

Anforderungen an die Betreibereigenschaft im Wirtschafts(verwaltungs)recht

Grundsatz: Es kommt nicht auf die nominelle Zuweisung des Betreiberbegriffs an, sondern auf die reale Übernahme der Betreiberaufgaben. Betreiber ist nicht, wer sich Betreiber nennt, sondern wer die Wasserversorgungsanlagen materiell im eigenen Interesse betreibt.

- Kriterien:
- 1.) Satzungsmäßige Bildung eines Eigenbetriebs durch die Kommune mit Kompetenz zur eigenverantwortlichen Entscheidung aller strategischen (wichtigen und grundsätzlichen) Angelegenheiten des Eigenbetriebs
 - 2.) Personelle Ausstattung mit fachlich geeigneten Führungskräften, die die Aufgaben des Betriebs zu 1 wahrnehmen können (keine „Briefkastenfirma“)
 - 3.) Übernahme der Versorgungspflicht gegenüber den Verbrauchern
 - 4.) Verfügung über eigene Trinkwasserquellen bzw. Abschluss eines Wasserbezugsvertrages
 - 5.) Verfügung über die Wegenutzungsrechte (Eigentümer- oder Pächterstellung) durch eine konzessionsvertragsähnliche Verwaltungsanweisung der Kommune¹
 - 6.) Materielle Verantwortung für die zu erlassenden Gebührenbescheide (Ausstellerverantwortung) durch die Aufstellung der Gebührensatzung

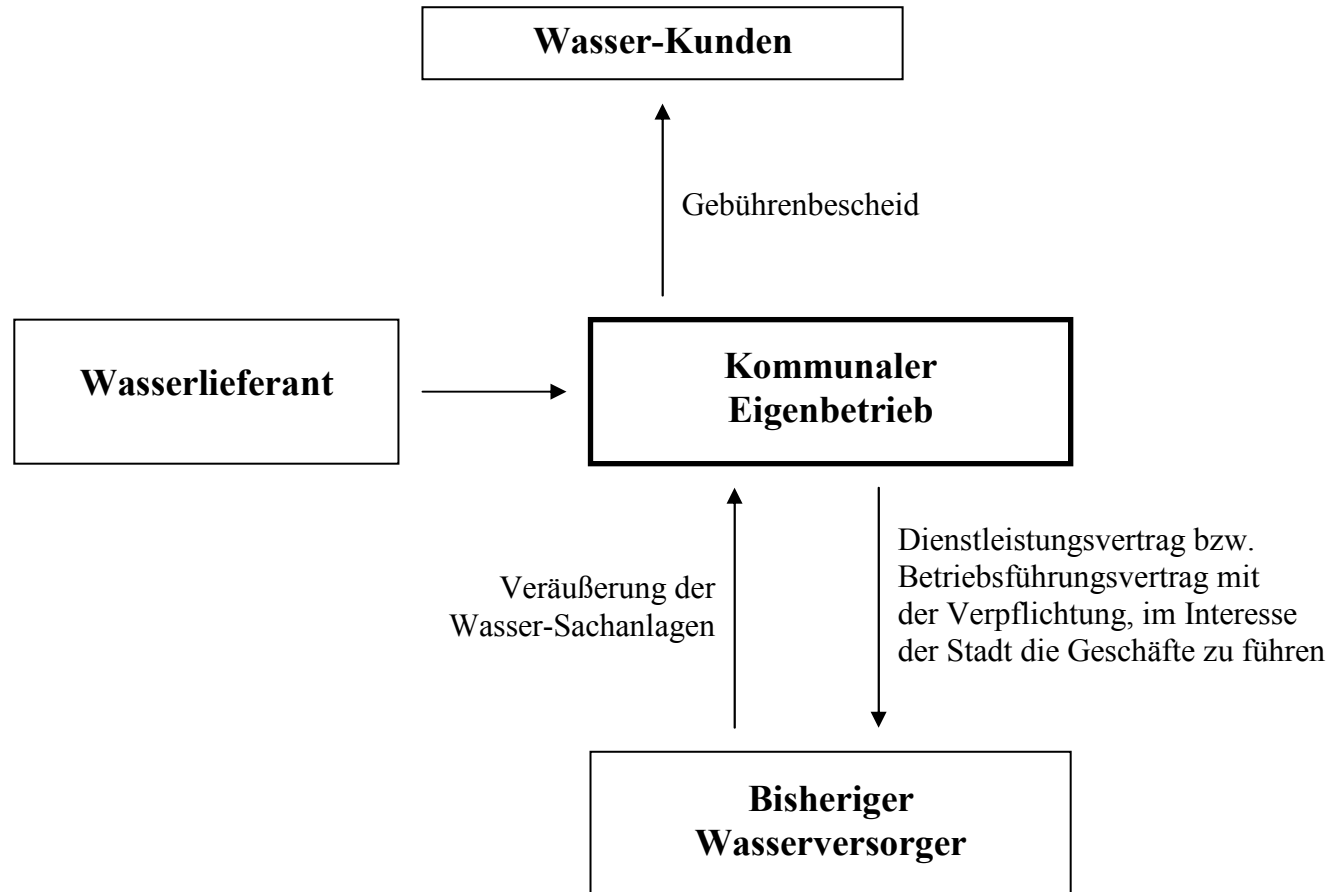
Private Verwaltungshelfer:

Alle weiteren operativen Aufgaben können funktionell „privatisiert“ werden; d.h. Private können durch Dienstleistungs- bzw. Betriebsführungsverträge als Verwaltungshelfer auf der nachgelagerten Ebene eingeschaltet werden (Sächsisches OVG [Bautzen] vom 24.09.2004, ZNER 04/2004, 379ff.).

Rechtsfolgen: Der kommunale Eigenbetrieb kann Gebührenbescheide erlassen. Das öffentlich-rechtliche Gebührenrecht regelt Höhe und Struktur der Gebühr. Diese lässt aber eine (unmittelbare oder mittelbare) Einstellung der vom Eigenbetrieb an die Gemeinde zu leistenden Konzessionsabgabe in die Gebührenbedarfsrechnung nicht zu (vgl. Hess. VGH vom 6.7.2005 – 5 UZ 2618/047; OVG Schleswig vom 28.11.2001, KStZ 2002, 150). Die Eigengesellschaft kann privatrechtliche Entgelte für die Wasserversorgung erheben und unterliegt dabei der Kontrolle des wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsverbots (§§ 19f. GWB, § 103 GWB a.F.). Eine mit wettbewerbsrechtlichen Maßstäben unvereinbare Privilegierung des Eigenbetriebs ist mit Art. 106 Abs. 2 AEUV unvereinbar.

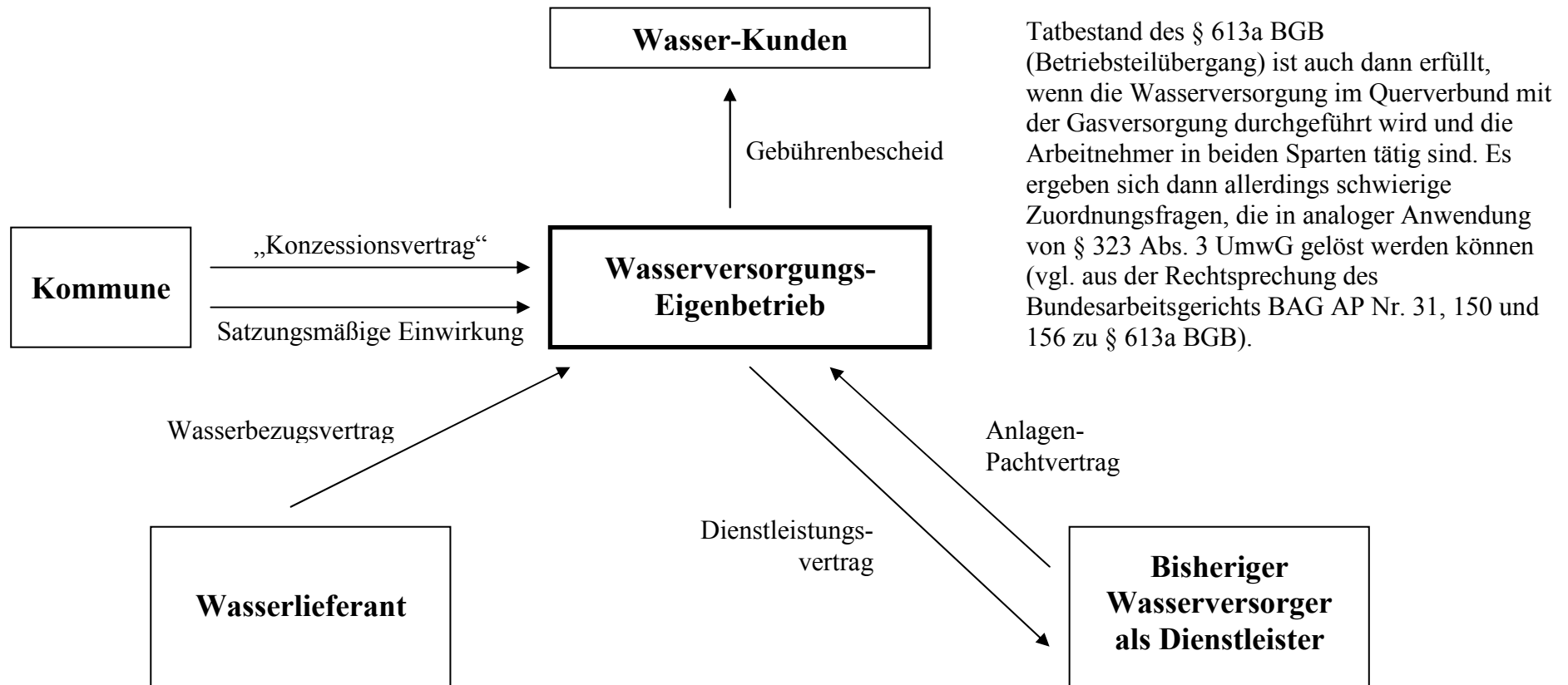
¹ Vgl. OVG Schleswig vom 28.11.2001, KStZ 2002, 150: „Wenn es gleichwohl in der Praxis durchaus üblich ist, die rechtlichen Beziehungen auch hinsichtlich der Wegenutzung zwischen einer Gemeinde und ihrem Eigenbetrieb unter der Beziehung ‚Konzessionsvertrag‘ zu regeln, so handelt es sich hierbei nicht um einen Vertrag, sondern ihrem rechtlichen Charakter nach um eine gestaltete Verwaltungsanweisung.“

1. Rekommunalisierung „Eigentumsmodell mit funktioneller Privatisierung“



Probleme: Bestimmung des Verkehrswerts der Anlagen als Übernahmepreis und als Grundlage der Gebührenkalkulation. Sicherung der Zuständigkeit des Eigenbetriebs bei wesentlichen strategischen Entscheidungen.

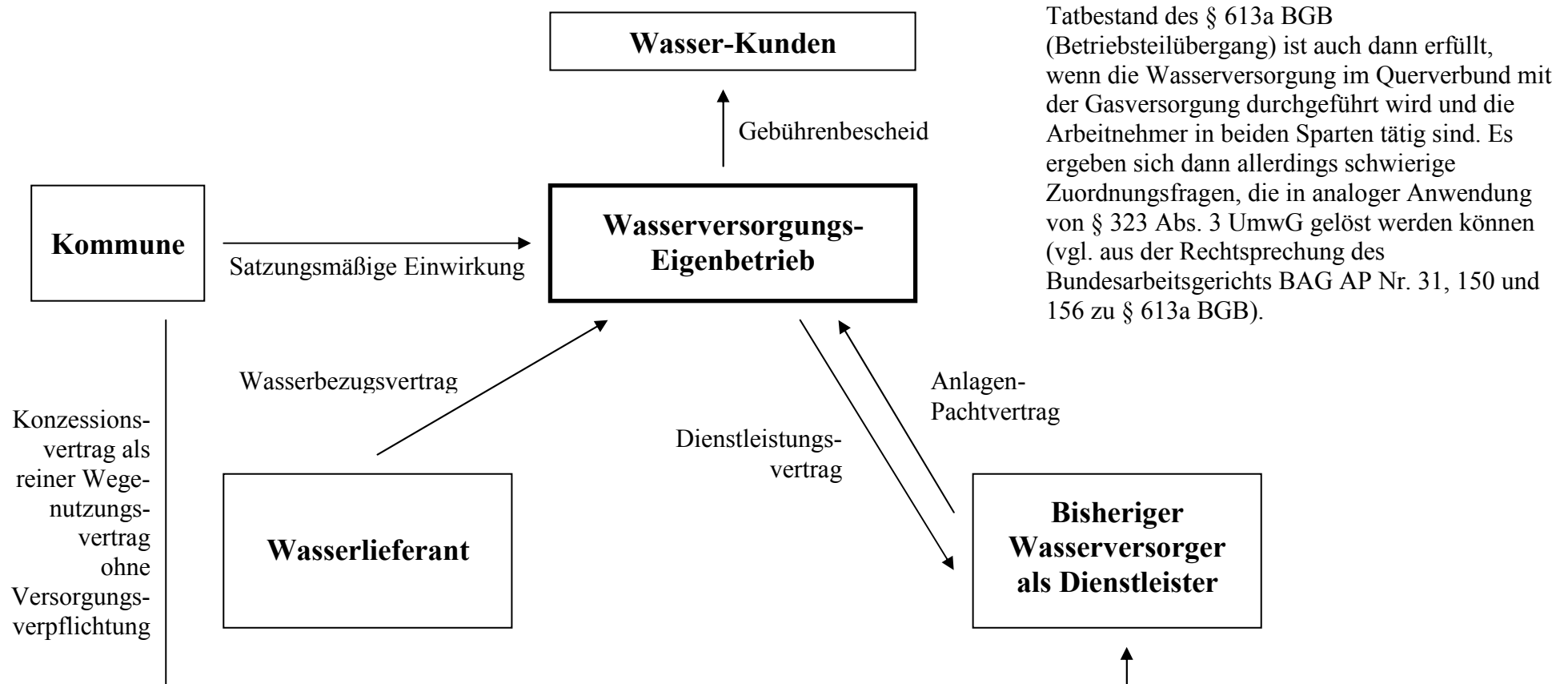
2. Rekommunalisierung „Pachtmodell mit Konzessionsvertrag zum Eigenbetrieb“



Probleme: Die materielle Betreiberverantwortung muss beim Eigenbetrieb liegen und durch entsprechende Gestaltung der Satzung und der personellen Leitung des Eigenbetriebs manifestiert werden. Die funktionale Durchführung der Wasserversorgung kann dem bisherigen Versorger übertragen werden. Widersprechen die Arbeitnehmer dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf den Eigenbetrieb gemäß § 613a Abs. 5 BGB, kann der Dienstleistungsvertrag durch einen Personalgestellungsvertrag ergänzt werden.

Warnung: Wenn der Dienstleistungsvertrag in diesem Modell zu einem Betriebsführungsvertrag ausgebaut wird, der auch die kaufmännische Leitung und das billing mitumfasst, ist hier kein Raum mehr für eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung der Entgelte als Gebühren

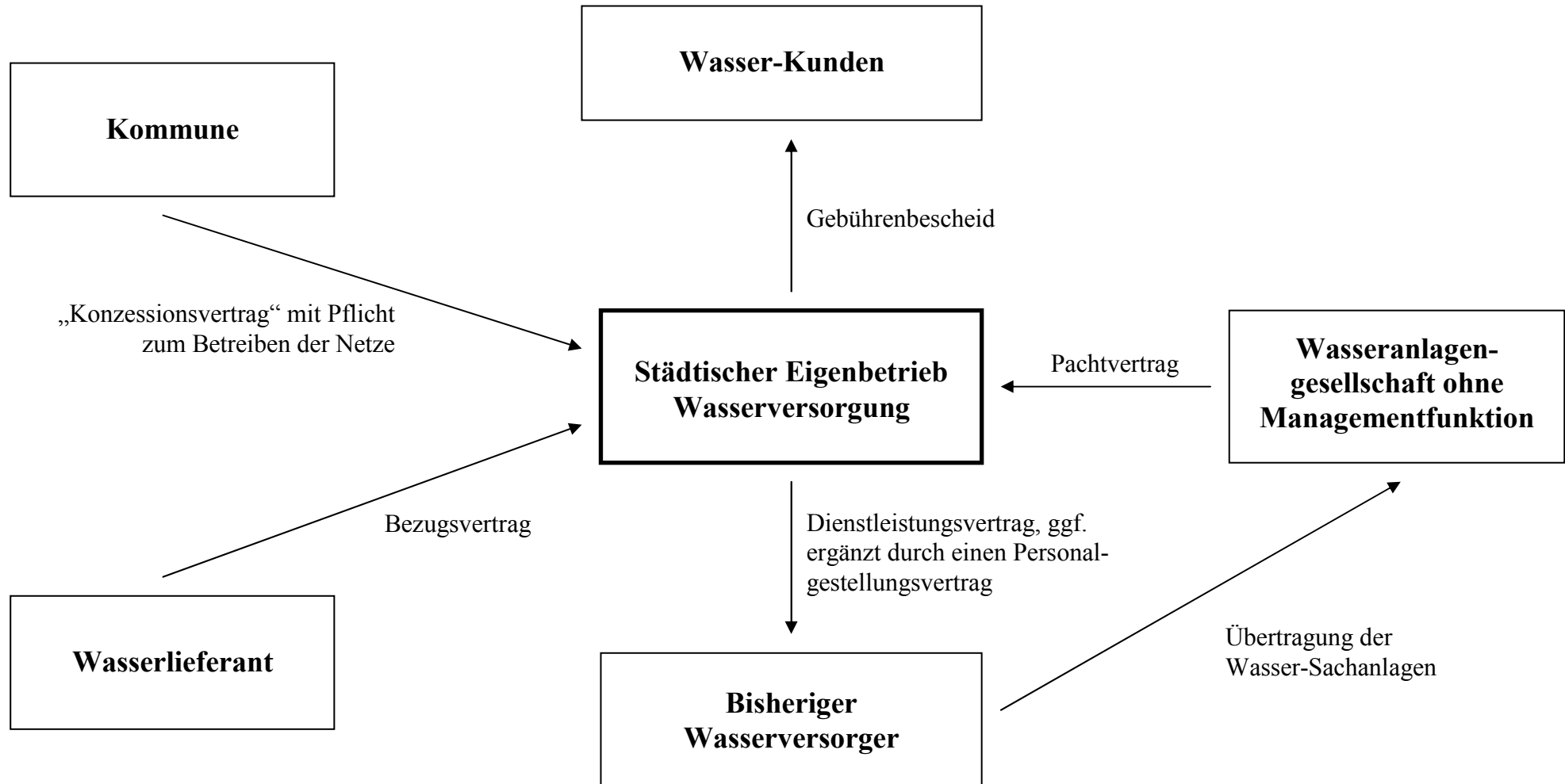
3. Rekommunalisierung „Pachtmodell unter Fortführung eines eingeschränkten Konzessionsvertrages mit dem bisherigen Versorger und künftigen Dienstleister“



Tatbestand des § 613a BGB (Betriebsteilübergang) ist auch dann erfüllt, wenn die Wasserversorgung im Querverbund mit der Gasversorgung durchgeführt wird und die Arbeitnehmer in beiden Sparten tätig sind. Es ergeben sich dann allerdings schwierige Zuordnungsfragen, die in analoger Anwendung von § 323 Abs. 3 UmwG gelöst werden können (vgl. aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts BAG AP Nr. 31, 150 und 156 zu § 613a BGB).

Probleme: Die materielle Betreiberverantwortung muss beim Eigenbetrieb liegen und durch entsprechende Gestaltung der Satzung und der personellen Leitung des Eigenbetriebs manifestiert werden. Die funktionelle Durchführung der Wasserversorgung kann dem bisherigen Versorger übertragen werden. Das Service Agreement darf aber inhaltlich nicht wie ein Rückpachtvertrag ausgestaltet werden, um den Simulations- bzw. Umgehungsverdacht zu vermeiden. Ob bei diesem Modell kommunalverfassungsrechtlich und gebührenrechtlich ein Konzessionsvertrag mit dem bisherigen Wasserversorger rechtlich zulässig ist, ist allerdings zweifelhaft. Widersprechen die Arbeitnehmer dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf den Eigenbetrieb gemäß § 613a Abs. 5 BGB, kann der Dienstleistungsvertrag durch einen Personalgestellungsvertrag ergänzt werden.

4. Rekommunalisierung unter Gründung einer privatrechtlichen Anlagengesellschaft (Gesellschaftsmodell)



Da der Eigenbetrieb Inhaber der Konzession, Vertragspartner des Wasserbezugsvertrages sowie Pächter der Anlagen ist, ist er der materielle Betreiber der Wasserversorgung, auch wenn er funktionell die operative Durchführung der Versorgung auf den bisherigen Wasserversorger überträgt. § 613a BGB greift hier nicht ein, da der Anlagenveräußerungs- und der Dienstleistungsvertrag mit verschiedenen Personen abgeschlossen sind; ein als Betriebsteilsübergang anzusprechender Vorgang liegt daher nicht vor.