

Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht

Gesetz zur Änderung des Teilprivatisierungsgesetzes der Berliner Wasserbetriebe

- Entwurf -

Gutachtliche Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit

**A. Zur Verfassungsmäßigkeit der Grundlagen für die Bestimmung der
Tarife in § 3 IV, 5 Nr. 2 TPrG**

**I. Zur Geltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die
Abgabenbemessung**

Die Tarife der Berliner Wasserbetriebe (BWB) haben sich an verfassungsrechtlichen Maßstäben für die Abgabenbemessung zu orientieren, da es sich bei der BWB um eine juristische Person (Anstalt) des öffentlichen Rechts handelt. Die Teilprivatisierung durch das „Holding-Modell“ steht dem schon deswegen nicht entgegen, weil das gewählte Konstrukt der doppelten atypischen stillen Beteiligung unter Zwischenschaltung von Weisungs- und Interessenwahrnehmungsverträgen an der Letztentscheidungskompetenz des Landes Berlin nichts ändern soll. Der BerlVerfGH hat Zweifel an der ausreichenden demokratischen Legitimation der BWB-Organe bzw. der von ihnen

getroffenen Entscheidungen zerstreut (NVwZ 1994, 794 [794 ff.]; hierzu auch Schuster, FS Bezenberger, 2000, 757 [758 f.]; Wolfers, NVwZ 2000, 765 [765 f.]; Schmehl, JuS 2001, 233 [234 f.]; krit. Kämmerer, Privatisierung, 2001, 194 f.). Dass die BWB-Tarife sich auf privatrechtliche Leistungsentgelte beziehen und nicht auf öffentlich-rechtliche Benutzungsgebühren, steht der Geltung der verfassungsrechtlichen Gebührenmaßstäbe nicht entgegen. Zwar steht der Verwaltung in den Grenzen von Verfassung und Gesetz die Freiheit zur Wahl der (öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen) Handlungsformen zu. Nicht befreit sind sie dabei jedoch von den verfassungsrechtlichen Maßgaben für die Leistungsentgelte, insbesondere dem allgemeinen Gleichheitssatz. Privatrechtliche Entgelte für daseinsvorsorgerelevante Wasserver- und Abwasserentsorgungsleistungen einer Anstalt des öffentlichen Rechts haben insoweit den gleichen Maßstäben zu genügen wie öffentlich-rechtliche Gebühren (ganz h.M.: BerIVerfGH, NVwZ 2000, 794 [797]; BGH, NJW 1985, 197 [200]; OVG Lüneburg, NVwZ 1990, 91 [92]; Burgi, NVwZ 2001, 601 [606 ff.]).

II. Verbot der Abgabenüberhebung (Gebot der Abgabengerechtigkeit), Art. 3 I GG und Art. 10 I VvB

Die Bemessung der Abgabenhöhe, hier der Wasserbezugs- und Abwasserentsorgungstarife, muss dem allgemeinen Gleichheitssatz entsprechen. Damit sind zwei Erfordernisse umrissen (vgl. BVerfGE 50, 217 [227]): Erstens ist unter den Abgabenschuldnern verhältnismäßige Gleichheit i.d.S. zu gewährleisten, dass die Abgabenmaßstäbe und Tarife so zu wählen und zu staffeln sind, dass sie unterschiedlichen Ausmaßen bei den erbrachten Leistungen grundsätzlich Rechnung tragen. Für eine Missachtung dieser Vorgabe besteht im vorliegenden Fall kein Anhaltspunkt. Zweitens dürfen Abgabenschuldner (im Verhältnis zu anderen) nicht sachwidrig belastet werden. Die Bemessung der Tarife darf nicht losgelöst von den Kosten erfolgen, die dem Leistungserbringer entstehen. Der allgemeine Gleichheitssatz ist verletzt, wenn die Tarife willkürlich festgelegt sind, d.h. wenn sich die hergestellte Verknüpfung zwischen Leistung und Abgabe „unter keinem vernünftigen Gesichtspunkt“ als sachgerecht erweist (BVerfGE 50, 217 [227]; 85, 337 [346]; BerIVerfGH, NVwZ 2000, 794 [797 f.]). Da die terminologische Einordnung dieser Vorgabe, insbesondere die Verortung im Bereich des Äquivalenzprinzips und des Kostendeckungsgrundsatzes, umstritten ist, soll im Folgenden vom Verbot der *Abgabenüberhebung* gesprochen werden. Ob das TPrG dieser ein Tor öffnet, ist anhand der anzusetzenden Parameter für die Kostenbestimmung zu überprüfen.

1. Kalkulatorische Verzinsung

a) Grundsatz

Außer Frage steht das Ob der kalkulatorischen Verzinsung, das der BerIVerfGH in seinem Urteil vom 21.10.1999 ausdrücklich gutgeheißen hat: Die Bindung von Eigenkapital des Betreibers hindert diesen, das Vermögen am Kapitalmarkt einzusetzen und dort Zinsen zu erwirtschaften; dieser Zinsausfall ist insofern als Kostenfaktor zu betrachten (vgl. BVerwG, NVwZ 1985, 496 [497]; OVG Münster, NVwZ 1995, 1233 [1237]). Da der Eigenkapitaleinsatz unmittelbar nicht dem Betreiber, sondern über die so vorfinanzierte Dienstleistung dem Leistungsempfänger zugute kommt, ist es gerechtfertigt, dass der Betreiber den Zinsausfall bei jenem abschöpft (vgl. BerIVerfGH, NVwZ 2000, 794 [799]).

b) Höhe des kalkulatorischen Zinssatzes

In § 3 IV 1 TPrG a.F. war vorgesehen, dass als angemessene kalkulatorische Verzinsung die durchschnittliche Rendite zehnjähriger deutscher Bundesanleihen in einem Zeitraum von 20 Jahren vor der jeweiligen Kalkulationsperiode zuzüglich 2 Prozentpunkte anzusetzen sei. Diese Vorgabe wurde vom BerIVerfGH mit der Begründung für verfassungswidrig erklärt, sie gelte undifferenziert ohne Rücksicht auf Art, Umfang und Dauer der Privatisierung, so dass der „Zuschlag“ nicht an sachliche Erwägungen anknüpfe (BerIVerfGH, NVwZ 2000, 794 [799]). Die Neuregelung des § 3 IV sieht einen Aufschlag der genannten Art nicht mehr vor, sondern verfügt lediglich: „Der Zinssatz wird jährlich durch Rechtsverordnung des Senats nach § 5 Nr. 2 festgesetzt.“ Da das TPrG Privatisierung nicht vorschreibt, sondern lediglich gestattet, und die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes damit unabhängig vom konkreten Privatisierungsstatus (die erfolgte Teilprivatisierung wird vom Gesetz erlaubt, aber nicht vorgegeben) bestimmt werden muss, sind die vom BerIVerfGH entwickelten Maßstäbe auch auf die Neufassung des § 3 IV anzuwenden: Lässt die Bestimmung eine Tür zur willkürlichen Kosten- und damit Tarifbestimmung offen, folgt daraus ihre Verfassungswidrigkeit.

Orientierungsgrundlage der kalkulatorischen Verzinsung ist nach § 3 IV 1 die durchschnittliche Rendite der dort genannten Bundesanleihen. Bei diesen handelt es sich um besonders sichere Anlageformen von hoher Bonität, so dass Zinsen der genannten Höhe bei dieser Form des Einsatzes am Kapitalmarkt mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auch erzielt worden wären. Dem BerIVerfGH ist

daher in seiner Einschätzung beizupflichten, dass diese Orientierungsgrundlage sachgerecht ist (BerlVerfGH, NVwZ 2000, 794 [799]).

Anderes könnte in Ansehung der Verordnungsermächtigung in Satz 2 gelten, verbunden mit dem Zusatz „mindestens“ in Satz 1. Er verdeutlicht, dass die Verordnung nicht nur feststellenden Charakter mit Blick auf den Zinssatz haben soll, sondern dass der Verordnungsgeber auch einen über den Durchschnittzinssatz dieser Bundesanleihen hinausgehende Basis für die kalkulatorische Verzinsung wählen kann. Den Anforderungen an eine sachgerechte Tarifbemessung entspricht dies nur, wenn gewährleistet ist, dass die Kosten nicht willkürlich festgesetzt werden. Damit sind zwei Fragen aufgeworfen: Erstens, erlaubt die kalkulatorische Verzinsung überhaupt „Zuschläge“ zum virtuellen Zinssatz der Bundesanleihen? Sollte diese in Satz 1 festgelegte Referenzgröße zugleich die zulässige Obergrenze darstellen, verstößt § 3 IV 1, 2 schon insoweit, als er diesen Zinssatz nicht zum absoluten, sondern zum Mindestmaß für die Kostenkalkulation erklärt, gegen das Verbot der Abgabenüberhebung. Andernfalls ist auf die zweite Frage einzugehen, ob die Verordnungsermächtigung des § 3 IV 2 hinreichende Gewähr für die sachgerechte Kostenfestsetzung bietet. Diese Frage kann von der Betrachtung der verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung (Art. 64 I 2 VvB) nicht getrennt werden.

(1) Die Zulässigkeit des Ansatzes höherer Zinssätze als der langfristiger Bundesanleihen

Um die abgabenrechtliche Statthaftigkeit höherer Zinsen als der von Bundesanleihen zu evaluieren, bedarf es der Bestimmung ihres Zwecks. Laut Begründung des Gesetzentwurfs (Drs. 15/2054, S. 2) soll die Verzinsungsregelung sowohl die effektiven Finanzierungskosten als auch die für Eigenkapital üblichen Kapitalmarktzinsen berücksichtigen, jedoch nicht als einzelne Kostenpositionen (gespaltener Zinssatz), sondern in Form eines Mischzinssatzes. Solche Mischzinssätze laufen regelmäßig auf eine Erhöhung des kalkulatorischen Eigenkapitalzinssatzes hinaus, da der für aufgenommene Kredite anzusetzende Zinssatz den Habenzinssatz für langfristige Anlagen regelmäßig übersteigt (OVG Münster, NVwZ 1995, 1233 [1238]). Es erscheint nicht willkürlich, diese Mehrkosten der Kapitalakquise auf die Nutznießer der mit dem Kapital finanzierten Dienstleistungen umzulegen. In den meisten Ländern entspricht ein solcher Mischzinssatz der kommunalen Praxis (Nachweise bei Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 1091). Unzulässig ist ein höherer Zinssatz lediglich dann und insoweit, als er auf die Erzielung von

Gewinnen ohne Rücksicht auf den Kostenaufwand gerichtet ist. Da die Gewinnerwirtschaftung bei öffentlichen Unternehmen lediglich Nebenzweck sein darf (zur Kontroverse über den Umfang des Zulässigen Kämmerer, Privatisierung, 2001, S. 224 f. m.w.N.), vermag dieses Ziel selbst bei stiller Beteiligung Privater die kalkulatorischen Zinssätze nicht zu modifizieren.

Damit verstößt die Berücksichtigung von Sollzinsen für Kapitalmarktkredite bei der Festlegung der angemessenen Verzinsung als abgabenerhebliche Kostenbasis nicht per se gegen das Verbot der Abgabenüberhebung (vgl. auch OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1991, 383 [384]). Nur muss eine willkürliche Kostenfestsetzung auch durch die *Gesetzesfassung* ausgeschlossen werden. Weder § 3 IV 2 noch § 5 Nr. 2 schreiben jedoch materielle Kriterien für die Festlegung der Zinshöhe fest. Dies legt die Frage nahe, ob die kalkulatorische Verzinsung damit der Beliebigkeit anheim gegeben wird – wenn dies so wäre, mit der Folge eines Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz.

Die angerissene Frage deckt sich weitgehend mit der, ob § 5 Nr. 2 dem Bestimmtheitsgebot für Verordnungen genügt. Gibt § 5 Nr. 2 Inhalt, Zweck und Ausmaß der zu erlassenden Verordnungen hinreichend vor – und zwar in der Weise, dass ein Mischzinssatz der o.a. Art angestrebt ist –, kann die Abgabenhöhe nicht mehr willkürlich bestimmt werden. Nach der Formeltrias des BVerfG ist erforderlich, dass der Gesetzgeber selbst den Kostenmaßstab festsetzt und ihn eben nicht dem Senat überlässt („Selbstentscheidungsformel“; BVerfGE 2, 307 [334]); die Kostenfestsetzung muss insoweit legislativ programmiert sein („Programmformel“; BVerfGE 5, 71 [77]); und es muss abgesehen werden können, „in welchen Fällen und mit welcher Tendenz“ von der Ermächtigung „Gebrauch gemacht wird und welchen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Rechtsvorschriften haben können („Vorhersehbarkeitsformel“; BVerfGE 1, 14 [60]). Ist eine Verordnungsermächtigung für die Bestimmung künftiger Wasser- und Abwassertarife zu vage, ließe sie also dem Senat freie Hand, bestünde zugleich die Gefahr der Abgabenüberhebung.

Der Umstand, dass § 5 Nr. 2 nicht mit materiellen Vorgaben angereichert ist, genügt für das Unbestimmtheitsverdikt noch nicht (vgl. Bryde, in: von Münch/Kunig, Band 3, 2003, Art. 80 Rn. 22). Ist über die Auslegung des Gesetzes die hinreichende Fixierung der Verordnungsermächtigung möglich, bedarf es der ausdrücklichen Festlegung ihres Inhalts, Zwecks und Ausmaßes im Gesetzestext nicht mehr (BVerfGE 8, 274 [307]). Insoweit ist entscheidend, dass § 3 IV auf Absatz 2 der gleichen Norm Bezug nimmt: Die angemessene kalkulatorische Verzinsung gehört danach zu den bei wirtschaftlicher

Betriebsführung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten. Die Bestimmung steckt auch den Bemessungsspielraum des Senats bei der Fixierung des kalkulatorischen Mischzinssatzes ab: Die Betriebsführung muss erstens wirtschaftlich bleiben (also den Grundlagen ökonomisch vernünftigen Wirtschaftens unter Ausnutzung des Wirtschaftspotenzials genügen; BVerwGE 82, 29 [84]), und zweitens muss der Kostenansatz auch *betriebswirtschaftlichen* Grundsätzen entsprechen. Nach der Legaldefinition des § 6 II 1 NWKAG a.F., der ein allgemeingültiger Aussagewert zugesprochen werden kann (OVG Münster, NVwZ-RR 2000, 383 [384]), handelt es sich hierbei um beachtliche Lehrmeinungen, die für allgemeine Wirtschaftsbetriebe (und nicht allein für Wirtschaftsbetriebe der öffentlichen Hand) gelten. Betriebswirtschaftlich ist der Kostenansatz insbesondere dann, wenn Kostenermittlung, Mengengerüst und Bewertungsprinzipien (Brüning, KStZ 1990, 21/41 [23 f.]) bei den BWB vergleichbaren Privatunternehmen in gleicher Weise vorgenommen zu werden pflegen. Angesichts von in der Betriebswirtschaftslehre vertretenen antagonistischen Positionen spricht die Rechtsprechung der Verwaltung eine Einschätzungsprärogative zu. Dies bedeutet, dass § 3 II den Senat verpflichtet, eine Anknüpfung zu wählen, die sich an einer – aber nicht einer ganz bestimmten – der in der Betriebswirtschaftslehre vertretenen Lehrmeinungen orientiert (OVG Münster, NVwZ 1995, 1233 [1234]; NVwZ-RR 2000, 383 [384]; st. Rspr.; anders Brüning, ebd., S. 24, der jedoch keine Gegenkonzeption anzubieten vermag).

(2) Berücksichtigung der Renditen anderer Anlageformen?

Der kalkulatorische Zinssatz gründet auf der Hypothese, dass das Kapital ähnlich dauerhaft wie als Eigenkapital im Unternehmen gebunden ist. Es kann dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit (s.o.) entsprechen, Kapital nicht in zehnjährige Bundesanleihen anzulegen, sondern andere Formen langfristiger „konservativer“ Kapitalbindung von ähnlicher Bonität, aber höherem Zinsertrag zu wählen (zum Risikovergleich etwa OLG Düsseldorf, NZG 2003, 588 [594]. – Die Rendite zehnjähriger Bundesanleihen hat sich seit Anfang der achtziger Jahre mehr als halbiert). Dem Ordnungsgeber ist daher gestattet, die durchschnittlichen langjährigen Zinserträge alternativer konservativer 10- oder mehrjähriger Anleihen zu ermitteln und, wenn sie den zehnjähriger Bundesanleihen übersteigen, der Bestimmung des kalkulatorischen Zinssatzes den höheren Zinsertrag der alternativen Anlagen zugrunde zu legen. Es entspricht der Natur der Sache, dass bei der Zinsfestlegung kurz- und mittelfristige Anlagen unberücksichtigt bleiben müssen, die mit langfristigen Anlageformen nicht vergleichbar sind. Höheren Zinsertrag zeitigen sie nur dann, wenn das

Anlagerisiko entsprechend hoch ist; dies entspräche jedoch nicht mehr dem Grundsatz wirtschaftlicher Geschäftsführung.

(3) Ansatz von Fremdkapitalzinsen

Ist Zweck der kalkulatorischen Verzinsung die Gewährleistung eines Ausgleichs für die Aufbringung des gebundenen Kapitals einschließlich der hieraus erwachsenden finanziellen Belastungen, muss die gebührenrelevante Kapitalverzinsung außer dem Eigenkapital auch im vollen Umfang das zum Einsatz kommende Fremdkapital erfassen: im ersten Fall als entgangener Zinsgewinn, im zweiten Fall als entstandene Zinsaufwendungen (OVG Münster, NVwZ-RR 2000, 383 [384 f.]). Dass § 3 IV insoweit keine Schranke vorgibt, entspricht der Natur der Sache: Welchen Anteil das aufgenommene Fremdkapital an getätigten Investitionen hat und inwieweit es dabei das ansonsten aufzuwendende Eigenkapital surrogiert, ist niemals genau bestimmbar, weswegen für seinen Ansatz nur allgemeine Größenordnungen festgelegt werden können (OVG Münster, NVwZ 1995, 1233 [1238]). Die Erforderlichkeit der Aufnahme von Fremdkapital wird bei der Festlegung des Mischzinssatzes dann in der Form berücksichtigt, dass dieser mit Blick auf den regelmäßig höheren Fremdkapitalzinssatz seinerseits geringfügig höher festgesetzt wird. Auch hierbei ist die langfristige Entwicklung der Fremdkapitalzinsen zugrunde zu legen, so dass sich etwaige Zinssprünge nicht in abrupten Tarifierhebungen niederschlagen können. Auf die Frage, ob die Differenzierung zwischen Eigen- und Fremdkapital „betriebswirtschaftlich richtig“ ist (dazu Heßhaus, Kalkulation kommunaler Benutzungsgebühren, 1997, S. 118, unter Hinweis auf Gawel, GemHH 1994, 222 [227], und Bals/Nölke, KStZ 1990, 201 [220]), kommt es nicht an, da diese Frage für sich genommen noch keine verfassungsrechtliche Bedeutung hat. Entscheidend ist, dass der Differenzierung, wie gezeigt, sachliche Erwägungen zugrunde gelegt werden können.

Mit den inhaltlichen Vorgaben des § 3 II ist dem Verordnungsgeber ein hinreichend konturiertes legislatives Programm vorgegeben, mit welchem sich der Gesetzgeber seiner Entscheidungshoheit nicht begibt und welche die Zinsfindung hinreichend vorhersehbar erscheinen lässt, zumal unter Berücksichtigung der langjährigen Durchschnittsmaßstäbe, die grobe Schwankungen ausschließen. Die Formel „mindestens“ bedeutet keine Freizeichnung des Gesetzgebers von seiner Verantwortung, sondern eröffnet erst die erforderliche Flexibilität und den Raum für die Berücksichtigung der in § 3 II genannten wirtschaftlichen und betriebswirtschaftlichen Maßstäbe. Ein Freibrief für die Festlegung einer unverhältnismäßig hohen Verzinsung des

betriebsnotwendigen Kapitals wird damit gerade nicht erteilt. Dies gilt um so mehr, als die Festlegung der kalkulatorischen Verzinsung nicht identisch ist mit der Fixierung der Tarife (die überdies der Genehmigungspflicht nach § 4 unterliegt), sondern lediglich ein Kostenparameter ist, der die Untergrenze der Tarife vorzeichnet (§ 3 I 2). Aus § 2 I 1, 2, IV i.V.m. § 5 Nr. 2 folgt jedoch, dass Kosten, die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen bei wirtschaftlicher Geschäftsführung ansatzfähig sind, in der Verordnung auch angesetzt werden *müssen*. Die Tarife haben diese Kosten tatsächlich zu decken (§ 3 I 2). Dass der nur für die Tarifbemessung geltende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 3 I 1) auch auf die kalkulatorische Grundlage der Tarife, also die Kosten selbst, dämpfend einwirkt, liegt in der Natur der Sache.

Zwischenergebnis: § 3 IV verstößt nicht gegen Art. 3 I GG und Art. 10 I VvB.

2. Abschreibung auf Wiederbeschaffungszeitwerten, § 3 I

Der in § 3 I vorgesehene Modus der Abschreibung auf der Basis des Wiederbeschaffungszeitwertes verstößt nur dann gegen Art. 3 I GG, wenn er zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Abgabenbelastung der BWB-Kunden führt. Nicht gerechtfertigt in diesem Sinne kann die Tarifhöhe z.B. sein, wenn dem Unternehmen der Kapitaleinsatz kraft des Berechnungsmodus gleichsam „doppelt vergütet“ wird.

a) Abschreibung auf der Grundlage von Wiederbeschaffungszeitwerten an sich

Um das Verdikt der Abgabenüberhöhung zu rechtfertigen, müsste die Methode der Abschreibung auf der Basis von Wiederbeschaffungszeitwerten zu einer sachwidrigen Abgabenüberhöhung führen. Hiervon kann bei isolierter Betrachtung dieser Abschreibungsform keine Rede sein: Abschreibungen sollen die BWB in die Lage versetzen, den Wertverzehr auszugleichen und die Ersatz- oder Wiederbeschaffung der Anlagen zu finanzieren (BVerwG, NVwZ 1985, 496 [497]; OVG Münster, NVwZ-RR 2000, 383 [385]; Heßhaus, Kalkulation kommunaler Benutzungsgebühren, 1997, S. 85 ff.). Hierfür sind Abschreibungen nach Wiederbeschaffungszeitwerten angesichts der Berücksichtigung des Inflationsausgleichs besser geeignet als solche nach dem Herstellungswert. Das BVerwG führt hierzu aus:

„Die Abschreibung von einem so verstandenen Wiederbeschaffungszeitwert findet ihre sachliche Rechtfertigung in der Erwägung, daß die Abschreibung nach den

betriebswirtschaftlichen Grundsätzen nicht nur dem Zweck dient, die durch Nutzung und Zeitablauf bedingte Entwertung der Anlage auszugleichen, sondern auch dem Zweck, die Substanz der Anlage zu erhalten. Sollen mit den Abschreibungserlösen aber der Gemeinde Mittel für die Finanzierung der Erneuerung (Ersatz) der durch Nutzung und Zeitablauf verbrauchten Anlage an die Hand gegeben werden, so erscheint die Abschreibung vom Wiederbeschaffungszeitwert sachgerecht, weil sie der Substanzerhaltung dient." (BVerwG, NVwZ 1985, 496 [497])

Die Abschreibung nach dem Wiederbeschaffungszeitwert ist gängige Praxis in den Ländern, deren Kommunalabgabengesetze es den Kommunen übrigens ausdrücklich gestatten, die kalkulatorischen Abschreibungen am Wiederbeschaffungs- anstatt am Herstellungswert auszurichten (so etwa § 5 II 4 NdsKAG, § 13 III 2, IV SächsKAG, § 12 III 1 Hs. 2 ThürKAG; vgl. auch Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 1091 m.w.N.; Heßhaus, Kalkulation kommunaler Benutzungsgebühren, 1997, S. 141).

b) Verbindung von Abschreibung auf Wiederbeschaffungszeitwerten und kalkulatorischem Zinssatz

Zweifelhaft ist, ob eine verfassungswidrige Abgabenüberhöhung auch dann ausgeschlossen ist, wenn, wie in § 3, kalkulatorische Abschreibungen auf der Basis von Wiederbeschaffungszeitwerten mit dem Ansatz kalkulatorischer Zinsen verbunden werden. Insoweit könnte die Kombination beider Kalkulationsmethoden dazu führen, dass sich der Ausgleich der Inflationsrate in der Tarifberechnung doppelt niederschlägt. Die Abschreibung auf der Basis des Wiederbeschaffungszeitwertes unterscheidet sich von derjenigen nach dem Anschaffungswert (oder Herstellungswert) gerade darin, dass das eingesetzte Kapital nicht nach seinem historischen Anschaffungswert (Nennwert), sondern nach Maßgabe der jährlichen Preissteigerungen erstattet wird (vgl. OVG Münster, NVwZ 1995, 1233 [1236]). Diese Funktion – Ausgleich von Preissteigerungen – erfüllt jedoch der Ansatz des kalkulatorischen Zinssatzes für sich genommen schon: Die Anlage von Kapital am Markt ist nur rentierlich, wenn (und weil) das Kapital nicht durch die Inflation aufgezehrt wird. Mit Blick darauf hat die Kombination von Abschreibungen nach dem Wiederbeschaffungszeitwert mit kalkulatorischen Zinsen vom Anschaffungsrestwert zum Nominalzins wegen doppelter Verrechnung der Inflationsrate vereinzelt für verfassungsrechtlich unzulässig gehalten: Betriebswirtschaftlich zulässig sei die Verrechnung kalkulatorischer Abschreibungen nur auf Anschaffungswerte, wenn parallel eine kalkulatorische Verzinsung erfolge (VG Gelsenkirchen, NWVBl 1999, 860 ff.; Brüning, KStZ 1990, 21/41 [42, 45]).

Der Einwand vermag nicht zu überzeugen. Denn es entspricht betriebswirtschaftlichen Grundsätzen, der kalkulatorischen Zinsberechnung den Anschaffungsrestzeitwert, also den um die Abschreibungen geminderten Anschaffungswert, zugrunde zu legen (vgl. nur OVG Münster, NVwZ 1995, 1233 [1238]; NVwZ-RR 2000, 383 [386]; anders die alte Rspr. des OVG Münster, NWVBl 1994, 99 [103]). In Berlin ist dies durch § 2 Wassertarifverordnung vom 14.7.1999 i.V.m. Anl. 1 so verfügt. Der erste Eindruck, der Inflationsausgleich komme, soweit er sich auf den Wertverlust bezieht, dem Unternehmer zweifach zugute und schlage sich – dies ist der entscheidende Gesichtspunkt – auch in der Tarifberechnung nieder, muss sich aus zwei Gründen als trügerisch erweisen: Erstens ist Grundlage der kalkulatorischen Verzinsung nach dem Anschaffungsrestzeitwert der bereits um die bilanzierten Abschreibungen *geminderte* Eigenkapitalbuchwert (vgl. OVG Frankfurt [Oder], LKV 2003, 278 [281]). Fallen die Abschreibungen wegen der Maßgeblichkeit des Wiederbeschaffungszeitwertes (also letztlich wegen des Inflationsausgleichs) höher aus, verringert sich im Maße des „Inflationsausgleichsgewinns“ aus der kalkulatorischen Abschreibung nach Wiederbeschaffungszeitwerten im Gegenzug das nun kalkulatorisch zu verzinsende Eigenkapital und damit einer der Kostenfaktoren. Zweitens gründet sich die These des VG Gelsenkirchen auf die Prämisse, dass Inflationswertverlust des Eigenkapitals und Wertänderungsraten am Anlagegütermarkt identisch sind; tatsächlich aber werden die Wertänderungsraten insbesondere im Wasserver- und Abwasserentsorgungsbereich, wo einerseits Leitungen bzw. Kanäle erst nach vielen Jahrzehnten der Erneuerung bedürfen, andererseits moderne Steuerungsanlagen rasante Wertverluste erleiden, stark auseinanderfallen. Nur die Abschreibung auf Wiederbeschaffungsrestzeitwerten wird insoweit den Spezifika des Anlagegutes und der Notwendigkeit seiner Wiederbeschaffung gerecht (vgl. Heßhaus, Kalkulation kommunaler Benutzungsgebühren, 1997, S. 124). Die Unterscheidung zwischen Wertverlust beim Eigenkapital einerseits und beim Anlagegut andererseits ist insofern sachlich fundiert.

Auch Abschreibungen nach Wiederbeschaffungszeitwerten geben nur einen Mindestmaßstab für die zur Wiederbeschaffung erforderlichen Mittel an, ohne die Höhe der Wiederbeschaffungskosten tatsächlich zu erreichen. Investiert der Unternehmer die erwirtschafteten Abschreibungsbeträge zur Wiederbeschaffung, führt dies nicht nur zu einer Erhöhung des Eigenkapitals und damit zur Veränderung der Bemessungsgrundlage für die kalkulatorischen Zinsen; Anschaffungs- und Wiederbeschaffungswert klaffen hier auch praktisch nicht auseinander, mit der Folge, dass der „Inflationsgewinn“ nicht durch Reinvestition

„mitgenommen“ werden könnte. Da eine solche Reinvestition in aller Regel betriebswirtschaftlich sinnvoll sein wird, kann einer hieraus u.U. folgenden Erhöhung der Tarife also nicht der Einwand sachwidriger Bemessung entgegengehalten werden, um so mehr als der vermehrte Einsatz von Eigenkapital zu einer Verringerung des Fremdkapitalanteils führen wird und damit tendenziell zur Senkung des anzusetzenden kalkulatorischen Zinssatzes.

Im Ergebnis widerstreitet § 3 II 3 dem verfassungsrechtlichen Verbot der Abgabenüberhöhung nicht, wenn die Zinsberechnung gemäß § 3 IV gemäß der in Berlin bereits üblichen Praxis auf der Grundlage des Anschaffungsrestwerts erfolgt (so wohl auch BVerwG, NVwZ 1985, 496 [497], wo einerseits die Abschreibung nach dem Wiederbeschaffungszeitwert und andererseits unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 I GG die Einbeziehung von Eigenkapitalzinsen in die Kostenrechnung ausdrücklich gebilligt werden).

Zwischenergebnis: § 3 II 3 verstößt weder isoliert noch i.V.m. § 3 IV gegen Art. 3 I GG und Art. 10 I VvB.

III. Hinreichende Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung, Art. 64 I 2 VvB

Aus den Ausführungen zu I. ergibt sich, dass die Verordnungsermächtigung des § 5 Nr. 2 dem Bestimmtheitsgebot des Art. 64 I 2 VvB genügt. Die Verordnungsermächtigung ermangelt nicht wegen des Zusatzes „mindestens“ in § 3 IV der hinreichenden Bestimmtheit. § 3 II grenzt den Spielraum des Verordnungsgebers durch die Bindung an das Prinzip der Wirtschaftlichkeit sowie die betriebswirtschaftlichen Grundsätze sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip so weitgehend ein, dass ein programmatischer Rahmen für die Kostenbestimmung deutlich erkennbar ist. Dies gilt auch für die gebotene Ermittlung des Zinssatzes nach der Restwertmethode, für welche die bereits die betriebswirtschaftlichen Grundsätzen verschriebene kommunale (und Berliner) Praxis ausreichende Orientierungspunkte bietet. Der Gesetzgeber brauchte nicht angesichts der von manchen geäußerten verfassungsrechtlichen Zweifel an der in der Rechtspraxis alternativ zur Restwertmethode in Ansatz gebrachten Durchschnittswertmethode (OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1991, 381 [383], gegen die wohl h.L. [Nachweise dort]; vgl. auch Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 1091) die Restwertmethode explizit im Gesetz festzuschreiben: Es handelt sich insoweit um eine Detailangelegenheit, die auch in den Kommunalabgabengesetzen der Länder

nicht fixiert ist und in Berlin überdies gängiger Verwaltungspraxis entspricht. Die künftige Tarifentwicklung bleibt bei alledem vorhersehbar: Nicht nur erlaubt die Bezugnahme auf langfristige Zeiträume der Zinsentwicklung tarifliche Kontinuität, sondern die Abgabenschuldner haben auch keine „irrationale“ Kostenentwicklung zu befürchten, die sich jenseits betriebswirtschaftlicher Grundsätze und des Gebots wirtschaftlicher Haushaltsführung bewegt. Im Schrifttum wird vielmehr als „ungewöhnlich“ bezeichnet, dass der Gesetzgeber *überhaupt* konkrete Verzinsungsregelungen in das TPrG aufgenommen hat (von Bechtolsheim/Abend, LKV 2000, 337 [338]).

IV. Verletzung von Grundrechten wegen Missachtung des Gesetzesvorbehalts („Wesentlichkeitslehre“)?

Ob und inwieweit Bestimmungen über die Erhebung von Abgaben an Art. 14 I GG und nicht nur – unter dem Gesichtspunkt der Vermögensrelevanz – in Art. 2 I GG eingreifen, ist umstritten (Nachw. bei Bryde, in: von Münch/Kunig, GG, Band 1, 5. Aufl. 2000, Rn. 23). Die Zuordnung zum Grundrechtskatalog ist hier allerdings zunächst nebensächlich, da auch Art. 14 I 2 GG, wiewohl kein Fall des Eingriffs in ein Grundrecht, verfügt, dass Inhalt und Schranken durch die Gesetze bestimmt werden. Da es sowohl für Eingriffe in das Eigentum als auch für Inhaltsbestimmungen des Eigentums eines Gesetzes bedarf, stimmen die Maßstäbe für das, was der Gesetzgeber selbst zu regeln hat, in beiden Fällen überein: Grundrechtswesentliche Fragen, so die ganz h.M., bedürfen der Legitimation durch Parlamentsgesetz (BVerfGE 49, 89 [126]; st. Rspr.; „Wesentlichkeitslehre“). Fehlt es hieran, ist das Grundrecht verletzt.

Das Verhältnis zwischen der verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung (Art. 64 I 2 VvB) und der nach der Wesentlichkeitsrechtsprechung gebotenen Bestimmung der wesentlichen Vorgaben bei grundrechtsrelevanten Maßnahmen im Gesetz ist umstritten: Teilweise wird geltend gemacht, die Wesentlichkeitslehre reiche weiter als die Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung, da die weite Fassung der Ermächtigungsnorm nicht ausschließe, dass die Entscheidung über die Voraussetzungen von Grundrechtseingriffen letztlich doch der Verwaltung zugewiesen werde (Pieroth/Schlink, Grundrechte, 19. Aufl. 2003, Rn. 264). Im Lichte der Interpretation des Art. 80 I GG durch das BVerfG überzeugt dies nicht: Hat der Gesetzgeber selbst die wesentlichen Entscheidungen zu treffen, ein legislatives Programm für die Verwaltungsrechtssetzung vorzugeben und dem Inhalt der künftigen Verordnung im Sinne der hinreichenden Vorhersehbarkeit

Konturen zu verleihen (s.o.), bleibt kein Raum mehr für die Festlegung grundrechtswesentlicher Vorgaben durch die Verwaltung (so etwa Bryde, in: von Münch/Kunig, GG, Band 3, 5. Aufl. 2003, Art. 80 Rn. 21 m.w.N.; Ramsauer, in: AK-GG, 3. Aufl., AufbauL 2001, Art. 80 Rn. 28 f. m.w.N.; i.E. auch BVerfGE 58, 257 [277 f.]). Art. 80 I GG und 64 I 2 VvB sind also bereits Ausprägungen des Wesentlichkeitsgedankens. Für den vorliegenden Fall ist nachgewiesen worden, dass der Gesetzgeber dem Senat durch die Kostenbemessungsvorgaben des § 3 II in Ansehung der überkommenen Verwaltungspraxis nur einen engen Spielraum vorgegeben hat, der „Überraschungen“ bei der Tarifikalkulation ausschließt. Für eine Verletzung von Art. 2 I oder 14 I GG besteht damit keinerlei Anhaltspunkt.

V. Verletzung des parlamentarischen Budgetrechts (Art. 85 VvB) durch die Verordnungsermächtigung (§§ 3 IV, 5 Nr. 2)?

Das Budgetrecht weist dem Parlament die Befugnis zu, über die Gesamtheit der Einnahmen und Ausgaben der Ressorts im Haushaltsplan zu befinden. Die Zuweisung der Festlegung einnahmenerheblicher Vorgaben an die Exekutive (Senat) könnte – auch wenn sie die Zustimmung des Parlaments selbst gefunden hat – dieses Recht verletzen.

Ein Verstoß gegen Art. 85 VvB ist jedoch schon dann ausgeschlossen, wenn die sog. mittelbare Landesverwaltung – zu welcher auch die rechtlich selbständige Anstalt BWB zählt – von den Haushaltsgrundsätzen dieser Norm schon gar nicht erfasst wird. Für die Parallelbestimmung des Art. 110 I GG entspricht dies der Staatspraxis. Es wäre widersinnig, wenn einerseits eine Einheit mit Rechtsfähigkeit ausgestattet und damit organisatorisch ausgegliedert werden könnte – zumal im Falle der BWB unter Beteiligung Privater –, andererseits aber ihre Einnahmen und Ausgaben aber bei der Gründungskörperschaft etatisiert werden müssten (vgl. m.w.N. Heintzen, in: von Münch/Kunig, GG, Band 3, 5. Aufl. 2003, Art. 110 Rn. 5; Hillgruber, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 3, 4. Aufl. 2001, Art. 110 Rn. 34 ff.). Dies entspricht in vollem Maße der Rechtsauffassung des BerVerfGH (NVwZ-RR 2003, 537 [539] m.w.N.). In das Budgetrecht des Parlaments könnte § 3 IV jedoch eingreifen, weil die Bestimmung sich auf die Höhe der dem Land vom BWB-Gewinn zustehenden Anteile und damit auf die Einnahmen des Landes auswirkt. Eine solche Auswirkung steht bei den kalkulatorischen Zinsen ebenso außer Frage wie bei anderen Kostenparametern. In erster Linie wirkt sich die Kostenfestlegung jedoch nur auf die Einnahmen der BWB aus, die der Geltung des Art. 85 I VvB aber entzogen sind. Die organisatorische Selbständigkeit der Anstalt, die in der

Nichtanwendung dieser Bestimmung zum Ausdruck kommt, würde ausgehebelt, wenn schon die mittelbare Einnahmenbetroffenheit der Gründungskörperschaft für alle einnahmenrelevanten Regelungen der BWB die parlamentarische Zustimmung erheischt. Hinzu kommt, dass durch die Verordnung nicht etwa die BWB-Einnahmen selbst festgelegt werden, sondern nur eine ihrer Berechnungsgrundlagen.

Zwischenergebnis: Die Einnahmenrelevanz der Verordnungsermächtigung gebietet keine Verankerung im Haushaltsplan des Landes; Art. 85 VvB ist nicht verletzt.

Ergebnis zu A: § 3 IV und § 5 Nr. 2 TPrG sind verfassungskonform.

B. Zur verfassungsrechtlichen Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung mit dem Inhalt des § 23.7 des Konsortialvertrages vom 14.6.1999

Auch wenn das TPrG in den überprüften Punkten – wie gezeigt – verfassungskonform ist, steht noch die Frage im Raum, ob der Berliner Gesetzgeber von Verfassung wegen gehalten ist, finanzielle Ausgleichsregelungen zwischen dem Land Berlin und den BWB, die bisher nur Gegenstand des Konsortialvertrages (eines gemischt privat- und öffentlich-rechtlichen atypischen Vertrages) sind, in die Form einer parlamentsgesetzlichen Regelung zu gießen, die Bestandteil des TPrG oder Gegenstand eines flankierenden Gesetzes sein könnte. Hierzu könnte Art. 87 I VvB verpflichten.

Nach Art. 87 I VvB dürfen ohne gesetzliche Grundlage weder Steuern oder Abgaben erhoben noch Anleihen aufgenommen oder Sicherheiten geleistet werden. Der Konsortialvertrag vom 14.6.1999 verstößt gegen diese Vorgabe, wenn sich erweisen sollte, dass insoweit um eine verdeckte Kreditaufnahme oder Sicherheitsleistung handelt. Eine spezifische gesetzliche Grundlage für die in § 23.7 vereinbarte Regelung besteht nicht.

Gegenstand des § 23.7 ist der Nachteilsausgleich zugunsten der BWB in dem (ja auch tatsächlich eingetretenen) Fall der Nichtigerklärung des § 3 TPrG. Insofern ist inhaltlich verfügt:

(1) Vorrangig prüft der Senat die Möglichkeit des Nachteilsausgleichs durch Gesetzesnovellierung und flankierende „unternehmerische Maßnahmen“ (Sätze 1-3).

(2) Kommen Maßnahmen nach den Sätzen 1 und 2 nicht zum Zuge, differenziert § 23.7 weiter:

(a) Das Land verpflichtet sich zum finanziellen Nachteilsausgleich für den Fall, dass ihm Maßnahmen der in Sätze 1 und 2 genannten Art rechtlich und wirtschaftlich möglich und zumutbar gewesen wären, aber nicht getroffen werden (Satz 4).

(b) Werden Maßnahmen der in Sätze 1 und 2 genannten Art getroffen, sind jedoch zum Ausgleich der Nachteile nicht ausreichend, ist das Land im Übrigen zum finanziellen Nachteilsausgleich verpflichtet (Satz 5).

I. Sicherheitsleistung?

Bei § 23.7 Sätze 4 und 5 könnte es sich um eine Sicherheitsleistung handeln. Dieser Begriff deckt sich inhaltlich mit dem der Bürgschaften und Garantien in Art. 115 I GG. Darunter ist nur die Übernahme eines Risikos i.S.d. Haftung für Verpflichtungen oder Erfolge *Dritter* zu verstehen (ganz h.M.; BerlVerfGH, NVwZ-RR 2003, 537 [539] m.w.N.; Wendt, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 3, 4. Aufl. 2001, Art. 115 Rn. 24), nicht jedoch das Eingehen eigener Verpflichtungen.

Im vorliegenden Fall könnte allerdings die entsprechende Anwendung des Art. 87 I VvB geboten sein, wenn das Land Berlin sich einer Haftung unterworfen hat, die es im Normalfall nicht übernommen hätte. Generell gilt (außer bei Verstößen gegen gesetzgeberische Pflichten, die auf Gemeinschaftsrecht beruhen), dass ein Staat für „legislatives Unrecht“, also insbesondere die Folgen des Erlasses verfassungswidriger Gesetze, nicht haftet (st. Rspr.; vgl. nur BGHZ 56, 40 [44]; 84, 292 [300]; 102, 350 ff.). Unterwirft sich der Staat gleichwohl freiwillig der Haftung, könnte dies im Ergebnis ähnlich wie ihre Übernahme von einem Dritten wirken. Ob die Verfassungswidrigkeit des § 3 IV TPrG a.F. ohne Berücksichtigung des 23.7 des Konsortialvertrags für das Land wirklich ohne Konsequenzen geblieben wäre, muss indes bezweifelt werden, da das Teilprivatisierungsgesetz, obschon auf lange Sicht angelegt, doch im engen Zusammenhang mit der Begründung des Holdingmodells steht und damit den Charakter eines Maßnahmegesetzes annimmt. Dies wird bereits an der Pflicht zur Prüfung legislativer Korrekturen in § 23.7 S. 1, 2 KV erkennbar. Für solche Fälle hat auch

der BGH die legislative Haftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG nicht ausgeschlossen (BGHZ 56, 40 [46]; 102, 350 [367]; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 106). Insoweit könnte § 23.7 am Ende gar als Gegenteil einer Sicherheitsleistung anzusehen sein, nämlich als vertragliche *Beschränkung* der gesetzlich begründeten Haftung des Landes Berlin.

Letztlich kommt es darauf jedoch nicht an, denn ein weiteres Kriterium für das Vorliegen einer Sicherheitsleistung ist hier nicht erfüllt: Die Risikoübernahme muss Hauptzweck des abgeschlossenen Vertrages sein (ganz h.M.; BerlVerfGH, NVwZ-RR 2003, 537 [540 ff.] m.w.N.). § 23.7 sieht den Verlustausgleich hingegen erstens nur unter der Bedingung vor, dass Maßnahmen nach S. 1 und 2 nicht ergriffen werden oder nicht ergriffen werden können. Ist ein Ausgleich auf legislativem Wege nicht möglich oder nicht zumutbar, findet überhaupt kein Ausgleich statt. Zweitens ist auf den *gesamten* Konsortialvertrag abzustellen, in dessen Rahmen die Ausgleichsregelung des 23.7 aber nur eine marginale Komponente ist. Die Leistung einer Sicherheit liegt damit nicht vor.

II. Anleihen?

Der Begriff des Anleihens entspricht dem der Kreditaufnahme in Art. 115 I GG (BerlVerfGH, NVwZ-RR 2003, 537 [538]). Ob die Regelung in § 23.7 KV als Aufnahme eines Anleihens zu verstehen ist, hängt vom Verständnis des Begriffes ab.

Die weitaus h.M. fasst unter den Kreditbegriff nur sog. Finanzschulden und nimmt die Verwaltungsschulden vom Kreditbegriff aus. Die Abgrenzung von Finanz- und Verwaltungsschulden ist unscharf (nach Höfling, Staatsschuldenrecht, 1993, S. 30 ff., 42, handelt es sich um heuristische Kategorien ohne unmittelbare normative Direktionskraft). Als Leitlinie kann jedoch angegeben werden, dass bei Finanzschulden die Geldbeschaffung zum Zwecke der Ausgabendeckung wesentlich ist, bei Verwaltungsschulden ein sachlicher Bezug zur laufenden Staatstätigkeit, die an sich durch andere Einnahmen abgedeckt ist (Höfling, ebd., S. 42; Bsp. für Finanzschulden bei Heun, in: Dreier, GG, Band III, 2000, Art. 115 Rn. 17).

Der BerlVerfGH neigt gar zu einem restriktiven Verständnis des Begriffs der Finanzschuld und sieht eine Kreditaufnahme nur als gegeben an, wenn dem Staat Geldleistungen zugewandt werden, die er später – i.d.R. verzinst – zurückzahlen muss (BerlVerfGH, LVerfGE 6, 66; BerlVerfGH, NVwZ-RR 2003, 537

[538]). Insofern ist ausgeschlossen, dass 23.7 Sätze 4, 5 ein Anleihen zum Inhalt haben: Das Land Berlin nimmt kraft dieser Regelung kein Geld zur Ausgabendeckung ein; ein irgendwie geartetes Rückzahlungserfordernis besteht nicht. Die Schuld wird nicht um der Geldbeschaffung willen begründet, sondern resultiert aus einer Staatshandlung anderer Art; sie ist zudem bedingt. Da die Entstehung der Verpflichtung auf einem Legislativakt beruht, mag die Bezeichnung als „Verwaltungsschuld“ terminologisch unangemessen sein. Maßgeblich ist jedoch allein, dass, wie gezeigt, keine Finanzschuld vorliegt; damit ist auch kein Kredit aufgenommen worden.

Ergebnis zu B: Art. 87 I VvB erfordert nicht die Übernahme der in § 23.7 KV getroffenen Regelung in ein Parlamentsgesetz.

Gesamtergebnis: Die überprüften Bestimmungen des TPrG sind verfassungsgemäß. Eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Nachbesserung des Gesetzes besteht nicht.

Hamburg, 28.11.2003


Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer