

# InfrastrukturRecht

## Energie · Verkehr · Abfall · Wasser

### Geschäftsführende Herausgeber

Hans-Joachim Reck  
VKU  
Dr. Christian Theobald  
BBH

### Herausgeber

Prof. Dr. Gabriele Britz  
Universität Gießen  
Christian Held  
BBH, GEODE  
Prof. Dr. Georg Hermes  
Universität Frankfurt a.M.  
Folkert Kiepe  
Deutscher Städtetag  
Prof. Dr. Christian Koenig  
Universität Bonn  
Dr. Carsten Kreklau  
BDI  
Prof. Dr. Jürgen Kühling  
Universität Regensburg  
Jens Lattmann  
Deutscher Städtetag  
Andrees Gentsch  
BDEW  
Reiner Metz  
VDV  
Dr. Christiane Nill-Theobald  
TheobaldConsulting  
Prof. Dr. Jens-Peter Schneider  
Universität Osnabrück  
Adolf Topp  
AGFW

In Zusammenarbeit mit der  
Neuen Juristischen Wochenschrift

### Sonderausgabe „Kommunales Infrastruktur-Management“

#### Inhaltsverzeichnis

<b>Editorial</b>	242
<b>Energie</b>	
<i>B. Praetorius</i> : Trends in der Energiewirtschaft	242
<i>S. Michaels</i> : Konzessionsverträge zwischen EnWG und europäischem Gemeinschaftsrecht	246
<i>S. Blumenthal-Barby/B. Dohms</i> : Kooperationen kommunaler Energieversorger im Zeitalter der (Anreiz-)Regulierung	252
<b>Verkehr</b>	
<i>S. Badura</i> : Der künftige Rechtsrahmen im ÖSPV	255
<i>M. Hellriegel/Th. Schmitt</i> : Schienenpersonennahverkehr zwischen Wettbewerb und Daseinsvorsorge	259
<i>K. Augustin et al.</i> : Der Anbieterwechsel bei Ausschreibungen	264
<i>D. Runge/J. Werner</i> : Der „Berliner Verkehrsvertrag“	268
<i>B. Christmann/S. Balzer</i> : Maximierung Verkaufserlös versus Sicherung kommunaler Immobilienwerte	272
<i>J. Bellmann</i> : Road Pricing als Variable im politischen Prozess	274
<b>Wasser</b>	
<i>J. Libbe/U. Scheele</i> : Transformation städtischer Wasserinfrastrukturen	278
<i>M. Zschille et al.</i> : Preissenkungspotenziale in der deutschen Wasserwirtschaft	283
<i>M. Oelmann</i> : Intertemporale Analyse der Kundenserviceorientierung in der deutschen Wasserversorgung	286
<b>Vergabe- und Beihilfenrecht</b>	
<i>Th. Mössinger</i> : Mittelstandsgerechte Gestaltung von PPP-Projekten	290
<i>L. Jellinghaus</i> : Beihilfekonforme Verwirklichung von Infrastrukturvorhaben	293
<b>Kommunale Organisationsformen und Finanzierung</b>	
<i>J. v.d. Bussche</i> : Interkommunale Kooperationen und Vergaberecht	295
<i>J. Liepe</i> : Finanzierung, Bepreisung und Gebührenfestsetzung	299
<b>Kommunale Kooperation und Stadtwerke</b>	
<i>J. Hopfe/Th. Schmalbrock</i> : Optimierte Wissensmanagement im Finanzbereich als interkommunale Aufgabe	303
<i>Th. Fecht</i> : Stadtwerke-Kooperation – ein Erfolgsmodell?	306
<i>H. Böhner/S. Pilger/M. Schiebold</i> : Stadtwerke stärken und Haushalte konsolidieren – ein Widerspruch?	307
<b>PPP</b>	
<i>H. Ch. Jünger/M. Koch</i> : Standardisiertes Verfahren zur Gesamtkostenkalkulation von PPP-Projekten	311
<b>Öffentliche Bereitstellungsverantwortung</b>	
<i>A. Picot/N. Grove</i> : Flächendeckende Breitbandversorgung im internationalen Vergleich	315
<b>Wohnungswirtschaft</b>	
<i>D. Weiß</i> : Auswirkungen der Privatisierung kommunaler Wohnungen auf Miete und Wohnqualität	325
<b>Demographischer Wandel</b>	
<i>K. Lais</i> : Auswirkungen der Privatisierung kommunaler Wohnungen auf Miete und Wohnqualität	328
<i>M. Hepting/H. Pak</i> : Die Auswirkungen des demografischen Wandels auf den Infrastrukturbedarf im Luftverkehr	332

Nr. 11 • 13. November 2009

6. Jahrgang

Mit Internet-Volltext-Service [www.IR.beck.de](http://www.IR.beck.de) der besprochenen Entscheidungen

Verlag C.H.Beck München und Frankfurt a.M.

## Finanzierung, Bepreisung und Gebührenssetzung

Rechtsanwalt Jan Liepe, Frankfurt am Main\*

*Die Kommunen stellen im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge eine Vielzahl von Leistungen bereit, die wir als Bürger täglich nutzen. Errichtung, Betrieb und laufende Instandhaltung der öffentlichen Einrichtungen verursachen erhebliche Kosten, die von den Nutzern als Gegenleistung für die Inanspruchnahme über die Entrichtung von Gebühren und Entgelten zu bezahlen sind. Leere öffentliche Kassen und fehlende öffentliche Zuschussmittel zwingen die Kommunen zum optimalen Einsatz vorhandener Eigenmittel. Um im Nutzerinteresse notwendige Investitionen auch künftig tätigen zu können, sind die kommunalen Träger zunehmend auf die Bereitstellung privaten Kapitals angewiesen. Durch den Einsatz flexibler Bepreisungsmodelle soll zudem eine hohe Kapazitätsauslastung der Einrichtungen erreicht und ein wirtschaftlicher Betrieb sichergestellt werden.*

*Aus rechtlicher Sicht ist die Frage relevant, welche Schranken bei der Entgeltfestlegung zu beachten sind und welche Spielräume den Betreibern bei der Entgeltkalkulation verbleiben, ohne gegen den Grundsatz einer verursachergerechten Kostenzuordnung zu verstoßen. Investoren interessiert, inwieweit bei der Kapitalverzinsung ein Renditezuschlag zugunsten Privater zulässig ist. Abschließend soll aufgezeigt werden, welche Vorteile die Implementierung von Anreizsystemen bringen kann.*

### I. Finanzierung öffentlicher Einrichtungen der Daseinsvorsorge

Das den Nutzern im Rahmen der Daseinsvorsorge bereitgestellte Leistungsangebot reicht von der Straßenreinigung, der Trinkwasser- und Energieversorgung über die Abfall- und Abwasserbeseitigung hin zur Bereitstellung eines attraktiven und nutzerfreundlichen ÖPNV. Die Kosten für die Errichtung und den Betrieb der Einrichtungen werden zunächst von den kommunalen Trägern über die Bereitstellung von Eigenkapital, die Aufnahme von Fremdkapital und öffentliche Zuschussmittel „vorfinanziert“ und sodann in Abhängigkeit von der öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Ausgestaltung des jeweiligen Nutzungsverhältnisses über Gebühren bzw. Entgelte auf die Nutzer umgelegt.

### II. Rechtliche Schranken der Gebührenbemessung

Die Kommunen können bei der Umlegung der Kosten

auf die Nutzer nicht nach eigenem Belieben verfahren. Der Gebühren- und Entgeltbemessung sind durch die allgemeinen Gebührensgrundsätze, die spezifischen Regelungen des einschlägigen Fachrechts sowie die Vorgaben der Rechtsprechung rechtliche Schranken gesetzt.

#### 1. Allgemeine Gebührensgrundsätze

Bei der Erhebung von Benutzungsgebühren für die Inanspruchnahme kommunaler Einrichtungen gilt das sog. Kostendeckungsprinzip. Dieses bestimmt, dass (abzüglich öffentlicher Zuschussleistungen) sämtliche Kosten für Errichtung, Betrieb und Instandhaltung der Einrichtungen durch die Erhebung öffentlich-rechtlicher Gebühren bzw. privatrechtlicher Entgelte zu decken sind.

Als spezielle Ausformungen des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sowie des in Art. 3 I GG niedergelegten Gleichheitssatzes sind bei der Gebührenssetzung zudem das sog. Äquivalenzprinzip, der Grundsatz der verursachergerechten Kostenordnung sowie die Prinzipien der Leistungsproportionalität, der speziellen Entgeltlichkeit und der Periodengerechtigkeit zu beachten. Die herrschende Begriffsvielfalt lässt erahnen, dass sich die vorgenannten Grundsätze nicht trennscharf voneinander abgrenzen lassen, sich inhaltlich überschneiden und in der Praxis häufig mit einem wechselnden Begriffsverständnis gebraucht werden. Entsprechend dem „Entgeltcharakter“ der Benutzungsgebühr sollen alle Grundsätze jedoch im Kern verhindern, dass der Bürger bei der Nutzung öffentlicher Einrichtungen mit leistungsfremden Kosten belastet wird.

#### 2. Regelungen des Fachrechts

Der Gesetzgeber hat die allgemeinen Gebührensgrundsätze in Ausübung seines gebührenrechtlichen Gestaltungsermessens in den einschlägigen Fachgesetzen näher ausgeformt und zum Teil inhaltlich modifiziert. Die für die Erhebung von Benutzungsgebühren für die Inanspruchnahme kommunaler Einrichtungen maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften sind in den Kommunalabgabengesetzen und im Gemeindefinanzierungsrecht der jeweiligen Länder niedergelegt. Bei der Erhebung von Abwassergebühren sind flankierend die Regelungen der Landeswassergesetze zu beachten. Für den Bereich der Abfallentsorgung gelten das KrW-/AbfG und die Bestimmungen der Landesabfallgesetze. Im Bereich des Personennahverkehrs sind schließlich das PBefG und die ÖPNV-Gesetze der Länder zu beachten. Die Regelungszuständigkeiten des Bundes und der Länder werden dabei zunehmend durch Harmonisierungsbestrebungen des Gemeinschaftsgesetzgebers überlagert. So tritt beispielsweise mit Blick auf den ÖPNV zum 3.12.2009 die in den Mitgliedstaaten unmittelbar geltende Verordnung (EG) 1370/2007<sup>1</sup> in Kraft, die neben anderen Regelungspunkten konkrete Vorgaben zur Berechnung und Höhe von Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen aufstellt, um bei der Erbringung von Beförderungsleistungen im Personennahverkehr künftig für mehr Transparenz und einen fairen Wettbewerb zu sorgen.

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner der auf Fragen des Infrastrukturzugangs sowie der Entgeltregulierung im Bereich Public Sector spezialisierten Sozietät Waldeck Rechtsanwälte, Frankfurt am Main.

1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung des Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABIEG Nr. L, 315, 1.

### 3. Rechtsprechungsvorgaben

Verbleibende gesetzliche Freiräume werden schließlich durch eine immer umfangreichere, inzwischen kaum noch überschaubare Einzelfallrechtsprechung der Fachgerichte weiter eingegrenzt. Dies führt in der Praxis zu einer hohen Fehleranfälligkeit kommunaler Gebührensatzungen und der nach § 315 I BGB festgesetzten privatrechtlichen Nutzungsentgelte. Vorausschauende Planungen der Kommunen werden so erheblich erschwert und notwendige Gestaltungsfreiräume verengt.

### III. Elemente der Gebührenfestsetzung

Die Gebührenfestlegung setzt sich nach den Kommunalabgabengesetzen der Länder aus mehreren Elementen zusammen, die nachfolgend kurz skizziert werden sollen.

Jede Gebührenberechnung bezieht sich auf einen bestimmten, vorab festzulegenden Kalkulationszeitraum, der je nach Bundesland maximal zwischen drei und fünf Jahren betragen kann<sup>2</sup>. Für den gewählten Kalkulationszeitraum stellt der Einrichtungsträger eine Gebührenbedarfsrechnung auf, in die sämtliche prognostizierte Einrichtungskosten eingestellt werden. Hierzu zählen zum einen die Kosten für den Betrieb und die Instandhaltung der Einrichtung, Personalkosten sowie Kosten für in Anspruch genommene Fremdleistungen. Als sog. kalkulatorische Kostenpositionen erfasst werden ferner kalkulatorische Abschreibungen auf getätigte Investitionen, eine angemessene Kapitalverzinsung sowie Wagniszuschläge. In ihrer Gesamtheit bilden die einzelnen Kostenpositionen „die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten“. Dem Grundsatz nach dürfen daher im Nutzerinteresse nicht sämtliche angefallene Einrichtungskosten in ihrer tatsächlichen Höhe in die Gebührenkalkulation eingestellt werden, sondern nur diejenigen Kosten, die einer effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen. In der Praxis erfüllt diese gesetzliche Einschränkung in der Regel allerdings nur eine eingeschränkte Filterfunktion. Die Gerichte billigen den Kommunen mit Blick auf deren Planungs- und Organisationshoheit in ständiger Rechtsprechung einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum in Bezug auf die Ansatzfähigkeit einzelner Kostenpositionen zu<sup>3</sup>.

Werden die für den Kalkulationszeitraum ermittelten Gesamtkosten sodann durch die Summe der nach einem Wirklichkeits- bzw. Wahrscheinlichkeitsmaßstab der voraussichtlichen Inanspruchnahme zu ermittelnden Maßstabseinheiten dividiert, so erhält man den von den Nutzern während des Bemessungszeitraums zu entrichtenden Gebühren- bzw. Entgeltsatz. Entwickeln sich die Ist-Kosten der Einrichtung oder deren tatsächliche Nutzung in der Folge abweichend von den aufgestellten Planungen, werden entstandene Über- bzw. Unterdeckungen nach den Kommunalabgabengesetzen der Länder grundsätzlich in der folgenden Kalkulationsperiode ausgeglichen und gebührenerhöhend oder -mindernd in die neue Gebührenbedarfsrechnung eingestellt. Fehlkal-

kulationen sind daher regelmäßig von den Nutzern zu tragen.

### IV. Optimierte Kapazitätsauslastung durch produktdifferenzierte Bepreisung

Da die Gebührenhöhe und der öffentliche Zuschussbedarf in hohem Maße von der erreichten Kapazitätsauslastung einer Einrichtung abhängig sind, deren Nutzer jedoch regelmäßig nicht das gesamte angebotene Leistungsspektrum in Anspruch nehmen, sind die Kommunen zunehmend bestrebt, durch eine produktdifferenzierte Bepreisung möglichst hohe Kapazitätsauslastungen der betriebenen Einrichtungen zu erreichen<sup>4</sup>. Das Leistungsangebot der Gesamteinrichtung wird daher häufig in einzelne Teilleistungsbereiche aufgespalten, für die nach den unter III. dargestellten Grundprinzipien jeweils getrennte Gebührenbedarfsrechnungen aufgestellt und gesonderte Gebührensätze festgesetzt werden. Um dem Grundsatz einer verursachergerechten und leistungsproportionalen Kostenzuordnung ausreichend Rechnung zu tragen, sind die Gesamtkosten der Einrichtung dabei nach sachgerechten und transparenten Verteilungsschlüsseln den einzelnen Teilleistungsbereichen zuzuordnen.

Den Einrichtungsträgern steht bei der Festlegung und Auswahl der anzuwendenden Verteilungsschlüssel ein weiter Bewertungsspielraum zu. Für eine verursachergerechte Kostenzuordnung ist es nicht unbedingt erforderlich, den „besten“ Verteilungsschlüssel zu wählen, solange die einzelnen Zuschlüsselungen plausibel sind und das gewählte Verteilungssystem in sich stimmig ist. Ein Rückgriff auf pauschalierende Betrachtungen und Maßstabbildungen ist dabei oftmals unumgänglich. Verboten sind jedoch gezielte Quersubventionierungen und die bewusste Verschiebung von Kostenblöcken zwischen den einzelnen Teilleistungsbereichen<sup>5</sup>. So ist es beispielsweise unzulässig, einen gezielten Defizitausgleich zwischen den Teilleistungsbereichen „Hausmüll“ und „Gewerbemüll“ einer Müllverbrennungsanlage vorzunehmen. Dies gilt selbst dann, wenn der Betreiber darlegen kann, dass ein kostendeckender Preis für die Verbrennung von selbstangeliefertem Gewerbemüll am Markt nicht durchsetzbar ist und die Erhebung einer kostendeckenden Gebühr zu einem weitgehenden Einbruch dieses Teilleistungsbereichs führen würde mit nachteiligen Folgen für die Kapazitätsauslastung der Einrichtung in ihrer Gesamtheit. Dies hat der *VGH*

2 So z.B. die Regelungen in § 6 II 2 KAG NRW, Art. 8 VI 1 BayKAG oder § 9 II 3 KAG BW.

3 *BVerfG*, NVwZ-RR 2002, 217 (218); *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2002, 690 (691 f.); *Schulte/Wiesemann*, in: *Driehaus*, Kommunalabgabenrecht, 30. Erg.Lfg. (März 2004), § 3 Rdnr. 69 f. m.w.N.

4 Zusätzliche Gestaltungsspielräume bieten die Kommunalabgabengesetze einiger Länder durch die Möglichkeit einer degressiven oder progressiven Gebührenstaffelung für bestimmte Gebühren.

5 *VGH München*, NVwZ-RR 1997, 379 (380); *OVG Münster*, NVwZ-RR 1998, 775.

Mannheim in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 2000 klar hervorge stellt. Entscheidet sich der Satzungsgeber, für Teilleistungen einer Abfallentsorgungseinrichtungen verschiedene Gebührenmaßstäbe und Gebührensätze festzulegen, so ist er nach Auffassung des erkennenden Senats gehalten, „für die Teilleistungsbereiche jeweils die Kosten getrennt zu ermitteln“. Ergibt die Gebührenkalkulation hierbei für einen Teilleistungsbereich eine kostendeckende Gebühr in einer Höhe, die der Einrichtungsträger derzeit nicht für realisierbar hält, ist es nicht zulässig, die Gebühr niedriger festzusetzen und die dadurch eintretende ‚Deckungslücke‘ durch Erhöhung der Gebühr in einem anderen Teilleistungsbereich auszugleichen“<sup>6</sup>.

## V. Höhe der ansatzfähigen Kapitalverzinsung

Im Zuge der Bemühungen der Kommunen um eine verstärkte Gewinnung privaten Kapitals für die Tätigkeit notwendiger Infrastrukturinvestitionen rückt die Frage nach der zulässigen Höhe der als kalkulatorische Kapitalkosten in die Gebührenberechnung einzustellenden Kapitalverzinsung verstärkt ins Blickfeld der Diskussion.

### 1. Grundlagen

Die in die Benutzungsgebühren einzustellenden kalkulatorischen Kapitalkosten bilden das rechnerische Produkt aus dem für die Leistungserbringung aufgewandten Kapital und dem hierauf anzusetzenden Zinssatz ab. Bemessungsgrundlage für das aufgewandte Kapital ist das betriebsnotwendige bzw. das dem Betriebszweck dienende Vermögen, welches zur Verhinderung einer unzulässigen Doppelbelastung der Nutzer jeweils um nicht ansatzfähige Kostenpositionen – wie bereits entrichtete Beiträge und Zuschüsse Dritter – zu kürzen ist<sup>7</sup>. Für die

Berechnung des Zinssatzes kommen verschiedene Methoden in Betracht. Regelmäßig wird bei der Gebührenkalkulation jedoch ein kalkulatorischer, nach dem Umfang der Eigenkapital- und Fremdkapitalfinanzierung der jeweiligen Einrichtung gewichteter, Mischzins gewählt<sup>8</sup>.

Die Berücksichtigung einer angemessenen Kapitalverzinsung bei der Gebührenberechnung rechtfertigt sich nach der Rechtsprechung der Fachgerichte aus der Erwägung, dass die Bindung des Eigenkapitals in der öffentlichen Einrichtung den Betreiber daran hindert, sein Kapital anderweitig rentierlich anzulegen. Zudem wird dem Nutzer durch die Inanspruchnahme der Einrichtung eine Sonderleistung gewährt, die ihm einen wirtschaftlichen Vorteil vermittelt, der durch die Gebührenerhebung abgeschöpft werden soll<sup>9</sup>. Der in die Kapitalkostenberechnung einzustellende Zinssatz orientiert sich üblicherweise an den langfristigen Durchschnittszinssätzen deutscher Bundesanleihen. Der Rechtsprechung zufolge dürfte die zulässige Obergrenze aktuell zwischen 6,5% und 7,5% liegen<sup>10</sup>. Für wirtschaftliche, nach dem Ertragsprinzip geführte kommunale Unternehmen ist es nach den abgabenrechtlichen Regelungen einiger Bundesländer zudem anerkannt, dass die betreffenden Unternehmen einen zusätzlichen Ertrag für den Gemeindehaushalt abwerfen sollen, um die für die Erhaltung der Investitionsfähigkeit und die technische Fortentwicklung der Einrichtungen nötigen Rücklagen bilden zu können<sup>11</sup>. Vor dem Hintergrund der öffentlichen Zweckbindung kommt dem Gesichtspunkt der Gewinnmaximierung gleichwohl auch im Bereich der Ertragsgebühren nur eingeschränkte Bedeutung zu<sup>12</sup>.

### 2. Gewinnzuschlag für Privatinvestoren zulässig?

Um so spannender ist folglich die Frage, ob jenseits der dargestellten Schranken bei einer Beteiligung von Privatinvestoren an kommunalen Einrichtungen unter Übernahme in die erwerbswirtschaftlichen Kapitalmarktpreismodelle ein zusätzlicher Gewinnaufschlag in die Kapitalkostenberechnung eingestellt werden darf. Für die Zulässigkeit eines solchen Zuschlags spricht, dass Investitionen in kommunale Einrichtungen für private Kapitalgeber betriebswirtschaftlich nur dann Sinn machen, wenn bei der Berechnung einer angemessenen Kapitalverzinsung eine Prämie für das bewertungsrelevante Risiko des individuellen Unternehmens nach den in der Privatwirtschaft gängigen Kapitalmarktpreismodellen angesetzt werden kann. Der *BerlVerfGH* hat der Berechtigung eines solchen Gewinnzuschlags in einer Leitentscheidung aus dem Jahr 2000 zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe jedoch die Anerkennung versagt. Der *BerlVerfGH* begründet seine Ablehnung insbesondere damit, dass der Gesichtspunkt der Gewinnmaximierung in diesem Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge allenfalls von untergeordneter Bedeutung sei. Im Vordergrund stehe vielmehr eine möglichst sichere und preiswerte Wasserversorgung der Bevölkerung. Bei der Erfüllung lebensnotwendiger Staatsaufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge dürften spezielle erwerbswirtschaftliche Kalkulationsmaximen der Pri-

6 *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2000, 51.

7 Je größer die Bemessungsgrundlage ist, desto höher sind auch die in die Gebührenkalkulation einzustellenden kalkulatorischen Kapitalkosten. Es macht daher einen Unterschied, ob neben dem Anlagevermögen beispielsweise auch Positionen des betriebsnotwendigen Umlaufvermögens in die Bemessungsgrundlage eingestellt und Abschreibungen nach Anschaffungswerten oder Wiederbeschaffungszeitwerten angesetzt werden.

8 Zulässig ist auch die Wahl einer sog. gespaltenen Zinsberechnung. Dabei wird nur der Eigenkapitalzins multipliziert mit dem um den Fremdkapitalanteil gekürzten Teil des betriebsnotwendigen Vermögens als kalkulatorische Kostenposition in die Gebührenberechnung eingestellt. Der Ansatz der aufzubringenden Fremdkapitalzinsen erfolgt hingegen in ihrer effektiven Höhe.

9 *BVerwG*, NVwZ 1984, 239 (240).

10 *VG Greifswald*, BeckRS 2009, 37272; *VG Düsseldorf*, BeckRS 2008, 30737; *OVG Münster*, BeckRS 2005, 26114 und LSK 2008, 410376; *Schulte/Wiesemann*, in: *Driehaus* (o. Fußn. 3), § 6 Rdnr. 149.

11 So z.B. die Regelungen in § 10 II 3 HessKAG i.V.m. § 121 VIII HessGO, § 6 I 4 KAG NRW i.V.m. § 105 GO NRW, § 9 II 2 KAG BW oder § 6 I 3 KAG SL i.V.m. § 116 Kommunal-selbstverwaltungsgesetz SL.

12 *VGH Kassel*, NVwZ-RR 1999, 197 (198).

vatwirtschaft nicht unbesehen übernommen werden. Vielmehr müsse dem öffentlichen Auftrag der Gemeinwirtschaftlichkeit angemessen Rechnung getragen werden. Die Berücksichtigung eines Gewinnzuschlags zu Gunsten privater Kapitalgeber stehe diesem Auftrag entgegen<sup>13</sup>.

### 3. Folgen

Das Urteil des *BerlVerfGH* ist bis heute nicht durch Entscheidungen anderer Obergerichte relativiert worden. Das *OVG Münster* hat in einer Entscheidung zur Entgeltregulierung im Telekommunikationsbereich aus dem Jahre 2005 ebenfalls rechtliche Zweifel an einem unreflektierten Rückgriff auf erwerbswirtschaftliche Kapitalmarktpreismodelle bei der Kapitalverzinsungsberechnung angemeldet<sup>14</sup>. Die Verunsicherung wirkt in der Praxis bis heute nach und senkt das Interesse von Privatinvestoren, sich an kommunalen Einrichtungen der Daseinsvorsorge zu beteiligen. Dadurch fehlt dringend benötigtes Kapital für den notwendigen Erhalt und Ausbau der kommunalen Infrastruktur. Gleichzeitig werden im aktuellen Kostendeckungssystem keine wirksamen Anreize für nachhaltige Kostensenkungen und Gewinnung neuer Nutzergruppen gesetzt.

Dies führt in einem Blick über die Grenzen des aktuellen Rechtsrahmens hinaus zu der Frage, ob das „kostentreibende Kostendeckungsgebot des Gebührenrechts“ nicht ein „kostensenkendes Korrektiv“ braucht<sup>15</sup>. Im Anschluss sollen daher beispielhaft zwei Instrumente aufgezeigt werden, mit deren Hilfe sich bei richtiger Justierung nachhaltige Kostensenkungen sowie wirksame Anreize zur Gewinnung neuer Nutzergruppen erreichen lassen und zugleich die notwendigen unternehmerischen Gestaltungsfreiräume geschaffen werden, damit Einrichtungsbetreiber ebenfalls an erzielten Effizienzsteigerungen partizipieren können.

## VI. Nachhaltige Kostensenkungen durch Anreizsysteme?

Auf internationaler Ebene haben sich zahlreiche Anreizmodelle zur Regulierung der Entgelte öffentlicher Infrastruktureinrichtungen etabliert, mit deren Hilfe im Nutzerinteresse nachhaltige Kostensenkungen erreicht werden können<sup>16</sup>. Besondere Bedeutung hat hier die sog. Price-Cap-Regulierung gewonnen, die u.a. in Großbritannien zur Regulierung der Schlüsselindustrien im Telekommunikations-, Strom- und Gasbereich eingesetzt wurde und sich von ihrer Funktionsweise her gut auf die Regulierung gebührenfinanzierter kommunaler Infrastruktureinrichtungen übertragen lässt.

Bei der Price-Cap-Regulierung wird die Gebühr in Parallele zur Gebührenkalkulation im Kostendeckungsmodell vor Beginn einer Regulierungsperiode ebenfalls auf Grundlage einer Division der voraussichtlichen Gesamtkosten der Einrichtung durch die prognostizierten Mengeneinheiten ihrer Inanspruchnahme vorab für einen mehrjährigen Regulierungszeitraum ermittelt. Im Laufe der Regulierungsperiode wird die Gebühr sodann

gemäß den von einer unabhängigen Regulierungsstelle festgelegten, auf Basis von Benchmarkvergleichen oder sog. Bottom-up-Analysen ermittelten Effizienzvorgaben schrittweise reduziert, damit die Nutzer von spürbaren Gebührensenkungen profitieren. Im Unterschied zum Kostendeckungsmodell erfolgt im Price-Cap-Modell am Ende einer Regulierungsperiode zudem kein Ausgleich entstandener Über- bzw. Unterdeckungen. Der Betreiber wird damit bei der Unternehmensführung an die aufgestellten Effizienzvorgaben gebunden. Gelingt es ihm nicht, seine Kosten nachhaltig zu reduzieren, kann er den entstandenen Fehlbetrag in der Folgeperiode nicht auf die Nutzer umlegen. Die Nutzer werden so wirksam vor den Folgen einer ineffizienten Unternehmensführung geschützt.

Die Price-Cap-Regulierung schafft auf diese Weise nachhaltige Anreize für den Betreiber, vorhandene Effizienzsteigerungspotentiale zu heben und möglichst über die vorgegebenen Effizienzvorgaben hinaus weitere Kosteneinsparungen zu erzielen, die bis zum Ablauf der Regulierungsperiode als Zusatzrendite bei ihm verbleiben und am Ende der Regulierungsperiode nicht als Kostenüberdeckung an die Nutzer weitergegeben werden müssen. Die Nutzer profitieren bei einer Übererfüllung der Auflagen von einem niedrigeren Gesamtkostenniveau als Aufsetzpunkt für die Festlegung der Gebühren und Effizienzvorgaben in der folgenden Regulierungsperiode.

Die Price-Cap-Regulierung kann ihre nutzenstiftende Wirkung in der Praxis allerdings nur dann in vollem Umfang entfalten, wenn die festgelegten Effizienzvorgaben vorhandene Kosteneinsparungspotentiale auch tatsächlich abschöpfen. Dies setzt voraus, dass die zuständige Regulierungsstelle zumindest sukzessiv das erforderliche fachliche Know-how aufbaut und innerhalb der Kommunalverwaltung über eine ausreichende Unabhängigkeit und die notwendigen personellen Ressourcen verfügt, um gegenüber dem Einrichtungsbetreiber mit dem nötigen Nachdruck auftreten zu können. Zur Verhinderung nicht auf eigenen Anstrengungen beruhender sog. Windfall Profits ist überdies darauf zu achten, dass es dem Betreiber infolge bestehender Informationsasymmetrien nicht gelingt, in die der Gebührenfestsetzung zugrunde gelegten Investitionsplanungen künstliche Puffer einzubauen, die es im ermöglichen, die vorgegebenen Effizienzsteigerungen „spielend“ einzuhalten und die weitergehenden Steigerungen als Zusatzrendite zu vereinnahmen.

13 *BerlVerfGH*, NVwZ 2000, 794 (799).

14 *OVG Münster*, CR 2006, 101 (104).

15 In diesem Sinne bereits *Wolfers*, NVwZ 2000, 765 (767).

16 Als Modelle der Anreizregulierung bekannt sind neben der Price-Cap-Regulierung u.a. die sog. Rate-of-Return-Regulierung, die Revenue-Cap-, Cost-Cap- oder Cost-Plus-Regulierung sowie das reine Kostenmonitoring.

## VII. Stärkere Verlagerung von Auslastungsrisiken auf die Betreiber?

Die Festlegung sog., Schwankungskorridore, innerhalb derer am Ende des festgelegten Regulierungszeitraums kein Ausgleich auslastungsbedingter Kostenüber-/unterdeckungen erfolgt, ist ein weiteres wirksames Instrument zur Verlagerung von Auslastungsrisiken auf die Betreiber und die Schaffung wirksamer Anreize zur Gewinnung neuer Nutzergruppen. Gelingt es dem Betreiber, durch Angebotsverbesserungen die Kapazitätsauslastung gegenüber der der Gebührenkalkulation zugrunde gelegten Mengenprognose zu steigern, erfolgt am Ende der Kalkulationsperiode kein Ausgleich der erzielten Kostenüberdeckung, solange sich der Mengenzuwachs innerhalb des festgelegten Korridorbereichs bewegt. Durch die Festlegung einer Obergrenze wird dabei gewährleistet, dass der Betreiber keine mit dem gebührenrechtlichen Äquivalenzprinzip nicht mehr in Einklang zu bringenden Überrenditen erwirtschaften kann. Im Gegenzug muss der Betreiber bei Minderauslastungen innerhalb des festgelegten Korridorbereichs die hierdurch bedingten Fehlbeträge selbst tragen. Er wird so zur Verbesserung seines Angebots und zur Flexibilisierung seiner Fixkosten angehalten. Die Festlegung einer Untergrenze sichert dabei die Stabilität des Betreibers und gewährleistet, dass dieser auch bei massiven Mengeneinbrüchen seine Betriebspflichten erfüllen kann. Die Festlegung von Schwankungskorridoren kann jedoch auch hier im Nutzerinteresse nur dann ihre nutzenstiftende Wirkung entfalten, wenn die Auslastungsprognose vor Beginn des Regulierungszeitraums von einer unabhängigen Stelle festgelegt oder zumindest auf ihre Plausibilität überprüft wird.

## VIII. Fazit

Richtig angewendet existieren in der Regulierungspraxis somit wirksame Anreizinstrumente, um die Kosten für die Bereitstellung kommunaler Infrastruktureinrichtungen der öffentlichen Daseinsvorsorge im Interesse der kommunalen Träger und Nutzer nachhaltig zu senken. Die Betreiber erhalten zugleich die Chance, durch Effizienzsteigerungen und Angebotsverbesserungen mögliche Zusatzrenditen zu generieren. Dies macht Investitionen auch für private Kapitalgeber interessant. Angesichts des aufgezeigten Handlungsbedarfs ist der Gesetzgeber aufgerufen, die erforderlichen rechtlichen Rahmenbedingungen für die Implementierung von Anreizregulierungssystemen zu schaffen, anstatt unter Verweisung auf die bestehende Verpflichtung der öffentlichen Hände zur sparsamen Mittelverwendung am überkommenen Status quo festzuhalten.

## Kommunale Kooperation und Stadtwerke

### Optimiertes Wissensmanagement im Finanzbereich als interkommunale Aufgabe

Dr. Jörg Hopfe, Münster, und Torsten Schmalbrock, Karlsruhe\*

*Durch die zunehmend schwieriger werdende finanzielle Situation der Kommunen kommt der Umsetzung von vorhandenem, bisher ungenutztem Optimierungspotential eine entscheidende Bedeutung zu. Vor allem im Finanzwesen gibt es Bereiche, in denen solches Potenzial vorhanden ist. Die Zusammenarbeit auf interkommunaler Ebene kann zur Optimierung der Prozesse beitragen.*

Interkommunale Zusammenarbeit ist die Kunst des Machbaren. Es geht nicht zuletzt darum, durch gemeinsame Aufgabenerledigung eine höhere Wirtschaftlichkeit bei der gemeinsamen Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu erreichen. Wer sie aber als Ersatz für eine Neugliederung der staatlichen Aufgabenzuordnung oder der Gemeindefinanzierung verstehen will, der wird genauso scheitern wie derjenige, dem es nicht gelingt, die richtigen Themenfelder auszuwählen. Was aber sind die richtigen Themenfelder?

Zunächst sollte es sich um Themen handeln, bei denen es unter den beteiligten Partnern keine Verlierer gibt. Es muss also eine sog. „win-win“-Situation gegeben sein, von der die einzelnen Partner und vielleicht sogar die Region als Ganzes profitieren. Auch sollten Themen ausgeklammert werden, mit denen sich eine einzelne Stadt und ihre politische Spitze in Abgrenzung zur Nachbarstadt konkurrenzorientiert profilieren könnte. Ein weiterer Fehler kann darin bestehen, dass eine beginnende interkommunale Kooperation durch zu viele Themen oder Aufgabenfelder überfrachtet wird.

Aus den bisherigen Erfahrungen in interkommunalen Projekten können mindestens fünf Gründe genannt werden, die eine interkommunale Kooperation mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Scheitern bringen:

- viele und möglichst kritische Themen auswählen,
- mit der Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft beginnen,
- Start ohne pragmatische Projektstruktur,
- zunächst komplizierte rechtliche Aspekte lösen,
- vorliegende Erfahrungen ignorieren.

Natürlich kann diese Liste deutlich erweitert werden.

Für eine gemeinsame Erledigung besonders geeignet sind sog. Supportprozesse, d.h. unterstützende Prozesse, die zwar zur Erbringung der strategischen Kernprozesse erforderlich sind, selbst jedoch nicht (direkt) zur Wertschöpfung beitragen. Diese Prozesse zeichnen sich im

\* Der Erstautor ist Abteilungsleiter Öffentliche Kunden der NRW.BANK, Münster/Düsseldorf, der Zweitautor ist Student der Betriebswirtschaft an der Berufsakademie Karlsruhe und Mitarbeiter der NRW.BANK.