ANLAGE U A

Gericht:	**Oberverwaltungsgericht des Saarlandes 1. Senat**
Entscheidungsdatum:	**07.05.2020**
Rechtskraft:	**ja**
Aktenzeichen:	**1 A 196/19**
ECLI:	**ECLI:DE:OVGSL:2020:0507.1A196.19.00**
Dokumenttyp:	**Beschluss**
Quelle:	juris
Normen:	**§ 1 Abs 1 EigBetrV SL 2010, § 7 Abs 1 S 1 EigBetrV SL 2010, § 8 Abs 2 S 1 EigBetrV SL 2010, § 3 Nr 18 EnWG, § 46 Abs 1 EnWG ... mehr**

(Keine) Entrichtung eines Fremdleistungsentgelts seitens eines Eigenbetrieb einer Gemeinde an die Gemeinde wegen Nutzung der öffentlichen Verkehrswege durch Wasserleitungen

Leitsatz

Betreibt eine Gemeinde die örtliche Wasserversorgung durch einen nicht rechtsfähigen Eigenbetrieb, kann im Rahmen der Kalkulation des Gebührensatzes der Betrag einer Konzessionsabgabe für die Nutzung der öffentlichen Verkehrswege durch die Wasserleitungen, den der Eigenbetrieb der Gemeinde entrichtet, nicht als Fremdleistungsentgelt angesetzt werden.(Rn.10)

⊟ Verfahrensgang

vorgehend Verwaltungsgericht des Saarlandes, 10. April 2019, 3 K 518/17, Urteil

Tenor

Der Antrag der Beklagten auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Saarlandes vom 10. April 2019 - 3 K 518/17 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Zulassungsverfahrens trägt die Beklagte.

Der Streitwert wird für das Zulassungsverfahren auf 135,80 € festgesetzt.

Gründe

1 Der Antrag der Beklagten auf Zulassung der Berufung gegen das im Tenor näher bezeichnete Urteil des Verwaltungsgerichts des Saarlandes ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

2 Durch das angefochtene Urteil hat das Verwaltungsgericht des Saarlandes den Bescheid der Beklagten vom 14.1.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.2.2017 insoweit aufgehoben, als darin Wassergebühren in Höhe von 135,80 € festgesetzt und angefordert worden sind, und im Übrigen die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht im Wesentlichen dargelegt, dass in die Berechnung der Wassergebühren die „Konzessionsabgabe" einbezogen worden sei, die nicht im Sinne von § 6 Abs. 2 KAG gebührenfähig sei, und festgestellt, dass der hierdurch bedingte Kalkulationsfehler sich in einem die Geringfügigkeitsgrenze von 3 % überschreitenden Ausmaß auf die Höhe des Gebührensatzes auswirkt.

3 Das gemäß § 124a Abs. 4 Satz 4, Abs. 5 Satz 2 VwGO den Prüfungsumfang im Zulassungsverfahren begrenzende Vorbringen der Beklagten in der Antragsbegründung vom 17.6.2019 rechtfertigt die begehrte Zulassung des Rechtsmittels nicht.

4 1. Der geltend gemachte Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) ergibt sich aus diesen Darlegungen nicht.

5 Dies gilt zunächst für das Vorbringen der Beklagten, das erstinstanzliche Gericht habe seine Rechtsauffassung darauf gestützt, dass die Gemeinde M. die Wasserversorgung als hoheitliche Aufgabe ausübe; dies sei aber tatsächlich nicht der Fall; vielmehr ergebe sich aus dem erstinstanzlichen Akteninhalt, insbesondere auch den dem Gericht vorliegenden Satzungen in Form der Wasser- und Abwassersatzung der Gemeinde M., dass die Gemeinde M. in diesem Bereich nicht hoheitlich tätig sei. Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden.

6 Gemäß § 1 Abs. 1 ihrer Satzung über den Anschluss an die öffentliche Wasserversorgungsanlage und die Versorgung der Grundstücke mit Wasser - Wasserversorgungssatzung - in der Fassung vom 1.2.2010 - WVS - betreibt die Gemeinde M. die Wasserversorgung als öffentliche Einrichtung. Dem korrespondiert, dass in dieser Satzung ein Anschluss- und Benutzungszwang in Bezug auf die Wasserversorgungsanlage festgelegt ist (§§ 4, 6) und für die Bereitstellung der öffentlichen Wasserversorgungsanlage und den Verbrauch von Wasser Benutzungs- und Verbrauchsgebühren erhoben werden (§§ 37, 39, 42, 44, 45). Dementsprechend wurde die streitgegenständliche Abrechnung für das Jahr 2014 durch „Gebührenbescheid" festgesetzt, dem eine Rechtsmittelbelehrung beigefügt war. Erhebt die Gemeinde demnach kein privatrechtliches Entgelt, sondern gemäß den §§ 6 Abs. 1 und Abs. 2 KAG in Verbindung mit § 37 Abs. 2 WVS eine Verbrauchsgebühr, so richtet sich die Ermittlung des Gebührensatzes nach § 6 Abs. 2 und Abs. 3 KAG.

7 Fehl geht die Argumentation der Beklagten zur Zulässigkeit der Einbeziehung der streitgegenständlichen Konzessionsabgabe in die Gebührenerhebung. Hierzu trägt der Beklagte vor, bei Fremdleistungen seien auch Kosten in Form der Konzessionsabgabe ansatzfähig. Es mache keinen Unterschied, ob sich die Gemeinde zur Erfüllung ihrer Verpflichtung im Bereich der Wasserversorgung einer privaten Gesellschaft bediene oder ob sie dies durch einen Eigenbetrieb erbringen lasse. Für den gegenseitigen Leistungsverkehr seien nach § 8 EigVO angemessene Leistungen zu erbringen. Deshalb sei finanzwirtschaftlich von dem Eigenbetrieb, der die Wegflächen seiner Trägergemeinde nutze, für das Zurverfügungstellen der

Straßen- und Wegeflächen ein Entgelt an die Gemeinden zu entrichten und als Aufwand zu verbuchen. Warum dieser Aufwand aufgrund der im Einzelfall gewählten Organisation der Einrichtung nicht gebührenfähig sein solle, erschließe sich nicht. Dass die Gemeinde angesichts der Unselbständigkeit eines Eigenbetriebs Eigentümerin der Wasserversorgung sei, beziehe sich nur auf das juristische Eigentum. Durch die formelle Ausgliederung des dem Eigenbetrieb zugeordneten Vermögens sei das wirtschaftliche Eigentum auf den Eigenbetrieb übergegangen. Diese Ausführungen rechtfertigen eine vertiefte Prüfung im Rahmen eines Berufungsverfahrens nicht. Die in Anlehnung an die Rechtsprechung anderer Obergerichte begründete Entscheidung des Verwaltungsgerichts überzeugt.

8 Gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 KAG sind die Kosten der öffentlichen Einrichtungen nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu ermitteln. Dabei können gemäß § 6 Abs. 2 Satz 4 Alt. 1 KAG grundsätzlich auch Entgelte für in Anspruch genommene Fremdleistungen als gebührenfähiger Aufwand in die Kalkulation eingestellt werden, wobei das Prinzip der Erforderlichkeit den Kontrollmaßstab für die Gebührenfähigkeit der Fremdleistungsentgelte darstellt.[1]

9 Eine Konzessionsabgabe im Rahmen der öffentlichen Wasserversorgung ist gemäß § 117 in Verbindung mit § 48 Abs. 1 Satz 1 Energiewirtschaftsgesetz - EnWG - ein Entgelt, dass ein Energie-/ hier ein Wasserversorgungsunternehmen für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Wasser dienen, nach vertraglicher Vereinbarung mit der Gemeinde entrichtet. Denn für die Verlegung und den Betrieb derartiger Leitungen haben Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet vertraglich zur Verfügung zu stellen (§ 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG). Dafür können sie von dem betreffenden Energieversorgungsunternehmen Konzessionsabgaben verlangen.[2] Dabei gibt die gesetzliche Definition des Begriffes „Energieversorgungsunternehmen" in § 3 Nr. 18 EnWG vor, dass es sich um eine natürliche oder juristische Person handeln muss, die in näher beschriebener Weise im Bereich der Energieversorgung tätig ist. Die Einrichtung einer Konzessionsabgabe setzt demgemäß den Abschluss eines entsprechenden privatrechtlichen Vertrages zwischen zwei Rechtssubjekten voraus, in dem die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien geregelt sind.[3]

10 Nach Maßgabe dieser Anforderungen sind die Voraussetzungen für die Einbeziehung der Konzessionsabgabe fallbezogen mangels eigener Rechtsfähigkeit des in Rede stehenden Eigenbetriebs nicht gegeben.

11 Der Rat der Gemeinde M. hat in seiner Sitzung vom 30.1.2013 die Betriebssatzung für den Eigenbetrieb Technische Werke A-Stadt beschlossen, der zufolge der Eigenbetrieb ein wirtschaftliches Unternehmen im Sinne des § 108 Abs. 1 KSVG u.a. für den Aufgabenbereich Wasserversorgung ohne eigene Rechtspersönlichkeit entsprechend den gesetzlichen Vorschriften insbesondere des Kommunalselbstverwaltungsgesetzes (KSVG) und der Eigenbetriebsverordnung (EigVO) sowie der Bestimmungen dieser Satzung ist (§ 1 Abs. 1) und die Aufgabe der Wasserversorgung im Gemeindegebiet wahrnimmt (§ 2 Abs. 1). Im Weiteren ist

in § 7 der vom Gemeinderat A-Stadt in seiner Sitzung vom 19.3.2014 beschlossenen Verwaltungsanweisung der Beklagten zur Regelung der Trinkwasserverordnung im Gemeindegebiet A-Stadt bestimmt, dass der Eigenbetrieb als Gegenleistung für die ihm nach dieser Verwaltungsanweisung eingeräumten Rechte und von der Gemeinde übernommenen Pflichten an die Gemeinde auf der Grundlage der Bestimmungen der Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände vom 4.3.1941 eine Konzessionsabgabe im Bereich Wasser in Höhe von 10 vom Hundert der Entgelte zahlt, solange dies rechtlich zulässig ist und eine Gefährdung der ordnungsgemäßen Weiterführung des Wasserversorgungsunternehmens gemäß § 5 Abs. 2 Buchst. A) KAEAnO ausgeschlossen werden kann (Mindestgewinnregelung).

12 Diese Regelung der Konzessionsabgabe in der Form einer Verwaltungsanordnung der Beklagten entspricht nicht den Anforderungen eines privatrechtlichen Vertrages zwischen zwei selbständigen Rechtssubjekten. Eine solche vertragliche Vereinbarung ist zwischen einer Gemeinde und ihrem eigenen Eigenbetrieb auch rechtlich nicht möglich, weil der Eigenbetrieb selbst keine Rechtsfähigkeit hat, sondern gemäß § 1 Abs. 1 EigVO ein wirtschaftliches Unternehmen der Gemeinde ohne Rechtspersönlichkeit ist. Ergänzend sei angemerkt, dass die Energiekartellbehörde anlässlich ihrer Freistellungsentscheidung vom 31.8.2014 ausweislich ihrer Ausführungen auf Seite 2 des Bescheides unterstellt hat, dass die Entgeltbildung für die Wasserversorgung nicht öffentlich-rechtlich über Gebühren, sondern privatrechtlich über Preise ausgestaltet ist, was aus den oben dargelegten Gründen nicht der Fall ist.

13 Zwar bestimmen § 7 Abs. 1 Satz 1 und § 8 Abs. 2 Satz 1 EigVO, dass der Eigenbetrieb finanzwirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde zu verwalten und nachzuweisen ist und sämtliche Lieferungen, Leistungen und Kredite auch im Verhältnis zwischen dem Eigenbetrieb und der Gemeinde angemessen zu vergüten sind. Von daher mag es finanzwirtschaftlich geboten sein, dass der Eigenbetrieb, der die Wegeflächen seiner Trägergemeinde nutzt, deshalb für die Zurverfügungstellung der Straßen- und Wegegrundstücke an die Gemeinde ein Entgelt zu entrichten und als Aufwand zu verbuchen hat.

14 Hieraus folgt aber nicht, dass dieser Aufwand auch zu gebührenfähigen Kosten führt. Bei der Kalkulation der Abwassergebühr darf nämlich nicht aus den Augen verloren werden, dass der Träger der Abwasserbeseitigungseinrichtung weiterhin die Gemeinde bleibt und dass zur Erhebung von Benutzungsgebühren gemäß § 1 Abs. 1 KAG allein die Gemeinde berechtigt ist. Maßgeblich für die Kalkulation der Gebühr ist deshalb nicht, was sich beim Eigenbetrieb der Gemeinde nach Maßgabe der dortigen Sondervorschriften als dortiger Aufwand, d.h. als Abstrom aus dem Reinvermögen des Unternehmens darstellt, sondern - allein - was bei der Gemeinde selbst durch den Betrieb der gebührenrechnenden Einrichtung als Summe von aufwandgleichen Grundkosten und Zusatzkosten anfällt. Hieraus wird bereits deutlich, dass sonderrechtsbedingte Verschiebungen, die sich auf Grund der im Einzelfall gewählten Organisation der Einrichtung ergeben, auf den Umfang der

gebührenfähigen Kosten und damit auf die Gebührenhöhe keinen Einfluss haben können.[4]

15 Auch der Hessische Verwaltungsgerichtshof hat in der bereits genannten neueren Entscheidung vom 11.12.2018 an seiner bisherigen Rechtsprechung[5] festgehalten, dass die Einstellung einer Konzessionsabgabe in die Wassergebührenkalkulation in der Konstellation, in der eine Gemeinde eine derartige Abgabe für die Nutzung des öffentlichen Wegenetzes durch ihren Eigenbetrieb von diesem erhebt, unzulässig ist, da es sich nicht um erforderliche Aufwendungen handelt. Danach führt die Einstellung der vom Eigenbetrieb erstatteten Konzessionsabgabe im Rahmen des Dienst- und Pachtentgelts als Kosten in die Gebührenkalkulation dazu, dass im Ergebnis der Gebührenzahler im Rahmen des Gebührenhaushalts den Betrag der Konzessionsabgabe finanziert und diese Entgelt in den allgemeinen Haushalt der Gemeinde einfließt. Damit schafft die Gemeinde letztlich selbst „Kosten", die der Gebührenzahler zu finanzieren hat und deren Ertrag ihr selbst zufließt. Dies entspricht nicht den gebührenrechtlichen Vorgaben, wonach nur diejenigen Kosten zu berücksichtigen sind, die bei wirtschaftlicher Betriebsführung zur Erstellung von Leistungen entstehen.[6] Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.

16 Eine andere Beurteilung ergibt sich entgegen der Annahme der Beklagten nicht aus der Kommentierung von Driehaus zu § 6 KAG. Soweit dort unter Rdnr. 201b ausgeführt ist, dass Konzessionsabgaben, die eine private Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Ausgabe zahlen muss, als Teil des Fremdleistungsentgelts in die Gebührenkalkulation einfließen können, sind Fallkonstellationen wie die in der - in der vorangegangenen Randnummer angeführten - Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Schleswig-Holstein vom 28.11.2001, in denen ein kommunaler Eigenbetrieb ohne eigene Rechtspersönlichkeit finanzwirtschaftlich ordnungsgemäß Entgelte für das Durchleitungsrecht von Kanälen durch Gemeindestraßen verbuchte, ausdrücklich („jenseits solcher Ausgründungen") ausgenommen. [7]

17 Ebenso wenig vermag der Einwand der Beklagten, dass die angeführten Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und Oberverwaltungsgerichts für das Land Schleswig-Holstein nicht einschlägig seien, weil sie sich zur hoheitlichen Tätigkeit der Abwasserversorgung verhielten, nicht zu überzeugen. Wie bereits ausgeführt, handelt die Gemeinde M. bei der Erhebung der Wassergebühren hoheitlich. Die Entscheidung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 11.12.2018 betrifft den Streit um Wassergebühren. Soweit Gegenstand der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Schleswig-Holstein vom 28.11.2001 ein Normenkontrollantrag gegen eine Abwassersatzung war, ist seitens der Beklagten nicht dargetan, weshalb die dortigen Ausführungen zum Kostenüberschreitungsverbot gemäß § 6 Abs. 1 Satz 3 KAG nicht für das vorliegende Verfahren von Bedeutung sein können.

18 Schließlich verfängt auch das Vorbringen der Beklagten nicht, dass die Konzessionsabgabe keine Auswirkung auf den streitgegenständlichen Fall habe, weil sie in der Gebührenkalkulation nicht berücksichtigt sei. Diese Behauptung ist gänzlich unverständlich, weil die Beklagte in der Klageerwiderung vom 6.12.2018 die Zulässigkeit der Einstellung der Konzessionsabgabe in die Gebührenkalkulation

verteidigt und damit der Sache nach ihre Berücksichtigung eingeräumt hat, die im Übrigen in der vorgelegten Gebührenkalkulation Sparte Wasser für den Zeitraum 2014 bis 2016 dokumentiert ist. Dementsprechend sind im Wirtschaftsplan der Gemeinde M. für das Jahr 2014 Einnahmen aus der Konzessionsabgabe in Höhe von 116.800, - € aufgeführt (Bl. 105, 106 GA).

19 Inwiefern die abschließende, in Widerspruch zu ihrem bisherigen Vorbringen stehende Behauptung der Beklagten, die Konzessionsabgabe sei in den Jahren 2015 und 2016 überhaupt nicht an die Gemeinde gezahlt worden, zur Rechtfertigung des Gebührensatzes geeignet sein soll, ist weder dargetan noch aus sich heraus verständlich.

20 2. Ebenso wenig ist der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache dargetan (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO). Abgesehen davon, dass eine klärungsbedürftige Rechts- oder Tatsachenfrage nicht ausformuliert und der geltend gemachte Zulassungsgrund daher schon in formaler Hinsicht nicht gegeben ist, lassen sich die in den Zulassungsgründen aufgeworfenen Fragen unschwer aus dem Gesetz oder auf der Grundlage der bereits ergangenen Rechtsprechung beantworten.[8] Der Durchführung eines Berufungsverfahrens bedarf es nicht.

21 Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist daher mit der Kostenfolge aus § 154 Abs. 1 VwGO zurückzuweisen.

22 Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf den §§ 63 Abs. 2, 47 Abs. 3 und Abs. 1, 52 Abs. 2 GKG.

23 Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar.

Fußnoten

1) OVG des Saarlandes, Urteil vom 25.5.2009 - 1 A 325/08 - Juris, Rdnr. 114

2) Hessischer VGH, Urteil vom 11.12.2018 - 5 A 1305/17 -, Juris, Rdnr. 31; vgl. hierzu auch BVerwG, Urteil vom 20.11.1990 - 1 C 30.89 -, Juris, Rdnr. 20, das im Zusammenhang mit Konzessionsabgaben von einem Entgelt für „gemeindliche(n) Leistungen an das Versorgungsunternehmen" spricht

3) OVG für das Land Schleswig-Holstein, Urteil vom 28.11.2001 - 2 K 6/99 -, Juris, Rdnr. 16

4) So überzeugend OVG für das Land Schleswig-Holstein, wie vor, Rdnr. 18

5) Hessischer VGH, Beschlüsse vom 6.7.2005 - 5 UZ 2618/04 -, Juris, und vom 19.9.2013 - 5 A 831/13.Z -

6) Hessischer VGH, wie vor, Rdnr. 31

7) Brüning in Driehaus, Kommunalabgabenrecht, Stand März 2020, § 6 KAG Rdnr. 201b, 201a

8) Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, m§ 124 Rdnr. 44