



Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz NRW - 40190 Düsseldorf

Präsidentin des Landtags Nordrhein-Westfalen  
Frau Carina Gödecke MdL  
Platz des Landtags 1  
40221 Düsseldorf



Johannes Remmel  
23.11.2015  
Seite 1 von 1

Aktenzeichen IV -8  
bei Antwort bitte angeben

Dr. Pawlowski  
Telefon: 0211 4566-385  
Telefax: 0211 4566-946  
sibylle.pawlowski@mkulnv.nrw.de

### Gesetz zur Änderung wasser- und wasserverbandsrechtlicher Vorschriften

hier: Gutachten zur Regelung der Übertragung der Pflicht zum Sammeln und Fortleiten des Abwassers einer Gemeinde auf einen sondergesetzlichen Wasserverband (Kanalnetzübernahme)

Sehr geehrte Frau Landtagspräsidentin, *Liebe Carina*

das Ministerium für Inneres und Kommunales und mein Haus haben im Zuge der Novellierung des Landeswassergesetzes zur Regelung der Übertragung der gemeindlichen Pflicht zum Sammeln und Fortleiten des Abwassers auf einen sondergesetzlichen Wasserverband das anliegende Gutachten erstellen lassen. Ich bitte Sie um Weiterleitung des Gutachtens an die Damen und Herren Abgeordneten des Landtags.

Mit freundlichen Grüßen

Johannes Remmel

Dienstgebäude und  
Lieferanschrift:  
Schwannstr. 3  
40476 Düsseldorf  
Telefon 0211 4566-0  
Telefax 0211 4566-388  
Infoservice 0211 4566-666  
poststelle@mkulnv.nrw.de  
www.umwelt.nrw.de

Öffentliche Verkehrsmittel:  
Rheinbahn Linien U78 und U79  
Haltestelle Kennedydamm oder  
Buslinie 721 (Flughafen) und 722  
(Messe) Haltestelle Frankenplatz





**Lorenz-von-Stein-  
Institut**

für Verwaltungswissenschaften

## **Rechtliche Begutachtung der Regelung zur Kanalnetzübernahme**

**Rechtsgutachten  
Vergabe-Nr. 15/108**

Erstattet

im Auftrag des

Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur und Ver-  
braucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen

Bearbeitet von

Univ.-Prof. Dr. Christoph Brüning

Kiel, den 22. September 2015

## Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung und Auftrag.....	3
B.	Kommunalabgabenrechtliche Folgen der Übertragung gemeindlicher Abwasserbeseitigungspflichten und der dazugehörigen Anlagen gemäß § 52 Abs. 2 LWG-E .....	6
I.	Rechtliche Ausgangsbedingungen.....	6
1.	Die abwasserrechtliche Ausgangslage.....	6
2.	Kommunalrechtliche Implikationen .....	7
3.	Einrichtungs- und Anlagenträgerschaft .....	8
II.	Das Recht zur Erhebung von Anschlussbeiträgen .....	10
1.	Zusammenhang von Aufgabe und Finanzierung.....	10
2.	Einrichtungsbetrieb ohne Abwasserbeseitigungslast?.....	14
3.	Funktion des gemeindlichen Abwasserbeseitigungskonzepts .....	15
4.	Fiktion der öffentlichen Einrichtung?.....	16
III.	Das Recht zur Erhebung von Benutzungsgebühren .....	18
1.	Erfordernis eines gemeindlichen Einrichtungsbetriebs .....	18
2.	Weder Fremdkosten noch Abwälzungsgebühr.....	19
IV.	Rechtsschutz und Rechtssicherheit.....	20
V.	Kalkulatorische und haushalterische Konsequenzen.....	22
1.	Verbot der Doppelfinanzierung .....	22
2.	Erlöse aus Abschreibungen und Zinsen .....	23
3.	Veräußerungsgewinne.....	25
C.	Zusammenfassung.....	27

## A. Einleitung und Auftrag

Der Koalitionsvertrag 2012 – 2017 von SPD und Bündnis 90/Die Grünen enthält den Auftrag, im Bereich der Abwasserentsorgung und Wasserversorgung die Möglichkeiten interkommunaler Kooperationen durch eine interkommunale Anstalt des öffentlichen Rechts zu erleichtern und Kooperationen zwischen Kommunen und Wasserwirtschaftsverbänden (Übertragung der Kanalnetze) zu verbessern.<sup>1</sup> Dem trägt der LWG-Entwurf (LWG-E) Rechnung, indem Gemeinden ihre Aufgaben des Betriebs und die Unterhaltung der Kanalisationsnetze an einen sondergesetzlichen Verband, in dem die Gemeinde Mitglied ist, übertragen können sollen.<sup>2</sup> Korrespondierend zu § 52 Abs. 2 LWG-E sind die Gesetze der sondergesetzlichen Wasserverbände zu ändern bzw. zu ergänzen. Erstaunlicherweise wird auf die Übertragungsmöglichkeit „kanalisationsnetzbezogener Aufgaben“ in der Begründung zum LWG-Entwurf unter „F Auswirkungen auf die kommunale Selbstverwaltung und die Finanzlage der Gemeinden und Gemeindeverbände“ nicht eingegangen.

Ausweislich der Einzelbegründung sollen mit der neuen Organisationsoption Synergieeffekte gehoben werden können und zugleich wegen der „hoheitlichen Aufgabendelegation“ keine vergaberechtlichen Folgen ausgelöst werden.<sup>3</sup> Übertragen werden kann nach § 52 Abs. 2 Satz 1 LWG-E die „Pflicht zum Sammeln und Fortleiten des Abwassers für das gesamte Gemeindegebiet“. Wirksam wird der Übergang nach Satz 7 mit der verbandsrechtlichen Genehmigung. Satz 8 bestimmt: „Die vom sondergesetzlichen Wasserverband übernommenen Abwasseranlagen gelten weiterhin als Einrichtungen der Gemeinde, deren Abwasserbeseitigungspflicht der Verband übernommen hat.“ Die Einzelbegründung sieht darin lediglich eine Klarstellung „aus Gründen der Rechtssicherheit“. Eine Entwidmung des Kanalisationsnetzes als gemeindliche Einrichtung gehe mit Übergang der Aufgabe für das Sammeln und Fortleiten des Abwassers nicht einher, da die Grundpflicht aus § 46 Abs. 1 Satz 1 LWG-E, insbesondere die Pflichten aus § 46 Abs. 1 Satz 1 (richtig wäre: Satz 2) Nr. 1 und 6 LWG-E, bei der Gemeinde verblieben und die in § 48 LWG-E statuierte

---

<sup>1</sup> Hierauf nimmt ausdrücklich der Gesetzentwurf der Landesregierung zur Änderung wasser- und wasserverbandsrechtlicher Vorschriften (Stand: 22.6.2015) unter „A Problem und Regelungsbedarf“ Bezug.

<sup>2</sup> Ebd. 1. unter „B Lösung“.

<sup>3</sup> Begründung zu § 52 Abs. 2 des Gesetzentwurfs der Landesregierung zur Änderung des Landeswassergesetzes (Stand: 22.6.2015).

Überlassungspflicht im Verhältnis von Anschlussnehmer und Gemeinde fortbestehe.<sup>4</sup>

Die in § 52 Abs. 2 LWG-E vorgesehene Option einer Übertragung der Aufgabe des Sammelns und Fortleitens des Abwassers und die damit – implizit – verbundene (Abwasser-)Kanalnetzübertragung haben beim für das KAG NW zuständigen Ministerium für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen (MIK) Bedenken aufkommen lassen, dass künftig Abwassergebühren und Kanalanschlussbeiträge nicht mehr rechtssicher erhoben werden können. Auch bestehen seitens des MIK Befürchtungen, dass die Möglichkeit einer Gemeinde, mittels der Abwassergebühren Erträge für den Kernhaushalt zu erwirtschaften, reduziert wird. Des Weiteren hat das MIK Zweifel, dass mit dem Erlös aus einer Kanalnetzübertragung in rechtlicher Hinsicht eine Verbesserung der Haushaltssituation bewirkt werden kann. Diese Fragen sollen ergebnisoffen einer gutachterlichen Bewertung unterzogen werden.

Im Einzelnen sind folgende Rechtsfragen zu begutachten:

1. Besteht im Lichte der Rechtsprechung des OVG NRW für die Gemeinde nach einer Übertragung des Kanalnetzes und der Übertragung der Aufgabe des Sammelns und Fortleitens des Abwassers auf einen spezialgesetzlichen Wasserverband (SWV) weiterhin die Befugnis, Kanalanschlussbeiträge zu erheben?
2. Ergeben sich bei einem evtl. Wegfall der gemeindlichen Befugnis Kanalanschlussbeiträge zu erheben und einer daraus möglicherweise resultierenden Absicht auf eine ausschließliche Gebührenerhebung (also ohne Erhebung von Kanalanschlussbeiträgen) umzustellen spezifische Problemstellungen, bzw. welche rechtlichen Rahmenbedingungen hat die Gemeinde bei einer solchen Umstellung ggf. zu beachten?
3. Besteht nach einem Gebrauchmachen von der Option des § 52 Abs. 2 LWG-E für die Gemeinden weiterhin Rechtssicherheit hinsichtlich der Möglichkeit, Abwassergebühren zu erheben?
4. Bestehen nach einer Kanalnetzübertragung der damit einhergehenden Aufgabenübertragung negative Auswirkungen auf die Möglichkeit, mittels der Abwassergebühren Erträge für den Kernhaushalt zu erwirtschaften?
5. Sind mit dem Erlös aus der Kanalnetzübertragung in rechtlicher Hinsicht positive oder negative Effekte für den Kernhaushalt der Gemeinde verbunden und ggf. welche?

---

<sup>4</sup> Begründung zu § 52 Abs. 2 des Gesetzentwurfs der Landesregierung zur Änderung des Landeswassergesetzes (Stand: 22.6.2015).

Nur angemerkt sei, dass in der Übertragung gemeindlicher Abwasserbeseitigungspflichten und der dazugehörigen Anlagen gemäß § 52 Abs. 2 LWG-E unter Umständen eine wettbewerbswidrige Umgehung des Vergaberechts erkannt werden kann. Inmitten dieses Problems steht die gesetzliche Fiktion des Fortbestandes einer öffentlichen Einrichtung der Gemeinde. Denn wenn die Aufgabendelegation gar nicht zur Folge hat, dass der übernehmende Verwaltungsträger vollumfänglich in die Wahrnehmung der Zuständigkeiten eintritt, sondern die entgeltliche Leistung intern gegenüber dem abgebenden Verwaltungsträger erbracht und von diesem im Außenverhältnis zum Benutzer abgerechnet wird, liegt faktisch eine dem Betreibermodell ähnliche Ausgestaltung vor. Das hätte die Vergabepflichtigkeit der Aufgaben- und Anlagenübernahme zur Konsequenz, auf die im Falle der Beteiligung Privater am SWV auch keine Ausnahme für Instate- oder Inhouse-Geschäfte anwendbar wäre.

## **B. Kommunalabgabenrechtliche Folgen der Übertragung gemeindlicher Abwasserbeseitigungspflichten und der dazugehörigen Anlagen gemäß § 52 Abs. 2 LWG-E**

In § 52 Abs. 2 LWG-E ist – mit einer Ausnahme – „nur“ vom „Übergang der Pflicht zum Sammeln und Fortleiten des Abwassers“ die Rede. Ungeachtet der Frage, wie diese Delegation einer Aufgabe rechtstechnisch umgesetzt werden soll, lässt das Gesetz unbeantwortet, was mit den für die Aufgabenerfüllung erforderlichen gemeindlichen Anlagen geschieht. Lediglich in § 52 Abs. 2 Satz 8 LWG-E werden „die vom sondergesetzlichen Wasserverband übernommenen Abwasseranlagen“ erwähnt und damit implizit eine Übertragung der Ortskanalisation auf den Wasserverband unterstellt.

### **I. Rechtliche Ausgangsbedingungen**

#### **1. Die abwasserrechtliche Ausgangslage**

Nach § 54 Abs. 2 WHG umfasst die Abwasserbeseitigung das Sammeln, Fortleiten, Behandeln, Einleiten, Versickern, Verregnen und Verrieseln von Abwasser sowie das Entwässern von Klärschlamm in Zusammenhang mit der Abwasserbeseitigung. Zur Abwasserbeseitigung gehört zudem die Beseitigung des in Kleinkläranlagen anfallenden Schlamms. Indem § 54 Abs. 2 WHG die Abwasserbeseitigungspflicht als Bündel verschiedener Rechtspflichten ausgestaltet, lässt sich folgern, dass sie nicht nur eine einzige einheitliche Verpflichtung umfasst, sondern verschiedene juristisch ebenso wie technisch trennbare (Teil-)Pflichten. Damit korrespondiert die Möglichkeit, verschiedene Rechtsträger für die unterschiedlichen Teilpflichten der Entsorgung für zuständig und verantwortlich zu erklären.<sup>5</sup> Folgerichtig können Aufgaben der Abwasserbeseitigung im Bereich der zentralen wie der dezentralen Abwasserbeseitigung auf mehrere Aufgabenträger aufgeteilt werden.

§ 46 Abs. 1 LWG-E konkretisiert „Pflicht und Umfang der gemeindlichen Abwasserbeseitigung“. Die Übertragungsmöglichkeit des § 52 Abs. 2 Satz 1 LWG-E knüpft hieran an, nimmt aber nur die Teilpflicht des § 46 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 LWG-E („das Sammeln und das Fortleiten von Abwasser“) auf. Damit bleibt ungeklärt, wie eine Gemeinde, die nicht mehr über diese Teilzuständigkeit

---

<sup>5</sup> *Brüning*, Der Private bei der Erledigung kommunaler Aufgaben, insbesondere der Abwasserbeseitigung und der Wasserversorgung, 1997, S. 43.

verfügt, § 46 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 LWG-E („Behandlung und Einleitung des nach Nummer 2 übernommenen Abwassers“) erfüllen können soll. Wenn und soweit diesbezüglich ohnehin die Zuständigkeit eines Abwasserverbandes gemäß § 53 LWG-E besteht, verfügt eine Gemeinde nach der Übertragung gemäß § 52 Abs. 2 LWG-E über keine „operative“ Abwasserbeseitigungspflicht mehr – ggf. vorbehaltlich der mit der Klärschlammverwertung oder -beseitigung zusammenhängenden Tätigkeiten.

Notwendige Voraussetzung für die Erfüllung der Abwasserbeseitigungspflicht ist, die entsprechenden Anlagen gemäß den einschlägigen wasserrechtlichen Vorgaben zu betreiben und ggf. zu errichten, zu erweitern und nachzurüsten.<sup>6</sup> Diese Abwasserbeseitigungslast ist grundsätzlich den Gemeinden übertragen und bildet die Kehrseite ihrer Abwasserbeseitigungspflicht. Sie geht mit deren Delegation auf den neuen Pflichtigen über. Insoweit konsequent sagt § 52 Abs. 2 Satz 8 LWG-E aus, dass die Anlagen zur Ortsentwässerung vom nunmehr zuständigen Wasserverband übernommen worden sind.

## 2. Kommunalrechtliche Implikationen

Das gegenständliche Mittel der kommunalen Aufgabenwahrnehmung ist die öffentliche Einrichtung.<sup>7</sup> Entscheidend für die Einordnung als öffentliche Einrichtung ist verallgemeinernd, dass die Gemeinde einen besonderen Sachinbegriff im öffentlichen Interesse unterhält und durch Widmung, welche an keine bestimmten Förmlichkeiten gebunden ist und damit auch konkludent erfolgen kann, der zweckentsprechenden Benutzung durch die Einwohner zugänglich macht. Daran anknüpfend hat die Rechtsprechung die öffentliche Einrichtung als „eine Zusammenfassung personeller Kräfte und sachlicher Mittel in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung zur dauernden Wahrnehmung bestimmter Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ charakterisiert.<sup>8</sup>

Zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Abwasserbeseitigungspflicht durch eine öffentliche Einrichtung ist kommunales Satzungsrecht unerlässlich, und zwar zur Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs und zur Ausgestaltung des Anschluss- und Benutzungsverhältnisses sowie ferner ggf. zur Erhebung von Beiträgen und Gebühren, weil für beides ein Satzungszwang gilt (vgl. §§ 8, 9 GO NW, § 2 Abs. 1 Satz 1 KAG NW). Auf dieser Grundlage bestimmt § 54 Satz 1 LWG-E: „Die Erhebung von Benutzungsgebühren durch die Ge-

<sup>6</sup> Vgl. Gem. RdErl. des Innen- und Umweltministers, MinBl. NW 1989, S. 84.

<sup>7</sup> Instruktiv OVG Bautzen, B. v. 24.9.2004 – 5 BS 119/04 – m.w.N.

<sup>8</sup> OVG Münster, NVwZ-RR 1997, 652; OVG 31, 252 (255).

meinden erfolgt auf der Grundlage des Kommunalabgabengesetzes mit der Maßgabe, dass zu den ansatzfähigen Kosten alle Aufwendungen gehören, die den Gemeinden durch die Wahrnehmung ihrer Pflichten nach § 46 entstehen.“

Bezugspunkt derjenigen Maßnahmen, die eine Kommunalabgabepflicht auslösen können, ist die öffentliche Einrichtung (vgl. §§ 6 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 2 S. 1 KAG NW). Im Kommunalabgabengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen findet sich keine Definition der öffentlichen Einrichtung, weshalb auf das allgemeine Kommunalrecht zurückzugreifen ist: Die öffentliche Einrichtung im Sinne des Kommunalabgabengesetzes entspricht damit der öffentlichen Einrichtung im Sinne der §§ 8, 9 GO NW.<sup>9</sup> Einrichtungsbetrieb, Satzungsrecht und Abgabepflicht setzen eine kongruente gemeindliche Abwasserbeseitigungszuständigkeit voraus.

### **3. Einrichtungs- und Anlagenträgerschaft**

Auf die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse an den Anlagen kommt es für das Vorhandensein einer öffentlichen Einrichtung im kommunal(abgaben-)rechtlichen Sinn nicht an. Einzelne Anlagen können daher zulässigerweise auch von einem – materiell oder formell privaten – Dritten errichtet und betrieben werden. Voraussetzung ist, dass die Anlage dem öffentlichen Zweck gewidmet wird und sich die Gemeinde einen maßgebenden Einfluss auf den Betrieb der Anlage und ein allgemeines Benutzungsrecht zu annehmbaren Konditionen sichert.

#### ***a. Anlagen Dritter***

Es ist nicht notwendig, dass die Gemeinde die öffentliche Einrichtung in vollem Umfang selbst errichtet hat. Zu der Einrichtung können etwa auch solche Anlagenteile zählen, die von einem Zweck- oder Wasserverband hergestellt werden, wenn die Gemeinde als Mitglied des Verbandes sich dieser Anlagenteile zur Durchführung der Grundstücksentwässerung bedient. Zwei oder mehrere Gemeinden können einzelne Anlagenteile auch zur gemeinsamen Nutzung herstellen. Steht eine Abwasseranlage zwei Gemeinden zur Benutzung durch die jeweiligen Grundstückseigentümer zur Verfügung, kann es sich rechtlich auch dann um zwei verschiedene öffentliche Einrichtungen handeln,

<sup>9</sup> *Lichtenfeld*, in: Driehaus (Hrsg.), Kommunalabgabenrecht, Loseblatt-Kommentar Stand März 2015, § 4 Rn. 38.

wenn Teile der Anlage (z.B. eine Kläranlage) technisch einheitlich betrieben werden.

Soweit eine Abwasseranlage rechtlich zu den öffentlichen Einrichtungen von zwei oder mehr Gemeinden gehört, muss jede Gemeinde sicherstellen, dass sie dauerhaft in der Lage ist, die Anlage wie eine eigene ihren Grundstückseigentümern zur Verfügung zu stellen. Andernfalls würde den Grundstückseigentümern kein sicherer und dauerhafter Vorteil geboten. Für die Gemeinde bedeutet das, dass sie sich einen maßgebenden Einfluss auf den Betrieb der Anlage und ein allgemeines Benutzungsrecht (z.B. eine Abnahmepflicht des Anlageneigentümers hinsichtlich des kommunalen Abwassers über einen längeren Zeitraum) zu annehmbaren Konditionen zu sichern hat.<sup>10</sup>

### *b. Betreiber- und Betriebsführermodelle*

Im Betreibermodell übernimmt ein beauftragter Dritter vorhandenes Vermögen und tätigt Neuinvestitionen selbst. Im Betriebsführermodell verbleibt das Altvermögen bei der Gemeinde und wird dem beauftragten Dritten zur Verfügung gestellt; Neuinvestitionen erfolgen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung des Dritten. Üblicherweise erwirbt der Dritte in beiden Modellen zumindest das sog. wirtschaftliche Eigentum an den von ihm hergestellten Anlagen. Sowohl für die Bilanzierung dieser Vermögensgegenstände beim Betreiber bzw. Betriebsführer als auch für deren Eigenschaft als Bestandteil der öffentlichen Einrichtung kommt es nicht auf zivilrechtliches Eigentum an.

Diese Konstruktion der Erfüllungs- bzw. Verwaltungshilfe ist für die kommunale Abwasserbeseitigung in § 56 Satz 3 WHG ausdrücklich vorgesehen. Rechtlich erbringt die privatrechtlich verfasste Unternehmung ihre Leistungen auf der Grundlage eines Geschäftsbesorgungsvertrages mit der unverändert aufgabenpflichtigen Gemeinde. Unmittelbare Leistungsbeziehungen zwischen dem Dritten und den Anschlussnehmern bzw. Benutzern werden nicht begründet. Im Verhältnis zu den Grundstückseigentümern handelt es sich weiterhin um Leistungen der Gemeinde, wenn sie insoweit die Einrichtungsträgerschaft behalten hat.

Zu diesem Zweck sind gesellschaftsrechtliche und/oder schuldvertragliche Ingerenzbefugnisse der Gemeinde zu schaffen, die einerseits die fortbestehende Aufgabenverantwortung der Gemeinde absichern und andererseits die öffentliche Zweckbestimmung der Einrichtung auch bei neu hergestellten, erweiter-

---

<sup>10</sup> Vgl. VGH Mannheim, VBIBW 1982, 302 f.; OVG Schleswig, NVwZ-RR 1997, 47 (48).

ten und erneuerten Anlagenteilen, Bauwerken und Gegenständen gewährleistet.<sup>11</sup> Zivilrechtliches Eigentum an den Anlagen muss die Gemeinde dafür weder behalten noch erwerben. Allerdings bedarf die Widmung zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Fremdeigentümers. Hinzu kommen muss die jederzeitige Einwirkungsmöglichkeit durch Erlass von Weisungen an den Dritten und dessen Kontrolle durch die Gemeinde.

Neben gesellschaftsrechtliche Einflusskanäle treten schuldvertragliche Möglichkeiten, sich hinreichende Weisungs- und Überwachungsrechte auszubedingen, mit denen die Umsetzung aller rechtlichen und weiteren von der Gemeinde als zweckmäßig angesehenen Vorgaben gewährleistet wird. Regelmäßig wird insoweit eine repressive Aufsicht mittels Weisungen ausreichen; eine weitgehende präventive Aufsicht konterkarierte den Zweck der Einschaltung eines Betriebsführers bzw. Betreibers nachhaltig.<sup>12</sup> Im Übrigen spricht für die Zulässigkeit dieser Konstruktion, dass anderenfalls Anlagen im Eigentum einer anderen Körperschaft (einer Gemeinde, eines Zweckverbandes oder eines Wasser- und Bodenverbandes) von vornherein als Bestandteile einer öffentlichen Einrichtung eines Dritten ausschieden, weil es insoweit immer an der durchgreifenden gesellschafts- bzw. kooperationsrechtlichen Einflussnahmemöglichkeit fehlt.

## II. Das Recht zur Erhebung von Anschlussbeiträgen

Anschlussbeiträge dienen gemäß § 8 Abs. 2 KAG NW dem Ersatz des Aufwandes für bestimmte, im Einzelnen aufgezählte Maßnahmen, welche die „öffentlichen Einrichtungen und Anlagen im Sinne von § 4 Abs. 2“ zum Gegenstand haben. Sie werden als Gegenleistung dafür erhoben, dass die Gemeinde den Grundstückseigentümern die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Einrichtung verschafft und ihnen dadurch wirtschaftliche Vorteile bietet.

### 1. Zusammenhang von Aufgabe und Finanzierung

Für Beiträge – und Gebühren – sind die Ertrags- und Verwaltungskompetenz verfassungsfest grundsätzlich demjenigen zugewiesen, der dem Pflichtigen den Vorteil verschafft; er darf dann auch die Gegenleistung vereinnahmen und einen entsprechenden Abgabenbescheid erlassen.<sup>13</sup> Zur Erhebung von

<sup>11</sup> Ausführlich *Brüning* (Fn. 5).

<sup>12</sup> *Schaffarzik*, SächsVBl. 2006, 225 (229 f.).

<sup>13</sup> BVerfGE 105, 185 (193).

Beiträgen berechtigt ist der Träger der öffentlichen Einrichtung, der damit seine Aufgabe der Abwasserbeseitigung aus § 46 LWG-E erfüllt. Wenn es an der Trägerschaft der Einrichtung fehlt, weil die Körperschaft die Aufgabe übertragen hat oder nicht wahrnimmt, scheidet eine Abgabenerhebung aus.<sup>14</sup>

### *a. Fremdleistungen*

Die Berechtigung zur Beitragserhebung steht und fällt bei einer Fremdträgerschaft der Anlagen und ihres Betriebs damit, ob insoweit gleichwohl noch von einer öffentlichen Einrichtung der Gemeinde gesprochen werden kann und ob *ihr* einrichtungsbezogener Aufwand entstanden ist. Der Pflichtige zahlt den Beitrag zur Finanzierung von Investitionen, die teilweise erst weit in der Zukunft ins Werk gesetzt werden, so dass gewährleistet sein muss, dass ihm die Möglichkeit der Nutzung der Anlagen dauerhaft eröffnet ist. Das setzt zwingend einen Einrichtungsbetrieb unter gemeindlicher Verantwortung voraus.<sup>15</sup> Die eine Beitragspflicht auslösenden Maßnahmen sind die Herstellung, Anschaffung und der Erweiterung der Einrichtung der Körperschaft; Investitionen in fremde Einrichtungen können Beitragsansprüche der Gemeinde nicht rechtfertigen.

Wenn der Anlagenbetrieb eine öffentliche Einrichtung ist und bleibt, das heißt auch die vom Dritten neu errichteten und erneuerten Anlagen(teile) der Widmung unterfallen, kann grundsätzlich der entsprechende Investitionsaufwand durch Anschlussbeiträge refinanziert werden.<sup>16</sup> Der Aufwand im Sinne des § 8 KAG NW umfasst alle Ausgaben, Sach- und Dienstleistungen des Einrichtungsträgers zur plangemäßen Durchführung der beitragsfähigen Maßnahmen.<sup>17</sup> Anders als das nordrhein-westfälische Recht bestimmt § 8 Abs. 3 S. 3 KAG SH insoweit klarstellend, dass zum Aufwand auch die Kosten, „die der abgabeberechtigten Körperschaft dadurch entstehen, dass sie sich eines Dritten bedient“, gehören.

Gemeint sind damit die für die Durchführung der beitragsfähigen Maßnahmen anfallenden Entgelte, die auf vertraglicher Grundlage für die erforderlichen Arbeiten, Leistungen und Lieferungen von Bauunternehmern, Architekten- und Ingenieurbüros, Lieferanten von Maschinen, Ausrüstungs- und Einrich-

<sup>14</sup> *Lichtenfeld*, in: Driehaus (Fn. 9), § 4 Rn. 49.

<sup>15</sup> *Schaffarzik*, SächsVBl. 2006, 225 (229).

<sup>16</sup> *Habermann*, in: Habermann/Arndt, KAG SH, Loseblatt-Kommentar Stand November 2014, § 8 Rn. 419, unter Bezug auf OVG Schleswig, Die Gemeinde SH 1998, 304.

<sup>17</sup> So *Thiem/Böttcher*, KAG SH, Loseblatt-Kommentar Stand August 2014, § 8 Rn. 887.

tungsgegenständen gefordert werden.<sup>18</sup> Einen Dritten kann die Gemeinde darüber hinaus in der Weise einschalten, dass sie diesen vertraglich verpflichtet, die für die Erfüllung der Aufgabe notwendigen Anlagenteile auf Kosten der Körperschaft zu errichten oder Dienstleistungen auf ihre Rechnung zu erbringen. Ferner kann sich die Gemeinde an den Herstellungskosten von Anlagen beteiligen und sich ein dauerhaftes Benutzungsrecht vertraglich einräumen lassen.<sup>19</sup>

Die formale Stellung als Eigentümer der Anlagen ist nicht entscheidend. Vielmehr kommt es maßgeblich darauf an, dass die in fremdem Eigentum stehenden technischen Anlagen Teil der öffentlichen Einrichtung sind, das heißt vom Widmungszweck umfasst werden, und die Inanspruchnahmefähigkeit dauerhaft gesichert ist.<sup>20</sup> Dauerhaft gesichert ist der durch den Anschlussbeitrag abzugeltende Vorteil, wenn die Benutzung der gemeindefremden Anlagen bis zum Ablauf ihrer Nutzungsdauer gewährleistet ist. Erforderlich ist dazu die Vereinbarung eines zeitlich unbegrenzten und bei Beteiligung an den Investitionskosten privater Anlagen auch insolvenzfesten Nutzungsrechts ohne zusätzliche Kosten, das heißt ohne Kosten, die der Gemeinde als Eigentümer der Anlagen auch nicht entstünden.<sup>21</sup>

### ***b. Herstellungsaufwand der Gemeinde***

Verpflichtet sich ein Dritter, der Einrichtung dienende Anlagenteile auf eigene Kosten zu erstellen, ist zu fraglich, ob die Gemeinde hierfür Beiträge von den bevorteilten Grundstückseigentümern erheben kann. Denn jedenfalls zunächst fällt der Herstellungsaufwand beim Fremddienstleister an. Erfolgt die Übernahme der diesbezüglichen Kosten durch die Gemeinde über die schuldvertraglich vereinbarte Vergütung als periodischer Gegenleistung für die gesamten Vertragsleistungen, nämlich die Durchführung der Abwasserbeseitigung, liegt nahe, darin insgesamt ein typischerweise über Benutzungsgebühren zu refinanzierendes Fremdleistungsentgelt zu sehen.<sup>22</sup> Der Herstellungsaufwand ist darin zwar enthalten, aber nur ein Rechnungsposten des Gesamtentgelts für die dienst- und werkvertragsähnliche Leistung.

Soweit sich der reine Herstellungs- oder Anschaffungsaufwand identifizieren lässt, das heißt: im Entgelt gesondert ausgewiesen wird, kann zwar erwogen

<sup>18</sup> Thiem/Böttcher (Fn. 17), § 8 Rn. 888.

<sup>19</sup> So die Beispiele von Habermann, in: Habermann/Arndt (Fn. 16), § 8 Rn. 419.

<sup>20</sup> Habermann, in: Habermann/Arndt (Fn. 16), § 8 Rn. 421.

<sup>21</sup> Habermann, in: Habermann/Arndt (Fn. 16), § 8 Rn. 421.

<sup>22</sup> So OVG Münster, B. v. 30.6.2008 – 15 A 699/06 –.

werden, darin beitragsfähigen Aufwand des Einrichtungsträgers zu erkennen.<sup>23</sup> Es macht insoweit nur einen graduellen Unterschied, ob die Bau-, Dienst- und Lieferleistungen je für sich vertraglich eingekauft und bezahlt werden oder ob ein Projekt bzw. eine Aufgabenerledigung im Ganzen vergeben und erworben wird. Ausschlaggebend muss die einrichtungsbezogene Veranlassung durch die grundsätzlich zur Beitragserhebung berechnete Körperschaft sein. Wenn die über das Entgelt geltend gemachten Investitionskosten prinzipiell nicht beitragsfähig wären, müsste dasselbe auch für die Beträge gelten, die der Einrichtungsträger für die Mitbenutzung von Anlagen einer anderen Körperschaft, einer Gemeinde, eines Zweckverbandes oder eines Wasser- und Bodenverbandes als Beteiligungsanteil oder als einmalige Umlage leisten muss. Die Beitragsfähigkeit dieses Aufwandes hat die Rechtsprechung indes akzeptiert.<sup>24</sup>

Maßgeblich ist allerdings, ob und in welchem Umfang die die Beitragshöhe bestimmenden Herstellungsentscheidungen von der Gemeinde und nicht von dem Dritten getroffen werden. Schon die vertraglich begründete Entscheidungsfreiheit des Betreibers hinsichtlich der Investitionsmaßnahmen steht der Annahme beitragsfähigen Aufwands entgegen, weil „mit dem Beitrag (...) aufwändige Gemeindetätigkeit, nicht bloß Aufwand als solcher finanziert (wird)“.<sup>25</sup> Deshalb müssen „die die Beitragshöhe bestimmenden Herstellungsentscheidungen auch von der Gemeinde und nicht von einem privaten Dritten getroffen werden. Die Gemeinde muss im Hinblick auf die beitragsfinanzierte Tätigkeit ‚das Heft in der Hand‘ haben“.<sup>26</sup> Verlangt wird „eine gemeindliche Beherrschung der Herstellungstätigkeit durch den Entsorgungsvertrag“.<sup>27</sup> Dem genügt die Übertragung der eigenverantwortlichen Erfüllung der gemeindlichen Abwasserbeseitigungspflicht nicht. Die vertragliche Verpflichtung des Betriebsführers, dabei die gesetzlichen Grenzen der Abwasserbeseitigungspflicht einzuhalten, reicht nicht aus.<sup>28</sup>

Um Anschlussbeiträge erheben zu können, muss die Gemeinde also die Verantwortung für die öffentliche Einrichtung innehaben und behalten.<sup>29</sup> Hierzu rechnen das Recht zur jederzeitigen Einwirkung auf das Handeln des Dritten,

<sup>23</sup> I.d.S. VG Düsseldorf, U. v. 7.12.2005 – 5 K 3749/02 – als Vorinstanz zum nachfolgend dargestellten (Kostenfestsetzungs-)Beschluss des OVG Münster.

<sup>24</sup> Siehe VGH Kassel, KStZ 1990, 78 f.; OVG Lüneburg, Die Gemeinde SH, 1991, 28 f. und 29 f.

<sup>25</sup> OVG Münster, B. v. 30.6.2008 – 15 A 699/06 –.

<sup>26</sup> OVG Münster, B. v. 30.6.2008 – 15 A 699/06 –.

<sup>27</sup> OVG Münster, B. v. 30.6.2008 – 15 A 699/06 –.

<sup>28</sup> So OVG Münster, B. v. 30.6.2008 – 15 A 699/06 –.

<sup>29</sup> OVG Bautzen, B. v. 24.9.2004 – 5 BS 119/04 –.

um die gemeindlichen Vorstellungen durchsetzen zu können. Instrumente zur Sicherstellung des Einflusses auf den Einrichtungsbetrieb sind einerseits Weisungsrechte und andererseits Kontrollmechanismen, deren ausdrückliche Regelung im Geschäftsbesorgungsvertrag erfolgen muss. Die Schaffung der für die Beitragserhebung vorausgesetzten Vorteilslagen für die Grundstücke verlangt zudem vertragliche Bestimmungen darüber, dass die Anschlussrechte der Grundstückseigentümer in demselben Maße gewährleistet werden, als wenn die Gemeinde die Anlagen selbst betreibt und führt. Sie muss in der Lage sein, den Anschluss- und Benutzungszwang beim Dritten durchzusetzen.

## 2. Einrichtungsbetrieb ohne Abwasserbeseitigungslast?

Während in Privatisierungsmodellen die gemeindliche Abwasserbeseitigungspflicht, die einen Anlagenbetrieb erfordert, fortbesteht, fehlt es im Regelungszusammenhang des § 52 Abs. 2 LWG-E daran. Merkmal der neu eröffneten Organisationsvariante ist gerade die Übertragung der Teilpflicht des § 46 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 LWG-E auf einen SWV, der regelmäßig ohnehin schon über die Teilzuständigkeit des § 46 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 LWG-E verfügt. In gegenständlicher Hinsicht unterstellt § 52 Abs. 2 Satz 8 LWG-E deshalb, dass die Anlagen zur Ortsentwässerung vom nunmehr zuständigen Wasserverband übernommen worden sind. Von daher ist eine Steuerung und Kontrolle des SWV aus der Sicht der ursprünglich abwasserbeseitigungspflichtigen Gemeinde nicht nur nicht mehr notwendig; sie wäre mangels eigener Zuständigkeit auch rechtswidrig. Insoweit macht das LWG-E hierfür zu Recht keine Vorgaben.

Da eine öffentliche Einrichtung Mittel zum Zweck kommunaler Aufgabenerfüllung ist, entfällt mit der Zuständigkeit die „Erforderlichkeit“, von der § 8 Abs. 1 GO NW explizit spricht. Ebenso ist der Investitionsaufwand des Wasserverbandes unter keinem Gesichtspunkt der Gemeinde zuzurechnen; vielmehr verursacht der SWV diese Kosten in Erfüllung seiner eigenen Zuständigkeit. Zurechnungs- und Refinanzierungsfragen können hier deshalb gar nicht entstehen. Mit der Übertragung der Aufgabenpflicht geht ein Übergang der Trägerschaft für die Abwasserbeseitigungseinrichtung von der Gemeinde auf den Übernehmer einher.<sup>30</sup>

Da die kommunale Satzungsbefugnis als Element der Selbstverwaltungsgarantie im Rahmen der Verbandskompetenz besteht, ist die Gemeinde, die von der

<sup>30</sup> So OVG Bautzen, B. v. 24.9.2004 – 5 BS 119/04 – für den Fall einer materiellen Privatisierung der Wasserversorgung.

Möglichkeit des § 52 Abs. 2 LWG-E Gebrauch gemacht hat, gehindert, das Anschluss- und Benutzungsverhältnis durch Ortsrecht zu regeln. Die Vermittlung der Kanalanschlussmöglichkeit und der damit verbundenen grundstücksbezogenen Vorteile ist keine beitragsfähige Leistung der Gemeinde (mehr). Mangels eigener Leistung scheidet auch die Erhebung von Gegenleistungen in Form von Kommunalabgaben aus.<sup>31</sup>

### 3. Funktion des gemeindlichen Abwasserbeseitigungskonzepts

Auch im Falle der Kanalnetzübernahme durch einen SWV soll die Teilaufgabe der Abwasserbeseitigungspflicht aus § 46 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 LWG-E („die Aufstellung und Vorlage des Abwasserbeseitigungskonzepts nach Maßgabe des § 47“) unaufgebar bei der Gemeinde verbleiben. Rechtlich wird ihr damit Unmögliches abverlangt, weil sie eine Übersicht „über die Maßnahmen zur Erfüllung ihrer Pflichten nach § 46 Absatz 1, insbesondere die zeitliche Abfolge und die geschätzten Kosten der nach § 46 Absatz 1 Nummer 4 erforderlichen Maßnahmen“ vorlegen soll (§ 47 Abs. 1 Satz 1 LWG-E), ohne insoweit überhaupt noch Pflichten zu haben. Denn Kern des § 52 Abs. 2 LWG-E ist ja gerade der Übergang der anlagenbezogenen Abwasserbeseitigungspflicht des § 46 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 LWG-E. Tatsächlich dürfte die Konzepterstellung weitgehend vom Verband vorbereitet und verfasst werden, weil die Aufgaben- und Anlagenübertragung nur wirtschaftlich ist, wenn auf Seiten der Gemeinde damit ein Ressourcenabbau verbunden ist. Hingewiesen sei an dieser Stelle nur auf das Problem der faktischen Erstellung von Gebührenbescheiden durch private Betriebsführer und Betreiber.

Ungeachtet dessen darf das Abwasserbeseitigungskonzept nicht mit der Steuerung des *Einrichtungsbetriebs* verwechselt werden. Schon der Umstand, dass „das Abwasserbeseitigungskonzept (...) jeweils im Abstand von sechs Jahren erneut vorzulegen ist“ (§ 47 Abs. 1 Satz 2 LWG-E), belegt, dass es kein Instrument ist, um jederzeit das „Heft des Handelns in der Hand“ zu behalten, wie es für die Entstehung beitragsfähigen Aufwandes der Gemeinde aber verlangt wird. Die einschlägige Verwaltungsvorschrift über die Aufstellung von Abwasserbeseitigungskonzepten<sup>32</sup> macht deutlich, dass die „Mindestinhalte“ auf eine ordnungsgemäße Abwasserbeseitigung ausgerichtet sind. Auch soweit

<sup>31</sup> VGH Kassel, KStZ 1990, 78 f.: „Aufwand, der der Beklagten in Wahrnehmung ihrer Entwässerungsaufgabe entsteht“.

<sup>32</sup> RdErl. d. Ministeriums für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen v. 8. 8. 2008 – IV-7- 031 002 0101 / IV-2-673/2-30369 –, MBl. NRW. S. 527.

darin Kosten zu schätzen sind, steht nicht die Ermittlung von Aufwand im beitragsrechtlichen Sinne in Rede. Schließlich fallen Planungs- und Kalkulationszeiträume auseinander.

Das Abwasserbeseitigungskonzept ist eine gemeindliche Planung, die insbesondere gegenüber der wasserwirtschaftlichen Aufsicht Relevanz entfaltet.<sup>33</sup> Deshalb muss der Abwasserverband der zuständigen Behörde ein Abwasserbeseitigungskonzept „zur Erfüllung seiner Pflichten nach § 46 Absatz 1“ vorlegen (§ 53 Abs. 3 Satz 1 LWG-E). Diese Vorschrift bestätigt die Sinnwidrigkeit eines Fortbestandes der gemeindlichen Planungszuständigkeit ohne Verantwortung für die dazugehörige Sachaufgabe. Die Wasserbehörde kann die Gemeinde gar nicht auf die Einhaltung des Abwasserbeseitigungskonzepts in Anspruch nehmen, weil die Gemeinde keine Rechtsmacht zur Verwirklichung des Konzepts (mehr) hat. Richtigerweise müsste daher die Konzeptaufstellung mit der Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht samt Anlagen auch auf den Verband übergehen.

Dasselbe gilt übrigens für die Bestimmung des § 52 Abs. 2 Satz 8 LWG-E, wonach die Überlassungspflicht der Grundstückseigentümer gegenüber der Gemeinde fortbesteht, obwohl diese über keinerlei Anlagen mehr verfügt, mit denen Abwasser rein tatsächlich entgegen genommen werden kann.

#### **4. Fiktion der öffentlichen Einrichtung?**

Als „Reparaturmaßnahme“ fingiert § 52 Abs. 2 Satz 8 LWG-E die Verbandsanlagen „weiterhin als Einrichtungen der Gemeinde“. Damit will der Gesetzgeber verhindern, dass die wegen § 1 Abs. 1 KAG NW nicht anschlussbeitragsberechtigten – und vielleicht mit Blick auf den Verwaltungsaufwand auch nicht -willigen – SWV mit der Aufgaben- auch die Einrichtungsträgerschaft im Rechtssinne erhalten. Dieser gesetzliche Versuch ist untauglich, weil er zu kurz greift. Die Fiktion des Instruments der Zuständigkeitswahrnehmung, nämlich einer gemeindlichen Einrichtung, überbrückt nicht die infolge der Übertragung fehlende gemeindliche Aufgabenlast. Vielmehr refinanziert die gemeindliche Abgabenerhebung Kosten, auf deren Entstehung und Umfang sie keinerlei Einfluss hat und deren Grund nicht in ihrer Zuständigkeit liegt. Das Beitrags- und Gebührenrecht wird aufgrund seines Entgeltcharakters überwiegend als Annex derjenigen Sachmaterie angesehen, zu deren Finan-

---

<sup>33</sup> Vgl. OVG Münster, NWVBl. 2013, 377 ff.

zierung die Entgeltabgaben dienen.<sup>34</sup> Hier fehlt es jedoch an einer Abwasserbeseitigungsaufgabe der Gemeinde.

Gebühren und Beiträge dienen finanzwirtschaftlich dazu, einen bestimmten Sonderaufwand der Verwaltung, mit dem billigerweise nicht die Steuern zahlende Allgemeinheit belastet werden soll, auf diejenigen Personen, Wirtschaftseinheiten oder Gruppen abzuwälzen, denen der Aufwand zuzurechnen ist. Beiden Abgabenarten ist gemeinsam, dass sie die Einwohner einer Gemeinde oder Benutzer gemeindlicher Einrichtungen zu Entgelten zwingen, denen besondere Vorteile erwachsen (sog. spezielle Entgeltlichkeit). Hier vermittelt die Gemeinde indes keine Anschlussmöglichkeit an die Ortskanalisation, weil sie für den diesbezüglichen Widmungsakt zur öffentlichen Einrichtung und die beitragsfähigen Maßnahmen weder rechtlich zuständig noch dazu tatsächlich fähig ist, mit anderen Worten: die Gemeinde soll zur Beitragserhebung befugt sein, obwohl sie den Beitragstatbestand in keiner Weise in der Hand hat.

Umgekehrt erhalten die SWV unbeschränkte Möglichkeiten zum „Kostenmachen“, weil sie die als Einrichtung der Gemeinde fingierten Anlagen herstellen, anschaffen, erweitern und verbessern können, ohne Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinde und Kontrollrechten der Beitragsschuldner ausgesetzt zu sein. Eine Beschränkung des beitragsfähigen Aufwandes ergibt sich aus dem Grundsatz der Erforderlichkeit, welcher besagt, dass die Gemeinde nur die Aufwendungen ersetzt verlangen kann, welche sie in Ausübung sachgerechten Ermessens für erforderlich halten darf. Die Erforderlichkeit bezieht sich sowohl auf die Art als auch auf den Umfang der einzelnen Maßnahme. In der von § 52 Abs. 2 LWG-E geschaffenen Rechtslage läuft diese Prüfung leer.

So entsteht in Ausnutzung des § 52 Abs. 2 LWG-E ein Dreiecksverhältnis, das nicht „funktioniert“: Die Gemeinde ist nicht mehr derart abwasserbeseitigungspflichtig, dass sie eine öffentliche Einrichtung betreiben könnte, soll aber hierfür Kommunalabgaben erheben dürfen; der SWV ist zwar abwasserbeseitigungspflichtig und betreibt entsprechende Anlagen, darf aber keine Kommunalabgaben erheben, und der Grundstückseigentümer soll von der unzuständigen, aber berechtigten Gemeinde für Investitionsaufwand veranlagt werden, den der zuständige, aber nichtberechtigte SWV verursacht, ohne dass zwischen Gemeinde und Verband ein Rechtsverhältnis zum Einrichtungsbetrieb besteht.

---

<sup>34</sup> *Holtbrügge*, in: *Driehaus* (Fn. 9), § 1 Rn. 16.

### III. Das Recht zur Erhebung von Benutzungsgebühren

Der Beitrag ist die Gegenleistung für die Möglichkeit der Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen (Vorteil); Benutzungsgebühren sind demgegenüber Geldleistungen für die tatsächliche Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen (Nutzung). Da nach § 6 Abs. 2 Satz 1 KAG NW zu den gebührenfähigen Kosten die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten rechnen, ergibt sich die Möglichkeit, den Herstellungs- und Anschaffungsaufwand statt durch einen einmaligen Beitrag über Abschreibungen und Zinsen durch Benutzungsgebühren zu decken. Bei öffentlichen Einrichtungen, bei denen Investitionsbedarf und Kosten anfallen, greifen zur Finanzierung des ersteren mithin im Prinzip zwei verschiedene Abgabenarten ein. Zugleich bedeutet diese Wahlmöglichkeit des Einrichtungsträgers, dass in tatbestandlicher Hinsicht in beiden Fällen eine öffentliche Einrichtung der Gemeinde gegeben sein muss.

#### 1. Erfordernis eines gemeindlichen Einrichtungsbetriebs

Die auf der Grundlage des § 6 KAG NW zu erhebende Benutzungsgebühr ist die Gegenleistung für die Inanspruchnahme, das heißt Benutzung einer öffentlichen Einrichtung. Bezugsobjekt der Bestimmung des (erforderlichen und betriebsbedingten) gebührenfähigen Aufwandes ist die öffentliche Einrichtung. Die Körperschaft als Einrichtungsträger entscheidet über die Zweckbestimmung und sodann darüber, welche personellen und sachlichen Mittel, im Abwassergebührenrecht welche technischen Anlagen(teile), zur Erfüllung des Widmungszwecks zusammengefasst werden.<sup>35</sup> Die Körperschaft verfügt diesbezüglich über ein relativ weites Organisationsermessen.

Die Kosten bzw. der Aufwand des Leistungserbringers bilden die Bezugsgröße der Gebührenkalkulation. Maßgeblich kommt es daher darauf an, ob und in welcher Höhe Kosten des tatsächlichen Einrichtungsbetriebs ansatzfähig sind. § 6 Abs. 2 Satz 1 KAG NW erklärt „betriebswirtschaftliche Grundsätze“ als maßgeblich. Nach Entstehungsgeschichte, Systematik sowie Sinn und Zweck der Bestimmungen zu den Benutzungsgebühren ist hier von den verschiedenen in der Betriebswirtschaftslehre vertretenen Kostenbegriffen der sog. wertmäßige Kostenbegriff gemeint.<sup>36</sup> Danach kommt es auf den Wertverzehr

<sup>35</sup> Schulte/Wiesemann, in: Driehaus (Fn. 9), § 6 Rn. 69.

<sup>36</sup> Vgl. Wöhe, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 23. Aufl. 2008, S. 922 f.; zu Kosten im Gebührenrecht siehe Quaas, Kommunales Abgabenrecht, 1997, Rn. 65; Wilke, Gebührenrecht und Grundgesetz, 1973, S. 275 ff.

an Gütern und Dienstleistungen an, welcher durch die Leistungserbringung in einer Periode bedingt ist.<sup>37</sup> Um dem „Produzieren von Kosten“ und damit einer „überflüssigen“ und „übermäßigen“ Belastung der Abgabenschuldner vorzubeugen,<sup>38</sup> sind weitere, begrenzende Kriterien vonnöten. Hier greifen vor allem die gebührenrechtlichen Prinzipien der Erforderlichkeit, Betriebsbedingtheit und Periodengerechtigkeit ein.

Wie der Anschlussbeitrag setzt auch die Benutzungsgebühr eine öffentliche Einrichtung zur Wahrnehmung einer kommunalen Zuständigkeit voraus. Ohne Sachaufgabe scheidet eine diesbezügliche Gebührenerhebung aus.<sup>39</sup> Insoweit ist es unerheblich, ob sich die Gemeinde das Nutzungsrecht an benötigten Anlagen über laufende Entgelte oder einmalige Zuschüsse verschafft; entscheidend ist allein, ob sie dieses Zugriffs- und Letztentscheidungsrecht hat. Daran fehlt es nach Gebrauch der Aufgabenübertragungsoption des § 52 Abs. 2 LWG-E indes vollständig. Damit unterscheidet sich diese Konstruktion von derjenigen der Verwaltungshilfe im Sinne von § 56 Satz 3 WHG. Die Fiktion allein des Fortbestands einer gemeindlichen Einrichtung ohne die dazugehörigen Steuerbefugnisse zum Zwecke einer gemeindlichen Aufgabewahrnehmung vermag diese Lücke nicht zu füllen.

## 2. Weder Fremdkosten noch Abwälzungsgebühr

Angesichts der originären Abwasserbeseitigungspflicht der Verbände verursacht deren diesbezüglicher Anlagenbetrieb keine Fremdkosten der Gemeinde für ihren eigenen Einrichtungsbetrieb. § 7 Abs. 1 KAG NW sieht für die Gemeinden aber die Möglichkeit der Abwälzung der von ihnen zu zahlenden Verbandslasten in Form von Gebühren vor. Entweder die Gemeinde erhebt eine selbständige Abwälzungsgebühr oder sie bezieht die Verbandslasten in die einheitliche Abwassergebühr ein.

Mit der Übertragung der Ortskanalisation auf den Verband scheint zwar die Tatbestandsvariante der Inanspruchnahme von Einrichtungen und Anlagen des Verbandes erfüllt. Gleichwohl ist fraglich, ob der Anwendung der Norm nicht entgegensteht, dass die Gemeinde gar keine eigene Abwasserbeseitigungspflicht und -einrichtung mehr inne hat; sie fungiert nach Umsetzung des § 52 Abs. 2 LWG-E nur noch als „Gebühreneinzugszentrale“ des Verbandes.

<sup>37</sup> Ausführlich *Brüning*, in: Driehaus (Fn. 9), § 6 Rn. 45 ff.

<sup>38</sup> Exemplarisch OVG Schleswig, KStZ 1999, 135 (137); vgl. auch OVG Münster, KStZ 2001, 130; OVG Lüneburg, Mitt.NWStGB 2001, 76; OVG Schleswig, KStZ 2001, 53.

<sup>39</sup> OVG Münster, U. v. 21.2.1990 – 2 A 2476/86 –.

§ 7 KAG NW ergänzt die Gebührenerhebungsbefugnis der Gemeinden aus § 6 KAG NW für den Fall, dass sie für Teilleistungen der ihr obliegenden Abwasserbeseitigung Verbandsanlagen in Anspruch nimmt und hierfür Verbandsbeiträge und -umlagen zahlt. § 7 Abs. 2 KAG NW enthält insoweit Sonderregelungen für den Fall einer fingierten Einheit von kommunalen und verbandlichen Anlagen. Voraussetzung ist, dass innerhalb des Gemeindegebietes sowohl die Gemeinde als auch der Verband Entwässerungsanlagen betreiben, die technisch (leitungsmäßig) miteinander verbunden sind.

Mit der Übertragung der gemeindlichen Abwasserbeseitigungspflicht samt Ortskanalisation gemäß § 52 Abs. 2 LWG-E wird es regelmäßig bereits an den tatbestandlichen Voraussetzungen fehlen, so dass der Gemeinde die Wahl des § 7 Abs. 2 KAG NW verwehrt ist. Doch auch die Anwendung des § 7 Abs. 1 KAG NW im vorliegenden Zusammenhang stößt sich daran, dass das KAG NW den Wasserverbänden das Gebührenerhebungsrecht verweigert. Vor diesem Hintergrund erscheint es systemwidrig, die Verbandslasten nun eins zu eins als Benutzungsgebühr der Gemeinden erheben zu lassen. Diese Widersprüchlichkeit wird letztlich durch die Fiktion einer gemeindlichen Einrichtung in § 52 Abs. 2 Satz 8 LWG-E bestätigt.

#### **IV. Rechtsschutz und Rechtssicherheit**

Den Hauptanwendungsfall der Kontrolle von Abgabenregelungen bildet die Anfechtung konkreter Abgabenbescheide. Hier steht der Verwaltungsakt im Mittelpunkt, dessen Rechtswidrigkeit auf fehlerhafter Anwendung der Rechtsgrundlage beruhen kann. Hinzu kommt die Vorfrage, ob und inwieweit die Satzung selbst mit höherrangigem Recht vereinbar ist. Eine Satzungsregelung, die gegen geltendes Recht verstößt, ist nichtig und kann nicht Rechtsgrundlage für die Heranziehung der Abgabepflichtigen sein. Diese sog. Inzidentkontrolle nimmt das Verwaltungsgericht von Amts wegen vor. Dieselbe indirekte Kontrolle findet zudem bereits im Widerspruchsverfahren statt, wenn und soweit das Landesrecht das Vorverfahren nicht in Anwendung der Vorbehaltsklausel des § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO abgeschafft hat.<sup>40</sup>

<sup>40</sup> So temporär § 110 JustizG NRW: Absehen vom Vorverfahren nach § 110 Abs. 1 Satz 3 JustizG NRW für Abgabenbescheide auf der Grundlage des § 2 KAG, ggf. i.V.m. §§ 3, 4 StrReinG bei Erlass während des Zeitraums vom 1.11.2007 bis 31.12.2015; Wiedereinführung des Vorverfahrens gemäß § 110 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 JustizG NRW für Beitrags- und Gebührenbescheide, die ab dem 1.1.2016 erlassen werden, nicht aber für Verwaltungsakte im öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnis.

Gemäß § 86 Abs. 1 VwGO erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen und ist an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden. Ausgehend vom Grundsatz der Amtsermittlung fragt sich, ob und wie weit das Verwaltungsgericht selbständig auf Fehlersuche gehen muss, kann oder darf. Das BVerwG meint hierzu, dass eine gleichsam „ungefragte“ Fehlersuche nicht angezeigt sei.<sup>41</sup> Vielmehr habe das Verwaltungsgericht den Untersuchungsgrundsatz unter Berücksichtigung von Gewaltenteilung und Prozessökonomie sachgerecht zu handhaben. Leitend solle dabei stets das Rechtsschutzbegehren des Klägers sein.<sup>42</sup>

Ungeachtet aller dogmatischen Kritik an dieser Rechtsprechung<sup>43</sup> obliegt es danach dem Kläger, mit einem substantiierten Sachvortrag auf mögliche Mängel aufmerksam zu machen, etwa einen Kalkulationsfehler plausibel darzulegen. Wenn sich aus dem klägerischen Vorbringen und den beigezogenen Unterlagen keine Anhaltspunkte für die Fehlerhaftigkeit der Satzung ergeben, besteht für das Gericht kein Anlass, weiter aufzuklären, oder in den Worten des OVG Münster: „Die Untersuchungsmaxime ist keine prozessuale Hoffnung, das Gericht werde mit ihrer Hilfe schon die klagebegründenden Tatsachen finden.“<sup>44</sup>

Ohne weiteres kann ein Abgabenbescheid mit der Begründung angefochten werden, die zugrunde liegende Rechtsgrundlage sei ihrerseits rechtswidrig. Die Einwände, die abgabenerhebende Gemeinde sei nicht abwasserbeseitigungspflichtig, verfüge deshalb über keine öffentliche Einrichtung, die einen Vorteil vermittele oder eine Leistung erbringe, und dürfe daher weder Benutzungs- noch Gebührensatzung erlassen, liegen auf der Hand. Das Auseinanderfallen von Aufgabenträgerschaft und Abgabenerhebung ist rechtliches Neuland, das vom angerufenen Verwaltungsgericht beackert werden dürfte. Dasselbe gilt für das exzessive Verständnis der Abwälzungsgebühr nach § 7 Abs. 1 KAG NW.

Auch die Unmöglichkeit der Gemeinde, die Einhaltung der Prinzipien der Betriebsbedingtheit und Erforderlichkeit von Kosten zu gewährleisten und damit die Wirtschaftlichkeit des Einrichtungsbetriebs zu verantworten, ist evident. Denn während im Benutzungsgebührenrecht sowohl die Frage nach den in

<sup>41</sup> BVerwG, B. v. 11.1.2008 – 9 B 54/07 –.

<sup>42</sup> BVerwG, NVwZ 2002, 1123, 1125.

<sup>43</sup> Zur Zustimmung und Kritik dieses Urteils vgl. allgemein: *Aussprung*, NordÖR 2002, 500 ff.; *Birk/Pfuderer*, BWGZ 2002, 893 ff.; *Grünberg*, SächsVBl. 2002, 267 f.; *Oebbecke*, NVwZ 2003, 1313 ff.; *Ossenbühl*, JZ 2003, 96 f.; *Schmidt*, LKV 2003, 71 ff.; *Sendler*, DVBl. 2002, 1412 ff.; *Wiesemann*, NWVBl. 2002, 430 ff.

<sup>44</sup> OVG Münster, U. v. 13.04.2005 - 9 A 3120/03 - Rn. 77 (juris, Zitat in NWVBl. 2006, 17 ff. nicht abgedruckt).

der Kalkulation ansatzfähigen Fremdkosten als auch das Problem der Verhinderung unangemessener Kostenansätze seit jeher von Rechtsprechung und Literatur aufgearbeitet worden sind, versagen die einschlägigen Instrumente des Vergabe- und Preisrechts, der Wirtschaftlichkeits- und Kennzahlenvergleiche bei einer Aufgabenübertragung, wie sie § 52 Abs. 2 LWG-E vorsieht.

## V. Kalkulatorische und haushalterische Konsequenzen

Unterstellt, eine Beitragserhebung ist unzulässig, eine Gebührenerhebung aber weiterhin zulässig, sind die finanzwirtschaftlichen Konsequenzen einer Kanalnetzübernahme durch einen SWV für die Gemeinde aufzuzeigen.

### 1. Verbot der Doppelfinanzierung

Ob die Investitionskosten der Einrichtung über die laufenden Benutzungsgebühren abgedeckt werden oder hierfür ein Anschlussbeitrag erhoben wird, hat der Einrichtungsträger zu entscheiden.<sup>45</sup> Das Gesetz statuiert insoweit für die Auswahl der Abgabe keine Vor- oder Nachrangigkeit. Es ist daher grundsätzlich den Gemeinden überlassen, ob sie Investitionsaufwendungen für öffentliche Einrichtungen und Anlagen sofort und einmalig durch Beiträge oder sukzessive und laufend durch Benutzungsgebühren decken. Die Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Finanzierungsmethode wird jedoch durch den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG begrenzt.<sup>46</sup> In jedem Fall dürfen die Kosten nur einmal veranschlagt werden.

Zwar hat der Gesetzgeber es zumeist in das gemeindliche Ermessen gestellt, in welchem Umfang die Investitionskosten über Beiträge, Fremd- oder Eigenmittel finanziert werden. Allerdings verbietet sich bei der Umstellung des Finanzierungssystems eine Doppelbelastung der Abgabenschuldner. Wenn eine Gemeinde von einer Beitrags- und Gebührenfinanzierung auf eine ausschließliche Gebührenfinanzierung umstellen will, müssen daher unterschiedliche Gebührensätze festgesetzt werden, um Ungleichbehandlungen zu vermeiden.<sup>47</sup> Für Grundstückseigentümer, die bereits einen Anschlussbeitrag gezahlt haben, verbleibt es bei dem Gebührensatz, der unter Abzug des beitragsfinanzierten Kapitals berechnet worden ist. Die anderen Anschlussnehmer zahlen Gebühren nach einem höheren Gebührensatz, der ohne Berücksichtigung der

<sup>45</sup> VGH Mannheim, VBIBW 1983, 408 f.; VGH Kassel, NVwZ 1992, 807; OVG Münster, DVBl. 1981, 831 (833).

<sup>46</sup> BVerwG, NVwZ 1982, 622 (623).

<sup>47</sup> OVG Münster, DVBl. 1981, 831 (833 f.).

Anschlussbeiträge zu errechnen ist.<sup>48</sup> Alternativ zu einer differenzierten Gebührengestaltung kommt die Rückzahlung der erhobenen Kanalanschlussbeiträge in Betracht, um eine Gleichbehandlung der Anschlussnehmer und Nutzer zu gewährleisten.<sup>49</sup>

## 2. Erlöse aus Abschreibungen und Zinsen

Infolge der Übertragung der Anlagen auf einen SWV entsteht bei der verpflichteten Gemeinde weder Investitions- noch Unterhaltungsaufwand. Solange sie selbst das Anlagevermögen finanziert hat, fließt durch den Ansatz von Abschreibungen und kalkulatorischen Zinsen in der Gebührenkalkulation jährlich ein Teilbetrag des investierten Kapitals an die Gemeinde zurück. Mit diesem Rückflusskapital konnte der kommunale Träger der Einrichtung wiederum wirtschaften. Er konnte es mit Zins und Zinseszins am Kapitalmarkt anlegen, es zur Erfüllung anderer öffentlicher Aufgaben verwenden oder es wiederum in die gebührenfinanzierte Einrichtung stecken. Die mit dem Ansatz kalkulatorischer Kosten verbundenen Gestaltungsmöglichkeiten besitzt nun der Verband.

Die leistungsbedingte Abnutzung des Anlagevermögens wird als Wertverzehr über Abschreibungen erfasst. Das Anlagevermögen wird auf eine Zeitspanne verteilt und fließt so Jahr für Jahr in Teilbeträgen zurück. Dieses sog. Rückflusskapital steht dem Einrichtungsträger wieder zur Verfügung, bis eine Neuinvestition für den verbrauchten Vermögensgegenstand notwendig wird und das Kapital erneut für eine bestimmte Nutzungsdauer bindet. Das Anlagevermögen wird durch das Kapital (Eigen- und Fremdkapital) finanziert, das in der Bilanz auf der Passivseite aufgeführt wird. Diese Finanzierungskosten werden ebenfalls in die Gebührenkalkulation eingestellt. Das Entgelt für die Aufnahme von Fremdkapital sind die als Kapitalbeschaffungskosten zu zahlenden Zinsen. Für das Eigenkapital sind zwar keine Zinsen zu zahlen. Durch den Einsatz in der durch Gebühren finanzierten Einrichtung kann das Eigenkapital aber nicht mehr zur Erfüllung anderer Aufgaben genutzt werden. Im Sinne des wertmäßigen Kostenbegriffs ist es erforderlich, den Gebührenzahler auch für die Beschaffung von Eigenkapital ein Entgelt zahlen zu lassen, was wiederum durch Zinsen ausgedrückt wird. Der Ansatz von Eigenkapitalzinsen ist in § 6 Abs. 2 Satz 4 KAG NW ausdrücklich vorgesehen und als Ansatz sog. Opportunitäts-

<sup>48</sup> Vgl. *Grünwald*, Doppelbelastung bei Umstellung des Finanzierungssystems im Anschlussbeitrags- und Gebührenrecht, GemH 2003, 244; auch OVG Berlin-Brandenburg, LKV 2008, 377 (378).

<sup>49</sup> OVG Münster, GemHH 1982, 69; NWVBl. 1990, 99 (100).

kosten gerechtfertigt.<sup>50</sup> Fremd- und Eigenkapitalzinsen werden als kalkulatorische Zinsen bezeichnet, die unabhängig von den tatsächlich gezahlten Fremdkapitalzinsen als Kosten in der Gebührenkalkulation angesetzt werden können. Sie drücken ebenso wie die Abschreibungen einen Wertverzehr aus:

In ständiger Rechtsprechung vertritt das OVG Münster die Auffassung, dass eine Kombination von Abschreibungen nach dem Wiederbeschaffungszeitwert und kalkulatorischen Zinsen zum Nominalzins zulässig sein soll.<sup>51</sup> Abschreibungen nach dem Wiederbeschaffungszeitwert erfassen die Preissteigerung. Auch eine kalkulatorische Verzinsung zum Nominalzins bietet einen Ausgleich für die Preissteigerung. Diese doppelte Verrechnung der Preissteigerung verstößt zwar gegen betriebswirtschaftliche Grundsätze. Das OVG Münster hat dies mittlerweile auch erkannt, meint aber, das sei vom Gesetzgeber so gewollt. Das BVerwG hat die vielfach kritisierte Rechtsprechung des OVG Münster zur Kombination von Abschreibungen auf der Basis von Wiederbeschaffungszeitwerten mit einer Nominalverzinsung auf Anschaffungsrestwertbasis bundesrechtlich mittlerweile gebilligt.<sup>52</sup>

Die doppelte Berücksichtigung der Geldentwertungsrate fällt im Wesentlichen nur bei kapitalintensiven Einrichtungen ins Gewicht. Die vom BVerwG akzeptierte Kalkulationsmethode des OVG Münster hat zur Folge, dass sich der Betrieb der nichtwirtschaftlichen Einrichtung Abwasserbeseitigung (§ 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NW) als lukratives Geschäft erweist. Eine Investition in eine solche kapitalintensive Einrichtung führt zu Gewinnen, die über die Erträge hinausgehen, die bei einer Geldanlage auf dem Kapitalmarkt mit Zins und Zinseszins zu erwirtschaften wären. Ob dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht, der schließlich in § 6 Abs. 1 Satz 3 KAG NW ein Kostenüberdeckungsverbot normiert hat, darf bezweifelt werden.

Ungeachtet dessen wird das Anlagevermögen nach Übertragung des Kanalnetzes vom SWV betrieben, kalkuliert und bilanziert. Damit bestimmt er auch über die kalkulatorischen Kosten (Abschreibungen und Zinsen). Etwaige Abschreibungserlöse und Zinsgewinne kommen damit nicht mehr dem Gemeindehaushalt zugute.

---

<sup>50</sup> Zur Rechtfertigung von Eigenkapitalzinsen: BVerwG, KStZ 1984, 11.

<sup>51</sup> OVG Münster, NVwZ-RR 2000, 383 (384 ff.); dem folgend OVG Lüneburg, ZKF 2003, 153 f.

<sup>52</sup> BVerwG, B. v. 10. 5. 2006 – 10 B 56/05 –.

### 3. Veräußerungsgewinne

Ein entgeltlicher Erwerb kommunaler Anlagen durch einen Investor verschafft dem allgemeinen Haushalt liquide Mittel. Es findet ein Austausch der Vermögenswerte von Anlage- in Geldvermögen statt. Eine nicht sofort realisierte Entgeltforderung gegen eine private Betreibergesellschaft, an der die Kommune beteiligt ist, erhöht den Wert der kommunalen Anteile. Bei einer späteren Veräußerung der Gesellschaftsanteile kann dieser Wertzuwachs zugunsten des allgemeinen Haushalts in Geld umgesetzt werden.

Der Kaufpreis des Dritten orientiert sich regelmäßig an dem zugrunde gelegten Übertragungswert. Häufig wird als Übertragungswert der Sachzeitwert angenommen. Das ist der aktuelle Wiederbeschaffungswert abzüglich des Wertverlustes durch die Abnutzungen (Restwert vom Wiederbeschaffungswert). Für den privaten Investor ist die Zahlung eines Preises in Höhe des Sachzeitwertes bei dem Erwerb der Anlagen von der Kommune durchaus sinnvoll. Er müsste sich sonst die Anlagen anderweitig zu dem höheren Wiederbeschaffungswert (Neuwert) besorgen.

Der durch Gebühreneinzahlungen noch nicht gedeckte Investitionsaufwand der Kommune vor der Veräußerung entspricht dem Anschaffungsrestwert. Die Gemeinde hat seinerzeit für die Herstellung oder Beschaffung der Anlagen Mittel in Höhe des Anschaffungswerts aufgewandt. Durch den Ansatz von Kapitalkosten in der Gebührenkalkulation (Abschreibungen für die Abnutzung, kalkulatorische Zinsen für die Kosten der Geldbeschaffung) ist der kommunale Aufwand auf die Höhe des Anschaffungsrestwertes reduziert worden. Zusätzlich hat die Kommune Mittel für eine Wiederbeschaffung erhalten, wenn und soweit die Abschreibungen nicht vom Anschaffungs- bzw. Herstellungswert vorgenommen worden sind.

Eine Veräußerung der Anlagen zu dem regelmäßig über dem Anschaffungsrestwert liegendem Sachzeitwert führt zu einem Veräußerungsgewinn. Das OVG Münster hat rechtskräftig entschieden, dass der aufgrund eines Cross-Border-Leasing-Geschäfts vereinnahmte Barwertvorteil nicht gebührenmindernd berücksichtigt werden muss.<sup>53</sup> Dem ist das Hamburgische OVG gefolgt.<sup>54</sup> Ebenso wenig ist eine Veräußerung des Anlagevermögens zum Wiederbeschaffungszeitwert ohne gleichzeitige (teilweise) Einstellung des Erlöses in die Gebührenbedarfsberechnung gebührenrechtlich grundsätzlich zu beanstanden. Ein in die Gebührenkalkulation als Einnahme einzubeziehender Erlös

<sup>53</sup> OVG Münster, NWVBl. 2007, 110 f. Das BVerwG, B. v. 1. 3. 2007 – 10 B 12.07 –, hat die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen.

<sup>54</sup> OVG Hamburg, NordÖR 2011, 122 (124).

ist erst dann anzunehmen, wenn Anlagevermögen, das bereits vollständig abgeschrieben ist, aber noch einen Nutzungswert besitzt, der veräußernden Kommune Gewinne erbringt. Denn diese Gewinne stellen den Gegenwert für die entgangene (kostenlose) Nutzungsmöglichkeit der Anlagegüter für den Gebührenzahler dar.<sup>55</sup>

Dieser Veräußerungsgewinn wird letztlich durch den Gebührenzahler finanziert. Die sich am Übertragungswert (Sachzeitwert) orientierenden Kapitalkosten einer privaten Betreibergesellschaft – und wohl auch eines SWV – fließen nämlich in Gestalt von Abschreibungen und kalkulatorischen Zinsen in das Entgelt bzw. die Verbandslasten ein, das die Gemeinde wiederum in ihrer Gebührenkalkulation den Gebührenzahlern als Fremdkostenposition bzw. Abwälzgebühr anlastet. Bei der Berechnung des von der Gemeinde zu zahlenden Entgelts richten sich die Investoren nach dem Anschaffungswertmodell, das auch preisprüfungsrechtlich allein zulässig ist. Der Anschaffungswert, von dem der Investor Abschreibungen und Zinsen berechnet, ist indes der Übertragungswert in Gestalt des höheren Sachzeitwertes. Die Abschreibungen von diesem Wert für die Restnutzungszeit sind höher als die Abschreibungen der Gemeinde nach dem Anschaffungswert auf die volle Nutzungszeit. Das Gleiche gilt für die Zinsbasis. Eine Überfinanzierung derselben Anlagen durch die Gebührenzahler ist die Kehrseite der Geldvermehrung auf Seiten der Gemeinde.

---

<sup>55</sup> OVG Münster, NWVBl. 2008, 394 (396): „Eine (teilweise) Einstellung des Veräußerungserlöses in die Gebührenkalkulation als Einnahme ist auch im Übrigen rechtlich nicht geboten. Die Stadt hat hier mit dem Verkauf des Anlagevermögens keinen Erlös realisiert, der dem Gebührenzahler `zusteht`. Bei dem Anlagevermögen handelt es sich nicht um `Kapital` des Gebührenzahlers. Mit den in der Vergangenheit erbrachten Leistungen für Abschreibungen und kalkulatorische Zinsen hat der Gebührenzahler nur die Folgen des Umstandes ausgeglichen, dass das von der Stadt zuvor bzw. ursprünglich aus Mitteln des allgemeinen Haushalts bereitgestellte Anlagevermögen durch die Nutzung einem Werteverzehr unterlag. Er hat damit nicht gleichsam regelmäßig auch einen Anteil am Anlagevermögen erworben. Bei einer Veräußerung zum Restwert auf der Basis des Wiederbeschaffungszeitwertes realisiert die Stadt nur einen Erlös, der dem Wert des Anlagevermögens, soweit es aus Mitteln der Stadt stammt, aktuell noch entspricht. Deshalb ist es unerheblich, dass sie im Rahmen der Veräußerung (einmalig) einen Betrag erhält, den sie für eine Wiederbeschaffung von Anlagegütern nicht benötigt.“

### C. Zusammenfassung

1. Nach der Übertragung der Abwasserbeseitigungsaufgabe gemäß § 52 Abs. 2 LWG-E verfügt eine Gemeinde regelmäßig über keine „operative“ Abwasserbeseitigungspflicht mehr. Auch die dieser korrespondierende Abwasserbeseitigungslast geht auf den SWV über. Insoweit konsequent sagt § 52 Abs. 2 Satz 8 LWG-E aus, dass die Anlagen zur Ortsentwässerung vom nunmehr zuständigen Wasserverband übernommen worden sind.
2. Das gegenständliche Mittel kommunaler Aufgabenwahrnehmung ist die öffentliche Einrichtung. Zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Abwasserbeseitigungspflicht durch eine öffentliche Einrichtung ist kommunales Satzungsrecht unerlässlich, und zwar zur Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs und zur Ausgestaltung des Anschluss- und Benutzungsverhältnisses sowie ferner ggf. zur Erhebung von Beiträgen und Gebühren.
3. Auf die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse an den Anlagen kommt es für das Vorhandensein einer öffentlichen Einrichtung im kommunal(abgaben-) rechtlichen Sinn nicht an. Einzelne Anlagen können daher zulässigerweise auch von einem Dritten errichtet und betrieben werden. Voraussetzung ist, dass die Anlage dem öffentlichen Zweck gewidmet wird und sich die Gemeinde einen maßgebenden Einfluss auf den Betrieb der Anlage und ein allgemeines Benutzungsrecht zu annehmbaren Konditionen sichert.
4. Für Beiträge und Gebühren sind die Ertrags- und Verwaltungskompetenz demjenigen zugewiesen, der dem Abgabepflichtigen den Vorteil bzw. Gebrauch verschafft. Zur Erhebung von Beiträgen berechtigt ist der Träger der öffentlichen Einrichtung, der damit seine Aufgabe der Abwasserbeseitigung aus § 46 LWG-E erfüllt. Wenn es an der Trägerschaft der Einrichtung fehlt, weil die Körperschaft die Aufgabe übertragen hat oder nicht wahrnimmt, scheidet eine Abgabenerhebung aus.
5. Beitragsfähiger Aufwand sind auch Kosten, die dem Einrichtungsträger dadurch entstehen, dass er sich eines Dritten im Vertragswege bedient. Erstellt ein Dritter Anlagen(teile), kommt es maßgeblich darauf an, dass die in fremdem Eigentum stehenden technischen Anlagen Teil der öffentlichen Einrichtung sind. Zudem müssen „die die Beitragshöhe bestimmenden Herstellungsentscheidungen von der Gemeinde und nicht von

einem privaten Dritten getroffen werden. Die Gemeinde muss im Hinblick auf die beitragsfinanzierte Tätigkeit 'das Heft in der Hand' haben“.

6. **Mit der Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht nach § 52 Abs. 2 LWG-E geht ein Übergang der Trägerschaft der Abwasserbeseitigungseinrichtung von der Gemeinde auf den SWV einher. Der Investitionsaufwand des Verbandes ist nicht mehr der Gemeinde zuzurechnen; vielmehr verursacht der Verband Aufwand und Kosten in eigener Zuständigkeit. Eine öffentliche Einrichtung der Gemeinde ist zuständigkeitswidrig. Mangels gemeindlicher Leistung scheidet die Erhebung von Gegenleistungen in Form von Kanalanschlussbeiträgen aus.**
7. Zwar verbleibt die Teilaufgabe der Abwasserbeseitigungspflicht zur Aufstellung und Vorlage des Abwasserbeseitigungskonzepts bei der Gemeinde. Rechtlich wird ihr allerdings Unmögliches abverlangt, weil sie damit eine Übersicht über die zur Erfüllung ihrer Pflichten erforderlichen Maßnahmen vorlegen soll, ohne insoweit überhaupt noch Abwasserbeseitigungspflichten zu haben. Rein tatsächlich dürfte die Konzepterstellung weitgehend vom Verband vorbereitet und verfasst werden. Ungeachtet dessen ist das Abwasserbeseitigungskonzept seinem Zweck und Inhalt sowie der Laufzeit nach nicht geeignet, den Einrichtungsbetrieb hinsichtlich der Entstehung beitragsfähigen Aufwandes zu steuern.
8. Die „Reparaturmaßnahme“ des § 52 Abs. 2 Satz 8 LWG-E greift zu kurz. Die Fiktion einer gemeindlichen Einrichtung überbrückt nicht die infolge der Übertragung fehlende gemeindliche Aufgabenlast. Vielmehr refinanziert die gemeindliche Abgabenerhebung Kosten, auf deren Entstehung und Umfang sie keinerlei Einfluss hat und deren Grund nicht in ihrer Zuständigkeit liegt. Die Gemeinde ist zur Beitragserhebung befugt, obwohl sie die Entstehung des Aufwands in keiner Weise in der Hand hat.
9. Im Ergebnis entsteht in Ausnutzung des § 52 Abs. 2 LWG-E ein Dreiecksverhältnis, das nicht „funktioniert“: Die Gemeinde ist nicht mehr derart abwasserbeseitigungspflichtig, dass sie eine öffentliche Einrichtung betreiben könnte, soll aber hierfür Kommunalabgaben erheben dürfen; der SWV ist zwar abwasserbeseitigungspflichtig und betreibt entsprechende Anlagen, darf aber keine Kommunalabgaben erheben, und der Grundstückseigentümer soll von der unzuständigen, aber berechtigten Gemeinde für Investitionsaufwand veranlagt werden, den der zuständige, aber nichtberechtigte SWV verursacht, ohne dass zwischen Gemeinde und Verband ein Rechtsverhältnis zum Einrichtungsbetrieb besteht.

10. **Wie der Anschlussbeitrag setzt auch die Benutzungsgebühr eine öffentliche Einrichtung zur Wahrnehmung einer kommunalen Zuständigkeit voraus. Ohne Sachaufgabe scheidet eine diesbezügliche Gebührenerhebung aus. Insoweit ist es unerheblich, ob sich die Gemeinde das Nutzungsrecht an benötigten Anlagen über laufende Entgelte oder einmalige Zuschüsse verschafft; entscheidend ist allein, ob sie dieses Zugriffs- und Letztentscheidungsrecht hat. Daran fehlt es nach Gebrauch der Aufgabenübertragungsoption des § 52 Abs. 2 LWG-E indes vollständig. Die Fiktion allein des Fortbestands einer gemeindlichen Einrichtung ohne die dazugehörigen Steuerbefugnisse zum Zwecke einer gemeindlichen Aufgabenwahrnehmung vermag diese Lücke nicht zu füllen.**
11. Angesichts der originären Abwasserbeseitigungspflicht des SWV verursacht dessen diesbezüglicher Anlagenbetrieb keine Fremdkosten der Gemeinde für ihren eigenen Einrichtungsbetrieb. Im Hinblick auf die Erhebung einer Abwälggebühr nach § 7 Abs. 1 KAG NW scheint zwar die Tatbestandsvariante der Inanspruchnahme von Einrichtungen und Anlagen des Verbandes erfüllt. Gleichwohl ist fraglich, ob der Anwendung der Norm nicht entgegensteht, dass die Gemeinde gar keine eigene Abwasserbeseitigungspflicht und -einrichtung mehr inne hat; sie fungiert nach Umsetzung des § 52 Abs. 2 LWG-E nur nach als „Gebühreneinzugszentrale“ des Verbandes.
12. Die Anwendung des § 7 Abs. 1 KAG NW im vorliegenden Zusammenhang stößt sich ferner daran, dass das KAG NW den Wasserverbänden das Gebührenerhebungsrecht verweigert. Vor diesem Hintergrund erscheint es systemwidrig, die Verbandslasten nun eins zu eins als Benutzungsgebühr der Gemeinden erheben zu lassen. Diese Widersprüchlichkeit wird letztlich durch die Fiktion einer gemeindlichen Einrichtung in § 52 Abs. 2 Satz 8 LWG-E bestätigt.
13. **Ein Abgabenbescheid kann mit der Begründung angefochten werden, die zugrunde liegende Rechtsgrundlage sei ihrerseits rechtswidrig. Die hier relevanten Einwände, die abgabenerhebende Gemeinde sei nicht abwasserbeseitigungspflichtig, verfüge deshalb über keine öffentliche Einrichtung, die einen Vorteil vermittle oder eine Leistung erbringe, und dürfe daher weder Benutzungs- noch Gebührensatzung erlassen, liegen auf der Hand. Ohne weiteres dürfte ein Verwaltungsgericht auch das exzessive Verständnis der Abwälgungsgebühr nach § 7 Abs. 1 KAG NW aufgreifen. Schließlich ist die Unmöglichkeit der Gemeinde, die Einhaltung der Prinzipien der Betriebsbedingtheit und Erforderlichkeit von**

**Kosten zu gewährleisten und damit die Wirtschaftlichkeit des Einrichtungsbetriebs zu verantworten, evident.**

14. Ob die Investitionskosten der Einrichtung über die laufenden Benutzungsgebühren abgedeckt werden oder hierfür ein Anschlussbeitrag erhoben wird, hat der Einrichtungsträger zu entscheiden. Wenn eine Gemeinde von einer Beitrags- und Gebührenfinanzierung auf eine ausschließliche Gebührenfinanzierung umstellen will, müssen daher unterschiedliche Gebührensätze festgesetzt werden, um Ungleichbehandlungen zu vermeiden. Alternativ kommt die Rückzahlung der erhobenen Kanalanschlussbeiträge in Betracht, um eine Gleichbehandlung der Anschlussnehmer und Nutzer zu gewährleisten.
15. **Infolge der Übertragung der Anlagen auf einen SWV entsteht bei der verpflichteten Gemeinde weder Investitions- noch Unterhaltungsaufwand. Die mit dem Ansatz kalkulatorischer Kosten verbundenen Gestaltungsmöglichkeiten besitzt nun der Verband. Etwaige Abschreibungserlöse und Zinsgewinne kommen damit nicht mehr dem Gemeindehaushalt zugute.**
16. **Ein entgeltlicher Erwerb kommunaler Anlagen durch einen Investor verschafft dem allgemeinen Haushalt liquide Mittel. Eine Veräußerung der Anlagen zu dem regelmäßig über dem Anschaffungsrestwert liegendem Sachzeitwert führt zu einem Veräußerungsgewinn, der nicht gebührenmindernd berücksichtigt werden muss. Ein in die Gebührenkalkulation als Einnahme einzubeziehender Erlös ist erst dann anzunehmen, wenn Anlagevermögen, das bereits vollständig abgeschrieben ist, aber noch einen Nutzungswert besitzt, der veräußernden Kommune Gewinne erbringt.**
17. Diese „Geldvermehrung“ auf Seiten der Gemeinde wird letztlich durch den Gebührenzahler finanziert. Denn die sich am Übertragungswert (Sachzeitwert) orientierenden Kapitalkosten einer privaten Betreibergesellschaft – und wohl auch eines SWV – fließen in Gestalt von Abschreibungen und kalkulatorischen Zinsen in das Entgelt bzw. die Verbandslasten ein, das die Gemeinde wiederum in ihrer Gebührenkalkulation den Gebührenzahlern als Fremdkostenposition bzw. Abwälzgebühr anlastet.

gez. Univ.-Prof. Dr. Christoph Brüning