bundesrechtlichen Preisvorschriften* der KAE, A/KAE und D/KAE bzw. in den bundesrechtlichen Vorschriften gem. §§ 117, 48 Abs. 1 EnWG geregelten Definitionen über die Konzessionsabgabe nicht von der landesrechtlichen Besonderheit abhängig zu machen, dass die Aufgabe der Wasserversorgung in Sachsen-Anhalt als pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe ausgestaltet ist.

d. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann mithin festgehalten werden, dass die überwiegenden Gründe dafür sprechen, Wasserzweckverbände als „Versorgungsunternehmen“ i. S. d. KAE bzw. i. S. v. § 117 EnWG i. V. m. § 48 Abs. 1 EnWG einzustufen;

- so im Ergebnis auch Vehring, Zahlung einer Konzessionsabgabe durch Wasserversorgungsunternehmen in Form von Wasser- und Bodenverbänden sowie Zweckverbänden an Gemeinden, Versorgungswirtschaft 2006, S. 174 ff. = KStZ 2006, S. 187 ff., beigelegt in Kopie als **Anlage 1**.

Soweit ersichtlich, befasst sich *Vehring* im Wesentlichen als Einziger in der Literatur mit den sich aus dem Titel seines Aufsatzes ergebenden Fragen. Den Gutachtenverfassern ist bekannt, dass *Vehring's* Auffassung nicht nur rein wissenschaftlich begründet, sondern durchaus stark interessengeleitet ist. *Vehring* ist ehrenamtlicher Verbandsvorsteher des Wasserverbandes „Lingener Land“, einem Wasserversorgungsverband nach dem Wasserverbandsgesetz von 1991. Wir haben seine Literaturmeinung deshalb besonders kritisch berücksichtigt.

4. Möglichkeit zur „Erhebung“ von Konzessionsabgaben im Bereich der Wasserversorgung

Auf der Grundlage der vorgenannten Ausführungen liegen die Begriffsmerkmale einer Konzessionsabgabe i. S. v. § 1 Abs. 1 A/KAE zu § 1 KAE bzw. i. S. v. § 117 i. V. m. § 48 Abs. 1

EnWG mithin vor, so dass Wasserzweckverbände derartige Entgelte an Gemeinden zahlen können.

a. Kein Ausschluss von Konzessionsabgabenzahlungen an Mitgliedsgemeinden

Auch der Umstand, dass die Gemeinden, deren Verkehrswege genutzt werden, regelmäßig selbst Mitglieder in den betroffenen Wasserzweckverbänden sind, schließt die Möglichkeit zur Zahlung einer Konzessionsabgabe nicht aus. Vielmehr ist aus dem Umstand, dass die KAE sogar für Eigenbetriebe besondere Regelungen zur Zahlung von Konzessionsabgaben aufstellt [vgl. § 5 Abs. 2 Buchst. a) KAE], zu schlussfolgern, dass Konzessionsabgaben sogar an Eigenbetriebe gezahlt werden können. Eigenbetriebe sind lediglich organisatorisch und finanzwirtschaftlich selbständig; juristisch sind sie jedoch der Gemeinde selbst zuzuordnen. Kann die Gemeinde jedoch an einen Eigenbetrieb – und damit letztlich an sich selbst – eine Konzessionsabgabe für die Inanspruchnahme der eigenen (!) Verkehrsräume zahlen, muss dies erst recht an einen juristisch verselbständigten kommunalen Zusammenschluss wie einen Zweckverband möglich sein;

- so auch Vehring, a. a. O., Versorgungswirtschaft 2006, S. 174.

b. (Vertragliche) Vereinbarung von Konzessionsabgaben

Hervorzuheben ist allerdings, dass eine *rechtliche Verpflichtung* zur Zahlung von Konzessionsabgaben nur besteht, wenn zwischen den Parteien – hier also zwischen den jeweiligen Zweckverbänden und den einzelnen Mitgliedsgemeinden – auch eine entsprechende *Vereinbarung* getroffen worden ist;

- Münch, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 1. Auflage (1985), S. 42;
- Morell in: Morell/Steinhauer/Münch, a. a. O., S. 65.

(1) Allgemeines

Ein Anspruch auf Zahlung einer Konzessionsabgabe ergibt sich damit nicht schon aus der bloßen Existenz der KAE bzw. der §§ 117 i. V. m. 48 Abs. 1 EnWG. Voraussetzung ist vielmehr, dass die Parteien im Vorfeld eine Vereinbarung über die Zahlung von Konzessionsabgaben getroffen haben. Derartige Vereinbarungen werden üblicher Weise in (*Konzessions-*) *Verträgen* geschlossen. Dies erfordert, dass sich die Parteien über den Inhalt eines derartigen Vertrags – und damit über die Konzessionsabgabe und deren Höhe – einig werden. Da

eine vertragliche Vereinbarung immer durch Zweiseitigkeit geprägt ist, ist die in diesem Zusammenhang häufig verwendete Formulierung der „Erhebung“ von Konzessionsabgaben aus unserer Sicht nicht passend, da durch diese Wortwahl impliziert wird, die Gemeinden könnten ohne Weiteres ein entsprechendes Entgelt gegenüber den Versorgungsunternehmen festsetzen. Gleiches gilt im Übrigen für die Begrifflichkeit der „Konzessionsabgabe“ selbst. Es entspricht mithin einhelliger Auffassung, dass dieser Begriff irreführend ist, weil es sich bei der Konzessionsabgabe um keine Abgabe im abgabenrechtlichen Sinne, sondern vielmehr um ein privatrechtlich zu vereinbarendes Entgelt handelt;

- vgl. z. B. Morell in: Morell/Steinhauer/Münch, a. a. O., S. 66.

Angemerkt sei an dieser Stelle außerdem noch, dass das Konzessionsabgabenrecht sogenanntes *Höchstpreisrecht* ist. Die Vertragsparteien können daher durchaus ein Entgelt vereinbaren, welches unterhalb der Höchstsätze der KAE bleibt.

(2) Entgegenstehendes Satzungsrecht?

Die Mitgliedsgemeinden des ZVO bzw. des TZV „Südharz“ werden von den Zweckverbänden daher nur dann eine Konzessionsabgabe fordern können, wenn hierfür eine vertragliche Grundlage geschaffen wird. Insofern müssten die Zweckverbände mit ihren Mitgliedsgemeinden jeweils eine entsprechende Vereinbarung treffen. In diesem Zusammenhang stellt sich allerdings die Frage, ob eine derartige Vereinbarung auf der Grundlage des derzeit geltenden Satzungsrechts überhaupt möglich ist. Dem liegt folgende Überlegung zugrunde:

Die Verbandssatzungen des ZVO und des TZV „Südharz“ bestimmen jeweils, dass eine *Gewinnerzielungsabsicht* nicht besteht (vgl. § 3 Abs. 4 S. 3 der Satzung des ZVO und § 2 Abs. 3 der Satzung des TZV „Südharz“). Entsprechende Regelungen in Verbandssatzungen von Wasserzweckverbänden sind absolut üblich.

Der Ausschluss der Gewinnerzielungsabsicht ist mit einer vertraglichen Vereinbarung über Konzessionsabgabenzahlungen insofern schwer vereinbar, als dass § 5 KAE die Zahlung von Konzessionsabgaben von einem sogenannten Mindestgewinn abhängig macht (vgl. dazu die Ausführungen unter Punkt B.III.). Nur wenn ein derartiger Mindestgewinn erwirtschaftet wird, darf eine vereinbarte Konzessionsabgabe auch zur Auszahlung gelangen. Zwar kommt es bei der *preisrechtlichen Mindestgewinnberechnung* stets auf die *objektiven Gegebenheiten* im jeweiligen Geschäftsjahr an (vgl. Ziff. 34 D/KAE zu § 5 Abs. 1 KAE), während durch die Verbandssatzung lediglich die *subjektive Gewinnerzielungsabsicht* ausgeschlos-

sen ist. Wird ein Mindestgewinn entgegen der subjektiven Zielsetzung mithin objektiv erzielt, kann die Konzessionsabgabe auf der Grundlage der KAE auch gezahlt werden. Dies ändert jedoch nichts daran, dass sich ein Zweckverband in Widerspruch zu seiner eigenen Verbandssatzung setzen dürfte, wenn er mit einer (Mitglieds-)Gemeinde eine von einem Mindestgewinn abhängige Konzessionsabgabe vereinbart, obwohl die Gewinnerzielungsabsicht durch die Satzung gerade ausgeschlossen worden ist.

Soweit Konzessionsabgaben zwischen Zweckverbänden und ihren (Mitglieds-)Gemeinden vereinbart werden sollten, wäre es mithin nur konsequent, auch die Satzung zu ändern. Eine derartige Satzungsänderung könnte jedoch steuerliche Folgewirkungen – insbesondere in gewerbesteuerlicher Hinsicht – auslösen. Diese Auswirkungen wären im Vorfeld unbedingt (!) mit einem Steuerberater zu erörtern.

(3) Bereicherungsrechtlicher Ausgleich bei Nutzung der Wege ohne vertragliche Grundlage?

Nur der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass Vehring unter Hinweis auf die „Salzwedel-Entscheidung“ des Bundesgerichtshofs,

- BGH, Urt. v. 21.03.1996, Az.: III ZR 245/94 („Salzwedel-Urteil“), BGHZ 132, S. 198 – 219;
- Vehring, a. a. O, Versorgungswirtschaft 2006, S. 175;
- Vehring, Konzessionsabgabe, Mindestgewinn, Eigenkapitalverzinsung bei Wasserversorgungsunternehmen in der Form von Wasser- und Bodenverbänden, KStZ 2010, S. 229 ff. (S. 230) = Versorgungswirtschaft 2011, S. 37 ff. (S. 37) beigelegt in Kopie als **Anlage 2**;

meint, die Gemeinden hätten nach den Vorschriften des *Bereicherungsrechts gem. § 812 ff. BGB* auch ohne eine besondere Vereinbarung einen Anspruch auf Konzessionsabgaben, weil die Wegenutzung durch ein Wasserversorgungsunternehmen anderenfalls einen ungerechtfertigten Vermögensvorteil darstelle. Aus unserer Sicht ist zweifelhaft, ob diese für die Stromversorgung ergangene Entscheidung ohne Weiteres auf die Wasserversorgung übertragen werden kann. Während die Zahlung von Konzessionsabgaben in der Stromversorgung absolut üblich ist, ist dies im Bereich der Wasserversorgung – gerade wenn es um Zahlungen von Wasserzweckverbänden geht – nicht der Fall. Im Gegenteil dürfte der Ausschluss der Gewinnerzielungsabsicht durch die Satzung – über welche die Gemeinden einen entsprechenden Beschluss gefasst haben (!) – eher dafür sprechen, dass die gemeindlichen Wege ohne eine einen Mindestgewinn voraussetzende Konzessionsabgabe und damit unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden sollen. Eine ungerechtfertigte Bereicherung der Zweckverbände i. S. v. §§ 812 ff. BGB erscheint unter Berücksichtigung dieses Umstands

nur schwer begründbar. Auch ist fraglich, in welcher Höhe ein etwaiger bereicherungsrechtlicher Ausgleich geschuldet sein soll. Dazu führt auch Vehring nichts Näheres aus. Jedenfalls für den Bereich der Wasserversorgung wird man nach unserer Auffassung nicht pauschal sagen können, dass zwangsläufig immer ein Ausgleich unter Zugrundelegung der Höchstsätze der KAE geschuldet sein soll.

Nicht zuletzt die vorgenannten Fragestellungen dürften die Ursache dafür sein, dass ein Bereicherungsausgleich wegen der Benutzung gemeindlicher Wege durch Wasserzweckverbände – mit Ausnahme von Vehring – in der Literatur nicht thematisiert wird. Auch sind uns zu diesem Themenkomplex keine Gerichtsentscheidungen bekannt.

3. Zwischenergebnis

Als *Zwischenergebnis* kann mithin festgehalten werden, dass Wasserzweckverbände an ihre Mitgliedsgemeinden grundsätzlich Konzessionsabgaben zahlen dürfen, wobei ein Anspruch der Gemeinden auf Konzessionsabgabenzahlungen eine entsprechende vertragliche Vereinbarung voraussetzt. Ob und in welchem Umfang eine solche Vereinbarung getroffen werden sollte, hängt aus unserer Sicht ganz entscheidend davon ab, ob Zweckverbände die Konzessionsabgaben über die Gebühr bzw. das Entgelt refinanzieren können (siehe dazu unten, Punkt B.V.).

4. Besteht die Möglichkeit zur Konzessionsabgabenzahlung sowohl bei der Erhebung von Gebühren als auch von privatrechtlichen Entgelten?

Die Möglichkeit zur Vereinbarung und zur Zahlung von Konzessionsabgaben hängt vom Grundsatz zunächst nicht davon ab, ob ein Zweckverband öffentlich-rechtliche *Gebühren* oder privatrechtliche *Entgelte* erhebt.

II. Kann ein Zweckverband Konzessionsabgabe an sich selbst zahlen?

Im Hinblick auf die Frage, ob Zweckverbände Konzessionsabgaben *an sich selbst zahlen* können, ist zum einen zu beachten, dass Konzessionsabgaben als Gegenleistung für die Benutzung gemeindlicher Wege gezahlt werden (vgl. bereits oben Punkt B.I.2.). Die Konzessionsabgabe wird mithin letztlich dafür gewährt, dass die Gemeinden ihr Eigentum – nämlich die Gemeindewege – zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen zur Verfügung stellen und dadurch auch gewisse Einschränkungen – z. B. durch Bauarbeiten o. ä. – hinnehmen müssen. Da die Konzessionsabgabe mithin untrennbar mit dem *Wegeeigentum* verbunden

ist, kann der originäre Anspruch auf die Konzessionsabgabe auch nur den Gemeinden zustehen.

Zum anderen ist zu beachten, dass die Zahlung von Konzessionsabgaben an Gemeindeverbände oder Zweckverbände gem. § 1 Abs. 2 KAE jedenfalls ab dem 01.04.1941 ausgeschlossen ist. § 3 Abs. 3 KAE i. V. m. Ziff. 25 und 26 D/KAE lässt zwar gewisse Ausnahmen für den Fall zu, dass Zweckverbände bis zum 31.03.1941 bereits eine Konzessionsabgabe erhalten haben. Da dies für den ZVO und den TZV „Südharz“ nicht zutrifft, soll diese Sonderregelung hier jedoch nicht näher beleuchtet werden. Auch auf die Frage, ob das Verbot, nach dem 01.04.1941 Konzessionsabgaben mit einem Zweckverband zu vereinbaren, im Hinblick auf das vom Bundesverwaltungsgericht für verfassungswidrig erklärte Neueinführungsverbot,

- BVerwG, Urt. b. 20.11.1990, a. a. O.,

noch Bestand haben kann, soll hier nicht weiter eingegangen werden. Eine Konzessionsabgabenzahlung an Zweckverbände kann aus unserer Sicht aufgrund des Wegeeigentums der Gemeinden ohnehin nur in Betracht kommen, wenn die Konzessionsabgabe im Vorfeld aus besonderen Gründen an den Verband abgetreten worden wäre oder wenn es sich bei dem Zweckverband um einen Wegezweckverband o. ä. handeln würde, welcher seitens der Gemeinde im Hinblick auf die Wegenutzungsrechte mit besonderen Befugnissen betraut worden wäre. Derartige Sonderfälle sind hier nicht einschlägig.

Als Ergebnis kann mithin festgehalten werden, dass Zweckverbände als Empfänger von Konzessionsabgaben nicht in Betracht kommen.

III. Ist die Erzielung eines Mindestgewinns (und wenn ja, in welcher Höhe) zur Zahlung der Konzessionsabgabe notwendig? Welche Verfahrensweise greift, wenn dieser nicht realisiert wird?

Die KAE bestimmt in § 5 KAE, § 7 A/KAE zu § 5 KAE, Ziff. 34 bis 41 D/KAE, dass eine Konzessionsabgabe nur insoweit gezahlt werden darf, als ein *Mindestgewinn* erwirtschaftet wird.

1. Allgemeines

§ 5 KAE bestimmt (auszugsweise) wörtlich Folgendes:

„(1) Konzessionsabgaben, (...), dürfen nur insoweit an die Gemeinde (...) abgeführt werden, als durch die Abführung eine ordnungsgemäße Weiterführung des Versorgungsunternehmens nicht gefährdet wird.

(2) Eine Gefährdung der ordnungsgemäßen Weiterführung liegt vor

- a) bei Eigenbetrieben und Eigengesellschaften einer Gemeinde (...), wenn nach Abzug der Körperschaftssteuer Beträge, die eine angemessene Verzinsung des Eigenkapitals und die Bildung ausreichender Rücklagen gestatten, nicht verbleiben (...),
- b) bei sonstigen Unternehmen, wenn für das Stamm- oder Gesellschaftskapital ein angemessener Gewinn nicht erwirtschaftet und ausgeschüttet werden kann.

(3) (...)

(4) (...)

(5) Ist auf Grund der Bestimmungen der Absätze 1 bis 4 die Konzessionsabgabe gekürzt worden, so ist auf Verlangen der Gemeinde (...) das Versorgungsunternehmen in den nächsten fünf Geschäftsjahren zur Nachzahlung verpflichtet, falls die Ergebnisse dieser Geschäftsjahre unter Beachtung der Vorschriften der Absätze 1 bis 4 neben der jeweils fälligen Konzessionsabgabe die Nachzahlung gestatten.

(6) (..).“

Den vollständigen Text von § 5 KAE sowie die weiterführenden Regelungen aus § 7 A/KAE sowie Ziff. 34 bis 41 D/KAE (abgedruckt bei Morell in: Morell/Steinhauer/Münch, a. a. O.), fügen wir diesem Gutachten als **Anlage 3** bei.

2. Ist die Erzielung eines Mindestgewinns zur Zahlung einer Konzessionsabgabe im Bereich der Wasserversorgung notwendig?

Die Mindestgewinnregelung in § 5 KAE will den wirtschaftlichen Bestand der Versorgungsunternehmen absichern und bestimmt daher, dass eine Konzessionsabgabe nur dann gezahlt werden darf, wenn durch die Zahlung eine *ordnungsgemäße Weiterführung des Versorgungsunternehmens* nicht gefährdet wird. Die ordnungsgemäße Weiterführung des Versorgungsunternehmens ist gem. § 5 Abs. 2 KAE jedoch gefährdet, wenn das Unternehmen keinen preisrechtlichen *Mindestgewinn* erzielt.

Vehring meint, dass die Mindestgewinnregelung gem. § 5 Abs. 2 KAE nicht für Wasserversorgungsunternehmen in Form von Wasser- und Bodenverbänden bzw. Zweckverbänden gilt. Der Anspruch der Gemeinden auf Zahlung von Konzessionsabgaben bestehe gegenüber Wasser- und Bodenverbänden bzw. Zweckverbänden vielmehr unabhängig davon, ob ein Mindestgewinn erzielt werde. Vehring begründet dies im Wesentlichen damit, dass öffentlich-rechtliche Körperschaften dieser Art regelmäßig keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen, wodurch die Berechtigung zur Zahlung von Konzessionsabgaben auch nicht von einem Mindestgewinn abhängig gemacht werden könne:

- Vehring, a. a. O., Versorgungswirtschaft 2006, S. 175 f.;
- Vehring, a. a. O., KStZ 2010, S. 230 ff.

Aus unserer Sicht kann der Auffassung von Vehring zumindest nicht ohne Weiteres gefolgt werden:

Bereits unter Punkt B.I.4.b.(2) wurde dazu ausgeführt, dass das Vorliegen eines Mindestgewinns i. S. v. § 5 KAE anhand *objektiver Kriterien* zu beurteilen ist. Dies wird letztlich auch durch Ziff. 34 D/KAE zu § 5 KAE deutlich, wo ausdrücklich bestimmt wird, dass die Mindestgewinnberechnung unter Berücksichtigung der konkreten wirtschaftlichen Gegebenheiten für jedes Jahr zu wiederholen und für jedes Jahr gesondert festzustellen ist. Diese anhand objektiver Kriterien durchzuführende preisrechtliche Bestimmung kann ein Verband nicht dadurch aushebeln, dass er in seiner Verbandssatzung bestimmt, keinen Gewinn erzielen zu *wollen* (und dies entgegen dieser Absichtserklärung eventuell dennoch tut). Diese satzungsrechtliche Bestimmung kann den Zweckverband und die Mitgliedsgemeinden lediglich daran hindern, überhaupt eine Konzessionsabgabe zu vereinbaren [vgl. dazu oben, Punkt B.I.4.b.(2)]. Ist eine derartige Vereinbarung jedoch getroffen worden, müssen sich die Parteien schon deswegen an die Regelungen der KAE – und damit auch an die Mindestgewinnregelung – halten, weil die KAE Höchstpreisrecht darstellt. Wird eine Konzessionsabgabe gezahlt, obwohl diese in Anbetracht der Mindestgewinnregelung nicht bzw. nicht in dieser Höhe hätte gezahlt werden dürfen, stellt dies einen Verstoß gegen die KAE dar. Da Verstöße gegen konzessionsabgabenrechtliche Regelungen regelmäßig einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot i. S. v. § 134 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) begründen, welcher zur Folge haben kann, dass das zugrunde liegende Rechtsgeschäft jedenfalls z. T. nichtig ist,

- vgl. (für einen Verstoß gegen § 3 KAV) Kermel in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1, 1. Auflage (2010), Anh. § 48 EnWG, § 3 KAV, Rn. 6;

kann nur davon abgeraten werden, Konzessionsabgaben in der Wasserversorgung zu vereinbaren und zu zahlen, wenn nicht gleichzeitig der Mindestgewinn i. S. v. § 5 Abs. 2 KAE erzielt wird.

Soweit Vehring allerdings außerdem darauf hinweist, die in § 5 Abs. 2 KAE verwendeten Begrifflichkeiten seien für Wasser- und Bodenverbände bzw. auf Zweckverbände nicht einschlägig, so ist dieser Hinweis nicht ganz von der Hand zu weisen:

Bei einem Zweckverband handelt es sich begrifflich weder um einen „Eigenbetrieb“ bzw. um eine „Eigengesellschaft“ i. S. v. § 5 Abs. 2 Buchst. a) KAE, noch hat ein Zweckverband ein „Stamm- oder Gesellschaftskapital“ i. S. v. § 5 Abs. 2 Buchst. b) KAE.

Dennoch ist ein Zweckverband jedenfalls ein „sonstiges Unternehmen“ i. S. v. § 5 Abs. 2 Buchst. b) KAE. Dies spricht aus unserer Sicht dafür, die Mindestgewinnregelung gem. § 5 KAE auch auf Zweckverbände anzuwenden. Es wäre widersprüchlich, einen Zweckverband als „Versorgungsunternehmen“ i. S. v. § 1 Abs. 1 A/KAE zu § 1 KAE anzuerkennen, während die anderen für Unternehmen geltenden Vorschriften – hier der § 5 KAE – nicht angewendet werden.

Auch wird für Zweckverbände nach unserem Kenntnisstand in der Kalkulation jedenfalls häufig eine angemessene Eigenkapitalverzinsung berücksichtigt. Soweit dies im Einzelfall zutreffen sollte, ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen ein Zweckverband anders zu behandeln sein sollte als z. B. ein Eigenbetrieb i. S. v. § 5 Abs. 2 Buchst. a) KAE.

Zu beachten ist außerdem, dass sich die preisrechtlichen Begrifflichkeiten aus § 5 KAE zur Bestimmung des Mindestgewinns auch in verschiedenen steuerlichen Auslegungshinweisen wiederfinden (dazu Punkt B.VI.1.). Auch wenn die preisrechtliche Mindestgewinnberechnung von der steuerlichen Mindestgewinnberechnung zu unterscheiden ist,

- Morell in: Morell/Steinhauer/Münch, a. a. O., S. 123,

dürfte der Umstand, dass diese Auslegungshinweise von den Finanzbehörden nach unseren Informationen auch zur steuerlichen Beurteilung von Zweckverbänden angewendet werden, dafür sprechen, dass auch ein Zweckverband einen Mindestgewinn i. S. v. § 5 Abs. 1 und 2 KAE zu erzielen hat.

3. In welcher Höhe ist ein Mindestgewinn zu erzielen?

Wie der Mindestgewinn zu berechnen ist, ergibt sich letztlich aus § 5 KAE i. V. m. § 7 A/KAE sowie Ziff. 34 bis 41 D/KAE. Dort wird die Höhe des zu erzielenden Mindestgewinns in erster Linie von einer angemessenen (Eigenkapital-)Verzinsung abhängig gemacht. Die Details sollten mit einem Wirtschaftsprüfungs- bzw. Steuerberatungsbüro erörtert werden. Generell sind als Zahlungsvoraussetzung mindestens 1,5 % des Anlagevermögens (Restbuchwert) vom Stammkapital als Mindestgewinn zu erwirtschaften. Bei der Höhe der Konzessionsabgabe wird an die Roheinnahmen angeknüpft. Die Konzessionsabgabe ist nur insoweit als

Kostenfaktor zu berücksichtigen, als sie für kartellrechtlich gerechtfertigte „Roheinnahmen“ erhoben werden darf.

4. Welche Verfahrensweise greift, wenn der Mindestgewinn nicht realisiert wird?

Fraglich ist, wie zu verfahren ist, wenn der Mindestgewinn nicht realisiert wird:

Wird gar kein (Mindest-)Gewinn erwirtschaftet, darf eine Konzessionsabgabe auch nicht ausgezahlt werden.

Wird zwar ein Gewinn erwirtschaftet, erreicht dieser aber der Höhe nach nicht den Mindestgewinn i. S. d. KAE, ist die Konzessionsabgabe entsprechend zu kürzen (vgl. auch Ziff. 36-39 D/KAE zu § 5 Abs. 2 KAE).

Zu beachten ist, dass das Wasserversorgungsunternehmen gem. § 5 Abs. 5 KAE im Einzelfall zur Nachholung einer nicht gezahlten bzw. gekürzten Konzessionsabgabe verpflichtet sein kann, wenn die Ergebnisse der nächsten fünf Geschäftsjahre unter Berücksichtigung der laufenden Konzessionsabgabenverpflichtungen eine Nachzahlung zulassen und die Gemeinde dies verlangt.

IV. Zweckverbände arbeiten regelmäßig gemeinnützig und ohne Gewinnerzielungsabsicht. Ist durch diese Regelung in der Verbandssatzung die Zahlung einer Konzessionsabgabe ausgeschlossen?

Bereits unter Punkt B.I.4.b.(2) haben wir dazu ausgeführt, dass sich ein Zweckverband aufgrund des Umstands, dass Konzessionsabgabenzahlungen die Erwirtschaftung eines Mindestgewinns voraussetzen, widersprüchlich verhält, wenn er ungeachtet der satzungsrechtlich ausgeschlossenen Gewinnerzielungsabsicht eine Konzessionsabgabe mit einer Gemeinde vereinbart. Wird eine derartige Vereinbarung jedoch – gegebenenfalls nach Änderung der Satzung – dennoch getroffen, kann der bloße Ausschluss der subjektiven Gewinnerzielungsabsicht durch die Satzung nichts daran ändern, dass die Konzessionsabgabenzahlungen unter Zugrundelegung der Gegebenheiten der KAE, A/KAE und D/KAE zu berechnen und zu bezahlen sind.

V. Stellt eine Konzessionsabgabe unter den genannten Rahmenbedingungen einen kommunalabgaben- bzw. entgeltfähigen Aufwand dar?

Es stellt sich allerdings die Frage, ob ein Zweckverband die Konzessionsabgabe in die öffentlich-rechtliche Wassergebühr bzw. in das privatrechtliche Wasserentgelt mit einkalkulieren und diese damit an den Letztverbraucher weiterleiten kann:

Aufgabenträger in der Wasserversorgung können jeweils frei wählen, ob sie das Benutzungsverhältnis durch die Erhebung einer Gebühr öffentlich-rechtlich ausgestalten oder ob die Ausgestaltung durch die Erhebung eines Entgelts privatrechtlich erfolgt. In beiden Fällen stellt die Gebühr den Preis für die erbrachte (Wasserversorgungs-)Leistung dar, welcher unter Berücksichtigung besonderer Grundsätze (Kostendeckungsgebot, Kostenunterschreitungsverbot, Äquivalenzprinzip) zu kalkulieren ist. Im Hinblick auf die Kalkulation sind Gebühren und Entgelte mithin grundsätzlich gleich zu behandeln.

Nach Auffassung von Vehring handelt es sich bei Konzessionsabgaben um erforderliche Kosten, welche in die Gebühren- / Entgeltkalkulation mit einbezogen werden können;

- Vehring, a. a. O., Versorgungswirtschaft 2011 S. 174.

Auch dieser Aussage – welche (leider) nicht näher begründet wird – können wir uns nicht ohne Weiteres anschließen. Aus unserer Sicht erscheint vielmehr die vom Wasserverbandstag e. V. in der Stellungnahme vom 05.05.2011 geäußerte Rechtsauffassung, bei der Konzessionsabgabe handele es sich um eine nicht abgaben- bzw. entgeltfähige künstliche Erhöhung der Versorgungskosten, vorzugswürdig zu sein:

Letztlich können nur Kosten über die Gebühren bzw. Entgelte auf die Letztverbraucher umgelegt werden, die auch erforderlich sind. Diesbezüglich wird jedenfalls für *Konzessionsabgaben in der Abwasserbeseitigung* von der Rechtsprechung,

- OVG für das Land Schleswig-Holstein, Urt. v. 28.11.2001, Az.: 2 K 6/99, ZKF 2002 S. 110 f.,

und von der Literatur generell für Kommunalabgaben

- Schulte-Wiesemann in: Driehaus, Kommentar zum Kommunalabgabenrecht, Loseblattsammlung (Stand: März 2011), § 6, Rn. 201.

vertreten, dass es sich um keine erforderlichen Kosten handelt.

Zum gleichen Ergebnis ist der

- Hessische Verwaltungsgerichtshof, Beschl. v. 06.07.2005, Az.: 5 UZ 2618/04, hier beigelegt in Kopie als **Anlage 4**,

für den *Bereich der Wasserversorgung* gekommen. In dieser Entscheidung hatte der Hessische VGH den Gebührensatz eines gemeindlichen Eigenbetriebs der Wasserversorgung für unwirksam erklärt. In der Entscheidungsbegründung führt das Gericht auch dazu aus, dass die Wasserkonzessionsabgabe in der Gebührenkalkulation nicht ansatzfähig ist. Wörtlich ergibt sich aus dem Beschluss Folgendes:

„Das Verwaltungsgericht führt zutreffend unter Hinweis auf das Urteil des OVG Schleswig vom 28. November 2001 (...) aus, dass sonderrechtsbedingte Verschiebungen, die sich – wie hier im Verhältnis der Beklagten zur ihren Eigenbetrieb – aufgrund der im Einzelfall gewählten Organisation der Einrichtung ergeben, auf den Umfang der gebührenfähigen Kosten und damit auf die Gebührenhöhe keinen Einfluss haben können. In der Kommentierung von Schulte-Wiesemann (...) ist in diesem Zusammenhang die Rede von der ‚Methode der Kostenerhöhung‘, die zur Erfüllung der öffentlichen Entsorgungs- bzw. Versorgungsaufgabe nicht erforderlich und damit unzulässig ist.

...

Die von der Beklagten aufgeworfene Frage, ‚ob die Konzessionsabgaben, die von den Stadtwerken an die Stadt gezahlt werden, zu den gebührenfähigen Kosten gehören und somit bei der Gebührenkalkulation Berücksichtigung finden können‘, löst angesichts der Eindeutigkeit der bisherigen Stellungnahmen in der Rechtsprechung und Literatur, denen sich der Senat anschließt, keinen obergerichtlichen Klärungsbedarf aus.“

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Hessischen VGH ist daher eher eine Tendenz dahingehend erkennbar, Konzessionsabgaben nicht als gebühren- bzw. entgeltfähige Kosten anzuerkennen. Eine entsprechende Entscheidung aus Sachsen-Anhalt – bzw. Entscheidungen konkret für den Bereich der Wasserversorgung aus anderen Bundesländern als dem Land Hessen – sind uns allerdings nicht bekannt. Auch ist zu beachten, dass der Beschluss des VGH sich auf einen Eigenbetrieb einer Gemeinde und nicht auf einen Zweckverband bezieht. Bei einem Eigenbetrieb tritt der Gedanke der willkürlichen Mehrkostenverursachung besonders stark hervor, weil die Gemeinde in diesem Falle letztlich eine Konzessionsabgabe zur Benutzung eigener Wege an sich selbst zahlt (siehe bereits oben, Punkt B.I.3.a.). Letztlich stellt jedoch auch die Übertragung der Aufgabe der Wasserversorgung auf einen Zweckverband eine von der Gemeinde frei gewählte Aufgabenorganisation dar, deren ordnungsgemäße Erfüllung die Nutzung der gemeindlichen Wege schlechterdings voraussetzt und welche die Gemeinde über die Mitbestimmungsrechte in der Verbandsversammlung auch weiterhin beeinflussen kann. Insofern ist die Entscheidung des Hessischen

VGH mit der vorliegenden Konstellation zumindest vergleichbar. Insofern besteht auch für Zweckverbände die Gefahr, dass die Kosten in Form der Konzessionsabgabe im Ergebnis als nicht ansatzfähig anerkannt und damit nicht über die Gebühren bzw. Entgelte auf den Letztverbraucher umgelegt werden können. Gestützt wird dieser Befund durch einen aktuellen Beschluss des VGH Mannheim,

- VGH Mannheim, Beschl. v. 28.07.2010, Az.: 2 S 2549/09, IR 2011, 23 f.

Demzufolge dürfen Gemeinden Gebühren, welche sie für die Benutzung ihrer Versorgungseinrichtungen erheben, so bemessen, dass ein Ertrag für den Haushalt entsteht.

Im konkreten Fall war ein Ertrag für den Haushalt entstanden. Dieser fand seine Rechtfertigung jedoch in § 14 Abs. 1 S. 2 KAG BW vom 12.03.2005. Demzufolge dürfen Gemeinden (und auch Zweckverbände) die Gebühren für die Benutzung ihrer Versorgungseinrichtungen so bemessen, dass ein Ertrag für den Haushalt entsteht. Diese baden-württembergische Regelung gibt es im sachsen-anhaltinischen KAG

- Kommunalabgabengesetz i. d. F. vom 13.12.1996, zuletzt geändert durch G. v. 07.12.2001 (GVBl LSA S. 540)

jedoch nicht. Mithin gilt insoweit das in § 5 Abs. 1 S. 2 KAG LSA normierte Kostendeckungsgebot mit dem Kostenüberschreitungsverbot (auch wenn dieses nur als „Soll-Vorschrift“ ausgeführt ist).

VI. Wie sind Konzessionsabgaben steuerlich zu behandeln? Sind durch die Zahlung einer Konzessionsabgabe verursachte Steuern kommunalabgaben- bzw. entgeltfähiger Aufwand?

Fraglich ist, wie Konzessionsabgaben steuerlich zu behandeln sind und ob etwaig verursachte Steuern kommunalabgaben- bzw. entgeltfähiger Aufwand sind:

1. Steuerliche Behandlung von Konzessionsabgaben

Konzessionsabgaben sind in erster Linie *körperschaftsteuerrechtlich* relevant. Grundsätzlich handelt es sich bei Konzessionsabgaben um *Betriebsausgaben*, die den Gewinn und damit die Grundlage für die Besteuerung mit der Körperschaftsteuer vermindern. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die Konzessionsabgabenzahlung in „Beteiligungsfällen“ eine *verdeckte Gewinnausschüttung* darstellt. Zur Abgrenzung von Betriebsausgaben von

verdeckten Gewinnausschüttungen in Fällen dieser Art hat das Bundesministerium für Finanzen zwei Schreiben veröffentlicht;

- BMF-Schreiben vom 09.02.1998, IV B 7 – S 2744 – 2/98, abgedruckt bei Immesberger, Das neue Rechte der Konzessionsabgaben, Handbuch und Kommentar, Loseblattsammlung (Stand: August 2011), Band 2, Abschnitt IV, beigelegt in Kopie als **Anlage 5**;
- BdF-Schreiben vom 27.09.2002, IV A 2 – S 2744 – 5/02, abgedruckt bei Immesberger, a. a. O., beigelegt in Kopie als **Anlage 6**.

Ein „Beteiligungsfall“ liegt nach Punkt A.III.1.2 des BMF-Schreibens vom 09.02.1998 vor, wenn es sich bei einem Versorgungsbetrieb um einen Eigenbetrieb handelt oder wenn eine Gebietskörperschaft unmittelbar oder mittelbar an dem Grund- oder Stammkapital des Versorgungsbetriebs beteiligt ist. Bereits unter Punkt B.III.2. wurde angedeutet, dass die Finanzbehörden diese Voraussetzungen nach unseren Informationen bei Zweckverbänden für gegeben ansehen, auch wenn die Begrifflichkeiten „Grund- oder Stammkapital“ hier nicht ganz passend sind. Diesbezüglich sollte vorsorglich die Einschätzung eines Steuerberaters eingeholt werden.

Eine verdeckte Gewinnausschüttung ist unter Zugrundelegung der Schreiben des Finanzministeriums jedenfalls immer dann auszuschließen, wenn die Höchstsätze der KAE nicht überschritten werden und wenn nach Abzug der Konzessionsabgabe ein handelsrechtlicher Jahresüberschuss (sogenannter steuerlicher Mindestgewinn) verbleibt. Dieser steuerliche Mindestgewinn ist von dem preisrechtlichen Mindestgewinn zu unterscheiden (siehe bereits oben, Punkt B.III.2.). Der steuerliche Mindestgewinn wird nicht auf der Grundlage von § 5 KAE i. V. m. § 7 A/KAE sowie Ziff. 34 bis 41 D/KAE, sondern unter Berücksichtigung der maßgeblichen steuerlichen Grundsätze ermittelt. Das BdF-Schreiben vom 27.09.2002 bestimmt in diesem Zusammenhang, dass der Mindestgewinn 1,5 % des eigenen oder gemieteten Sachanlagevermögens nicht unterschreiten darf, wobei die Verhältnisse am Anfang des Wirtschaftsjahres maßgeblich sind.

Darüber hinaus kann die Zahlung einer Konzessionsabgabe – wie bereits unter Punkt B.I.b.(2) angedeutet – dazu führen, dass eine Gewinnerzielungsabsicht des Verbandes anzunehmen ist, was eine *Gewerbesteuerpflicht* auslösen kann.

Aufgrund des Umstands, dass unsere Kanzlei im Bereich des Steuerrechts nicht beratend tätig ist, bitten wir um Verständnis, dass wir nur einen groben Überblick über die steuerrechtlichen Gegebenheiten geben können. Um eine fundierte steuerliche Einschätzung zu be-

kommen, sollte unbedingt der Rat eines qualifizierten Steuerberatungsbüros eingeholt werden.

2. Sind durch die Zahlung einer Konzessionsabgabe verursachte Steuern kommunalabgaben- bzw. entgeltfähiger Aufwand?

Sprechen schon die besseren Gründe dafür, die Konzessionsabgabe selbst nicht als gebühren- bzw. entgeltfähigen Aufwand anzuerkennen (vgl. Punkt B.V.), dürfte dies erst recht für etwaig dadurch verursachte Steuern gelten. Auch diese Fragestellung sollte jedoch vorsorglich mit einem Steuerberater abgeklärt werden.

VII. Wie erfolgt der Ausgleich bei Zahlungsausfällen, z. B. durch Insolvenz des Schuldners oder sonstiger Zahlungsunfähigkeit?

Sollten Konzessionsabgaben vereinbart und – ungeachtet der Ausführungen des Hessischen VGH – bei der Gebühren- bzw. Entgeltkalkulation berücksichtigt werden, wird die Konzessionsabgabe als Bestandteil des Wasserpreises beim Letztverbraucher erhoben und teilt damit das Schicksal der Gebühr bzw. des Entgelts. Insofern gilt nichts anderes als in den sonstigen Fällen nicht eintreibbarer Gebühren oder Entgelte. Im Falle der Insolvenz des Schuldners muss der Zweckverband seine Forderung zur Insolvenztabelle anmelden und darauf hoffen, zumindest noch mit einer Insolvenzquote befriedigt zu werden.

VIII. Ist die Konzessionsabgabe gesondert im Bescheid aufzuführen und wird diese noch einmal mit Mehrwertsteuer versehen?

Da die Konzessionsabgabe im Falle ihrer Vereinbarung und im Falle der Weiterberechnung an den Letztverbraucher letztlich Bestandteil der Gebühr bzw. des Entgelts wäre, müsste sie im Bescheid bzw. in der Rechnung nicht gesondert ausgewiesen werden. Auch gilt die für die Strom- und Gasversorgung geltende Regelung des § 4 Abs. 1 S. 1 KAV, nach der Konzessionsabgaben in den Entgelten für den Netzzugang und den allgemeinen Tarifen auszuweisen sind, hier nicht. Soweit die Konzessionsabgabe allerdings – entgegen dem Beschluss des Hessischen VGH – bei der Kalkulation der Gebühr bzw. des Entgelts angesetzt wird, müsste dies aus den Kalkulationsunterlagen ersichtlich sein.

Mit der Mehrwertsteuer wird letztlich der Gesamtpreis, d. h. die Gebühr bzw. das Entgelt als solches besteuert. Eine Besteuerung einzelner Gebühren- bzw. Entgeltbestandteile erfolgt dagegen nicht.

IX. Die Einführung einer Konzessionsabgabe führt zu einer Entgelterhöhung. Die KAE hat die Aufgabe, zur Verbilligung von Wasser zu führen. Ist bei der genannten Folge die „Erhebung“ einer Konzessionsabgabe zulässig?

Es wurde bereits unter Punkt B.I. dazu ausgeführt, dass Konzessionsabgaben in der Wasserversorgung grundsätzlich vereinbart werden dürfen. Auf diese Ausführungen soll an dieser Stelle zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden. Der Umstand, dass mit der KAE ursprünglich die Intention verfolgt wurde, eine fortschreitende Verbilligung von Elektrizität, Gas und Wasser anzubahnen, kann aus unserer Sicht allenfalls im Rahmen etwaiger Vertragsverhandlungen gegenüber den (Mitglieds-)Gemeinden als ein (Hilfs-)Argument angeführt werden. Letztlich kann aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber entgegen verschiedener Absichtserklärungen eine Verordnungsermächtigung für eine neue Konzessionsabgabenordnung für die Wasserversorgung nicht geschaffen hat, wohl nur geschlossen werden, dass dieser an der KAE für den Bereich der Wasserversorgung festhalten will.

X. Werden Fragestellungen des Beihilfe- oder Wettbewerbsrechts berührt?

Soweit außerdem die Frage aufgeworfen wird, ob Fragestellungen des Wettbewerbs- oder Beihilferechts berührt werden, beantworten wir diese wie folgt:

1. Wettbewerbsrechtliche Fragestellungen

Aus wettbewerbsrechtlicher (oder gleichbedeutend: kartellrechtlicher) Sicht möchten wir – in der gebotenen Kürze – auf folgende Punkte hinweisen:

a. Kartellrechtliche Privilegierungen für Wegenutzungsrechte in der Wasserversorgung

Für Wegenutzungsverträge in der Wasserversorgung gelten gem. § 131 Abs. 6 GWB die kartellrechtlichen Freistellungen gem. §§ 103, 103a, 105 GWB in der Fassung von 1990 (im Folgenden: GWB a. F.) fort.

Das bedeutet insbesondere, dass für den Bereich der Wasserversorgung – im Gegensatz zur Energieversorgung – nach wie vor noch sogenannte Demarkationsabsprachen (d. h. die Verpflichtung der Gemeinden, eine eigene Versorgung in einem bestimmten Gebiet zu unter-

lassen) und Ausschließlichkeitsrechte (d. h. die Verpflichtung der Gemeinden, das Wegenutzungsrecht zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen ausnahmslos nur dem betroffenen Versorgungsunternehmen zu gewähren) vereinbart werden dürfen; § 131 Abs. 6 GWB i. V. m. § 103 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB a. F.

Auch gilt für Konzessionsverträge in der Wasserversorgung nicht die für die Bereiche Strom und Gas geltende Vertragshöchstlaufzeit von 20 Jahren; vgl. § 131 Abs. 6 GWB i. V. m. § 103a Abs. 1 GWB a. F.

Insgesamt unterliegt der Bereich der Wasserversorgung mithin weiterhin gewissen kartellrechtlichen Privilegien.

b. Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle

Zu beachten ist, dass gem. § 131 Abs. GWB auch die Regelungen gem. § 103 Abs. 5-7 GWB a. F. über die sogenannte kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht zur Anwendung gelangen. Durch diese Missbrauchsaufsicht soll letztlich verhindert werden, dass Wasserversorgungsunternehmen die ihnen gewährten kartellrechtlichen Privilegien ausnutzen. In diesem Zusammenhang erlangt auch die sogenannte Wasserpreiskontrolle Bedeutung, die gerade in letzter Zeit immer häufiger in den Fokus der Diskussionen gelangt ist. In der viel beachteten Entscheidung

- „Wasserpreise Wetzlar“, BGH, Urt. v. 02.02.2010, Az.: KVR 66/08, BGHZ 184, S. 168 ff.

hat der Bundesgerichtshof sich zu der Frage geäußert, ob die Wasserpreise der enwag Energie- und Wassergesellschaft mbH, an der seinerzeit zu 50,1 % die Stadt Wetzlar und zu 49,9 % die Thüga AG beteiligt waren, auf der Grundlage des sogenannten Vergleichsmarktkonzeptes i. S. v. § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB a. F. zulässig waren. In diesem Zusammenhang wurde am Rande auch die Frage aufgeworfen, ob die von der enwag an die Stadt Wetzlar als Mehrheitsgesellschafterin zu zahlende Konzessionsabgabe als unbeeinflussbarer Kostenfaktor einzustufen war, der letztlich auch von jedem Vergleichsunternehmen zu kalkulieren gewesen wäre. Diese Frage hat der Bundesgerichtshof allerdings offen gelassen, weil die zuständige Kartellbehörde die Unterschiede in der Höhe der Konzessionsabgabe nach Auffassung des Gerichts bereits durch prozentuale Zu- und Abschläge auf die Vergleichspreise in ausreichendem Maße berücksichtigt hatte.

Auch für den Bereich der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle ist der Umgang mit der Konzessionsabgabe mithin noch nicht abschließend geklärt. Bei strenger Betrachtung ist zu erwarten, dass kartellbehördlich die Erhebung von Konzessionsabgaben kritisch gesehen wird.

c. Gemeinden als marktbeherrschende Unternehmen i. S. d. Kartellrechts

Angemerkt werden soll an dieser Stelle außerdem noch, dass zwischenzeitlich allgemein anerkannt ist, dass Gemeinden aufgrund ihrer alleinigen Verfügungsbefugnis an den gemeindlichen Wegen „marktbeherrschende Unternehmen“ i. S. d. Kartellrechts sind;

- vgl. u. a. Wegner in: Berliner Kommentar zum Energierecht, a. a. O., § 46 EnWG, Rn. 133.

Diese marktbeherrschende Stellung dürfen Gemeinden nicht kartellrechtswidrig ausnutzen. Insbesondere dürften die Gemeinden aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zu prüfen haben, ob tatsächlich eine Konzessionsabgabe auf der Grundlage der Höchstsätze gefordert werden kann;

- vgl. (für den Bereich der Energieversorgung) Lecheler, Wettbewerbsbehinderung durch Konzessionsabgaben, WuW 2009, S. 1249 ff. (1254).

Dies muss aus unserer Sicht für Konzessionsabgaben in der Wasserversorgung, welche gegenüber Konzessionsabgaben in der Energieversorgung keinen derart herausragenden Stellenwert haben, erst recht gelten.

d. Anmeldung beim Kartellamt

Aus kartellrechtlicher Sicht ist außerdem zu berücksichtigen, dass Verträge, die Demarkationsabsprachen oder Ausschließlichkeitsrechte enthalten, gem. § 131 Abs. 6 GWB i. V. m. § 103 Abs. 3 GWB a. F. i. V. m. § 9 GWB a. F. beim Kartellamt anzumelden sind. Dies trifft für Konzessionsverträge in der Wasserversorgung regelmäßig zu, sodass Verträge dieser Art auch regelmäßig beim Kartellamt anmelden sind;

- Gersemann, Konzessionsabgaben für die Wasserversorgung, Versorgungswirtschaft 2011, S. 57 ff. (58), beigelegt in Kopie als **Anlage 7**.

Für Konzessionsverträge zwischen Gemeinden und Zweckverbänden dürfte dies ebenfalls gelten: Gemeinden verpflichten sich durch die Übertragung der Aufgabe der Wasserversor-

gung auf einen Zweckverband automatisch, eine eigene Wasserversorgung zu unterlassen, sodass der Abschluss eines Konzessionsvertrags zwischen einer Gemeinde und einem Zweckverband naturgemäß mit einer Demarkationsabrede i. S. v. § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB a. F. verbunden ist. Außerdem würde dem Zweckverband in einem etwaigen Konzessionsvertrag wohl auch ein Ausschließlichkeitsrecht i. S. v. § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB a. F. gewährt, was den Gemeinden verbieten würde, anderen Versorgungsunternehmen Wegerechte für die Wasserversorgung einzuräumen.

Die Anmeldung des Konzessionsvertrags beim Kartellamt gem. § 131 Abs. 6 GWB i. V. m. § 103 Abs. 3 GWB a. F. i. V. m. § 9 GWB a. F. ist Wirksamkeitsvoraussetzung für einen etwaigen Konzessionsvertrag. Vor der Anmeldung beim Kartellamt existiert daher auch keine rechtswirksame Grundlage zur Zahlung von Konzessionsabgaben;

- Gersemann, a. a. O., S. 61.

2. Beihilfenrechtliche Fragestellungen

Beihilfenrechtliche Fragestellungen werden aus unserer Sicht nicht tangiert.

XI. Ist die Erhebung von Konzessionsabgaben unter Berücksichtigung der Einnahmbeschaffungsgrundsätze gem. § 91 Abs. 2 GO LSA notwendig?

Die Grundsätze der Finanzmittelbeschaffung sind in Sachsen-Anhalt in § 91 GO LSA geregelt. § 91 Abs. 2 GO LSA bestimmt in diesem Zusammenhang wörtlich Folgendes:

„Die Gemeinde hat die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Finanzmittel
1. soweit vertretbar und geboten aus Entgelten für ihre Leistungen,
2. im Übrigen aus Steuern
zu beschaffen, soweit die sonstigen Finanzmittel nicht ausreichen. Sie hat dabei auf die wirtschaftlichen Kräfte ihrer Abgabepflichtigen Rücksicht zu nehmen.“

§ 91 Abs. 2 GO LSA legt mithin eine bestimmte Rangfolge der Finanzmittelbeschaffung dahingehend fest, dass

- zunächst sonstige Finanzmittel (vgl. die Formulierung in § 91 Abs. 2 GO LSA „soweit die sonstigen Finanzmittel nicht ausreichen“),
- dann spezielle Entgelte für Leistungen der Gemeinde,
- und im Übrigen Steuern

zu erheben sind. In diesem Zusammenhang ist anerkannt, dass es sich bei Konzessionsabgaben um „sonstige Finanzmittel“ handelt;

- Lübking/Beck, a. a. O., G § 91, Rn. 9;
- für die wortgleiche Regelung in der niedersächsischen Gemeindeordnung vgl. Rose in: Kommunalverfassungsrecht, Loseblattsammlung (Stand: November 2010), § 83 (NKR), Rn. 5.

Auf der Grundlage der vorgenannten Ausführungen muss eine Gemeinde mithin zunächst versuchen, „sonstige Finanzmittel“ – und damit auch Konzessionsabgaben – einzunehmen, bevor sie spezielle Entgelte (wie z. B. Kommunalabgaben) oder Steuern erheben darf. Auch in diesem Zusammenhang kann allerdings nicht außer Acht gelassen werden, dass für die Vereinnahmung von Konzessionsabgaben zunächst eine vertragliche Grundlage geschaffen werden muss. Die Schaffung einer derartigen vertraglichen Grundlage macht auch für die Gemeinden nur Sinn, wenn dadurch im Einzelfall tatsächlich finanzielle Vorteile erzielt werden können. Dies ist aber – wie auch der Wasserverbandstag e. V. in seiner Stellungnahme vom 05.05.2011 zutreffend anmerkt – insofern zweifelhaft, als gute Gründe dafür sprechen, Konzessionsabgaben sowie dadurch verursachte Steuern nicht als gebühren- bzw. entgeltfähigen Aufwand anzuerkennen. Sind Konzessionsgaben sowie dadurch verursachte Steuern jedoch kein gebühren- bzw. entgeltfähiger Aufwand, dürfen Zweckverbände diese Kosten auch nicht an die Letztverbraucher weiterberechnen, so dass letzten Endes die Verbände auf diesen Zahlungen „sitzenbleiben“ würden. Dies kann nicht wirklich im Interesse der Verbandsmitglieder sein: Zum einen müssten die Gemeinden als Verbandsmitglieder die Konzessionsabgabe sowie dadurch verursachte Steuern – je nach finanzieller Situation des jeweiligen Verbandes – über die Verbandsumlage wieder an den Zweckverband zurückzahlen, sollten die zusätzlichen Ausgaben durch die Konzessionsabgaben nicht durch entsprechende Einnahmen des Verbandes gedeckt werden können. Zum anderen darf aus unserer Sicht auch nicht außer Acht gelassen werden, dass die Verbandsmitglieder neben ihren eigenen Interessen auch die Interessen des Verbandes zu beachten haben. Unter Berücksichtigung dieser Überlegung kann es nicht sinnvoll sein, einen kommunalen Zusammenschluss mit Kosten zu belasten, welche dieser aufgrund abgaben- bzw. entgeltrechtlicher Erwägungen nicht refinanzieren kann. Dies ergibt sich letztlich auch aus § 91 Abs. 2 S. 2 GO LSA, wo bestimmt wird, dass die Gemeinde auf die wirtschaftlichen Kräfte ihrer „Abgabepflichtigen“ – verpflichtet zur Zahlung der Konzessionsabgabe an die Gemeinde wäre der Zweckverband – Rücksicht zu nehmen hat.

C. Gesamtergebnis

Insgesamt können mithin folgende wesentliche Ergebnisse festgehalten werden:

- Unter Berücksichtigung des Begriffs der Konzessionsabgaben gem. § 1 Abs. 1 A/KAE zu § 1 KAE bzw. gem. §§ 117, 48 Abs. 1 EnWG dürfen Zweckverbände mit ihren Mitgliedsgemeinden Konzessionsabgabenzahlungen vereinbaren.
- Sollte von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, sollte konsequenterweise jedoch auch die Verbandssatzung geändert werden, weil der Ausschluss der Gewinnerzielungsabsicht mit der Vereinbarung einer Konzessionsabgabe in Anbetracht des Umstands, dass diese nur bei der Erzielung eines Mindestgewinns gezahlt werden darf, nicht vereinbar ist. Im Vorfeld sind etwaige steuerliche Auswirkungen unbedingt mit einem Steuerberater zu erörtern.
- Von der Frage, ob Konzessionsabgaben von Zweckverbänden gem. §§ 117, 48 Abs. 1 EnWG i. V. m. der KAE, A/KAE und D/KAE in zulässiger Weise vereinbart werden dürfen, ist die Frage zu unterscheiden, ob Konzessionsabgabenzahlungen auch gebühren- bzw. entgeltfähigen Aufwand darstellen. Dies kann unter Berücksichtigung des Beschlusses des Hessischen VGH vom 06.07.2005 mit sehr guten Argumenten in Zweifel gezogen werden.
- Kann ein Zweckverband als Pflichtiger zur Zahlung von Konzessionsabgaben nach dem KAG bzw. privatrechtlichen Entgeltbedingungen diese nicht auf den Letztverbraucher umlegen, erscheint eine Vereinbarung von Konzessionsabgaben auch unter Berücksichtigung von § 91 Abs. 2 S. 2 GO LSA nicht gerechtfertigt.
- Etwas anderes gilt nur dann, wenn das KAG LSA entsprechend geändert wird.

D. Zusammenfassung

Wir sind beauftragt worden, diverse Fragen im Zusammenhang mit einer möglichen Konzessionsabgabe im Bereich der Wasserversorgung zu prüfen. Konkret geht es um die Frage, ob ein Zweckverband mit der Aufgabe der Wasserversorgung in Sachsen-Anhalt berechtigt und möglicherweise auch verpflichtet ist, seinen Mitgliedsgemeinden für die Benutzung der gemeindlichen Wege Konzessionsabgabe zu zahlen. Eine solche Konzessionsabgabe würde die Wassergebühren bzw. privatrechtlichen Entgelte um ca. € 0,40 bis € 0,50 pro m³ verteuern.

Wir haben das Gutachten neutral und unparteiisch erstellt, es entspricht der neuesten uns zugänglichen Rechtsprechung und Literatur.

Generell ist es konzessionsabgabenrechtlich zulässig, wenn Zweckverbände mit ihren Mitgliedsgemeinden Konzessionsabgabenzahlungen vereinbaren. Die Zahlung einer Konzessionsabgabe setzt zwingend den Abschluss eines entsprechenden Vertrages voraus.

Sollte von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, müsste konsequenterweise auch die jeweilige Verbandssatzung ausschließen, dass ohne Gewinnerzielungsabsicht gearbeitet wird, denn nur in diesem Falle dürfte der Verband auch den zur Zahlung einer Konzessionsabgabe zwingend notwendigen Mindestgewinn erzielen. Ein Fehlen der Gewinnerzielungsabsicht steht der Konzessionsabgabe entgegen.

Unabhängig von der Frage, ob generell Konzessionsabgabe gezahlt werden darf, haben wir geprüft, ob die Konzessionsabgabenzahlungen auch gebühren- bzw. entgeltfähigen Aufwand darstellen. Die dazu nur sehr fragmentarisch vorhandene Rechtsprechung zieht dies mit sehr guten Argumenten in Zweifel. Mithin dürfte zwar Konzessionsabgabe gezahlt werden, diese wäre dann jedoch nicht gebühren- bzw. entgeltfähig. Die gezahlte Konzessionsabgabe würde also dazu führen, dass der Verband sogleich Umlagen erheben oder aber Konzessionsabgabe maximal in Höhe seiner Eigenkapitalverzinsung zahlen könnte. Diese Eigenkapitalverzinsung würde aber in der Regel wohl nicht ausreichen, um den Mindestgewinn zu realisieren.

Wenn der Landesgesetzgeber gleichwohl die Zahlung einer Konzessionsabgabe wünscht, müsste er dies entsprechend im KAG LSA verankern.

E. Anlagenverzeichnis

1. Vehring, Zahlung einer Konzessionsabgabe durch Wasserversorgungsunternehmen in Form von Wasser- und Bodenverbänden sowie Zweckverbänden an Gemeinden, Versorgungswirtschaft 2006, S. 174 ff.
2. Vehring, Konzessionsabgabe, Mindestgewinn, Eigenkapitalverzinsung bei Wasserversorgungsunternehmen in der Form von Wasser- und Bodenverbänden, KStZ 2010, S. 229 ff.
3. Text zu § 5 KAE, § 7 A/KAE zu § 5 KAE, Ziff. 34 bis 41 D/KAE
4. Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschl. v. 06.07.2005, Az.: 5 UZ 2618/04
5. BMF-Schreiben vom 09.02.1998, IV B 7 – S 2744 – 2/98
6. BdF-Schreiben vom 27.09.2002, IV A 2 – S 2744 – 5/02
7. Gersemann, Konzessionsabgaben für die Wasserversorgung, Versorgungswirtschaft 2011, S. 57 ff.
8. Wasserverbandstag e. V. Bremen, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Themenpapier vom 05.05.2011

Bremen, den 27.10.2011

Turgut Pencereci
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Claudia Brandt
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Verwaltungsrecht