Handelsblatt
Veranstaltungen

Newsletter 1/2008
Der Branchentreff!

7. Handelsblatt Jahrestagung

Wasser- und Abwasserwirtschaft 2008.

Wir freuen uns,

Ihnen aktuelle Fachbeiträge und Informationen zur 7. Handelsblatt Jahrestagung Wasser- und Abwasserwirtschaft 2008 am 12. und 13. November 2008 in Berlin zu präsentieren.

Hochkarätige Referenten, zahlreiche Diskussionen sowie die Zusammensetzung der Teilnehmer werden die Tagung auch im Jahr 2008 wieder zu einem erfolgreichen Branchentreff für die Wasser- und Abwasserwirtschaft machen.

Handelsblatt

Substanz entscheidet.

Weitere Informationen zum Branchentreff unter:
http://vhb.handelsblatt.com/wasser

Betriebsführungsvertrag oder gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft in der Abwasserwirtschaft

Dr. Ute Jasper, Rechtsanwältin und Dr. Hans Arnold, Rechtsanwalt, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf

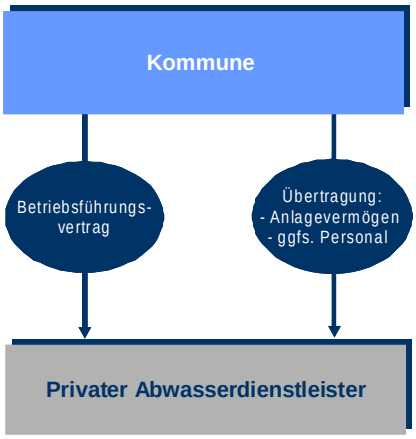
Die Teilprivatisierungsmodelle in der Abwasserwirtschaft haben sich bewährt. Bereits Anfang der 90er Jahre privatisierten die ersten Kommunen die Abwasserbeseitigung. Entscheidet sich eine Kommune heute, die Abwasserbeseitigung zu privatisieren, so stellt sich die Frage, ob ausschließlich ein Betriebsführungsvertrag geschlossen werden soll oder die Aufgaben auf eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft übertragen werden. Die Entscheidung hängt maßgeblich von den Rahmenbedingungen und nicht von wirtschaftlichen Gesichtspunkten ab.

Kommunen, die heute ihre Abwasserbeseitigung privatisieren, können auf fast 20 Jahre Erfahrung zurückgreifen. Gemachte Fehler lassen sich vermeiden. Heute ist geklärt, welche Aufgaben rechtlich auf ein privates Unternehmen übertragen werden dürfen und nach welchen wirtschaftlichen Gesichtspunkten sie übertragen werden sollten. Gebührenrechtlich ist obergerichtlich geklärt, welche Leistungsentgelte in die Gebührenkalkulation eingestellt werden dürfen: Reparatur, Wartung, Inspektion und Managementaufgaben sind auf Grundlage von Pauschalfestpreisen, die im Wettbewerb anzubieten sind, abzurechnen. Reparaturen dürfen zu Selbstkostenfestpreisen vergütet werden. Sämtliche Ausgaben der Kommune dürfen als erforderliche Kosten in die Gebührenkalkulation eingestellt werden.

Betriebsführungsvertrag

Der Betriebsführungsvertrag und die Konditionen, zu denen vorhandenes Anlagevermögen, wie etwa Kanalreinigungsfahrzeuge und Inspektionskameras auf den neuen Dienstleister übertragen werden, sind europaweit auszuschreiben. Das Modell für einen Betriebsführungsvertrag mit einem privaten Abwasserdienstleister lässt sich grafisch wie folgt darstellen:

Die Kommune beauftragt den privaten Dienstleister durch Vertrag mit den Betriebsführungsaufgaben und Sanierungsleistungen. Sie überträgt dabei nur privatisierungsfähige Aufgaben. Privatisierungsfähig sind solche Aufgaben, die nicht nach den geltenden Gesetzen für die Abwasserbeseitigung bei der Gemeinde bleiben müssen. Die Kommune trägt insbesondere die Letztverantwortung für die ordnungsgemäße Abwasserentsorgung und muss die Abwasserbeseitigungsgebühren erheben. Das Eigentum am Kanal und den Anlagen bleibt in der Regel bei der Kommune. Rechtlich zulässig und wirtschaftlich sinnvoll ist es, folgende Leistungen zu beauftragen:



- Betriebsführung für die öffentlichen Abwasseranlagen (Betrieb, Inspektion, Wartung, Reparatur und Reinigung sowie Planungsleistungen) ggfs. nebst den zugehörigen Transportleistungen außerhalb des Gemeindegebiets,
- Unterstützung bei der Gebührenerhebung (Aufstellung der kalkulatorischen Kosten, Erhebung der erforderlichen Daten, Erstellen der Gebührenbescheide, ggfs. einschließlich Versand und Inkasso und sonstigen Hilfsdiensten),
- Neuinvestitionen und Sanierungsleistungen, die allerdings auf Selbstkostenerstattungsbasis abzurechnen sind.

Die Schnittstellen der Abwasserbeseitigung zu anderen öffentlichen Aufgaben und den Bürgern sind mittlerweile hinreichend bekannt. Straßensanierungsprojekte lassen sich mit der Abwasserkanalsanierung ohne Schwierigkeiten verbinden. Die Aufgabenverteilung zwischen der Kommune und dem Abwasserdienstleister werden durch den Betriebsführungsvertrag abgegrenzt. Die Anschlussstellen an die Grundstücke bleiben wie bisher bestehen.

Der private Unternehmer oder die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft erhalten von der Gemeinde für ihre Betriebsführungsleistungen ein festes Betriebsführungsentgelt sowie meist ein aufwandsbezogenes Entgelt für Investitionen. Das Betriebsführungsentgelt entlohnt alle Aufgaben, die sich vor Vertragsschluss abschließend nicht nur nach ihrer Art, sondern auch nach dem erforderlichen Aufwand bestimmen lassen. Der Private kann sie kalkulieren und bietet in dem wettbewerblichen Vergabeverfahren feste Entgelte an. Umfasst ist auch die Reparatur der Kanäle. Investitions- und Sanierungsmaßnahmen werden hingegen zu Selbstkostenerstattungspreisen abgerechnet.

Die Reparatur lässt sich nach DIN-Normen von der Sanierung klar abgrenzen. Die Sanierung lässt sich in ihrem Umfang bei langfristigen Verträgen nicht im vorhinein abschätzen. Die Abrechnung auf Selbstkostenerstattungsbasis ist daher zulässig.

In der Vergütungsvereinbarung sind die Vorgaben des Preisrechts zu berücksichtigen. Dies ist erforderlich, damit die Kommune alle Entgelte in ihre Gebührenkalkulation einbeziehen und gegenüber den Gebührenzahlern abrechnen darf. Voraussetzung ist, dass die Betriebsführungsentgelte im Wettbewerb ermittelt werden. Dann handelt es sich um zulässige Marktpreise nach VO PR 30/53. Preisrechtlich zulässig und kommunalabgabenrechtlich umlagefähig ist auch ein angemessener Gewinn.

Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft

Auch die Modelle für gemischtwirtschaftliche Gesellschaften sind mittlerweile ausgereift. Die Kommune überträgt die Aufgaben in den meisten Fällen auf eine kommunale Gesellschaft oder eine neugegründete Gesellschaft, an der die Kommune und ein Privater beteiligt sind. Der Private ist in einem europaweiten Vergabeverfahren auszuwählen, wie der EuGH in seiner grundlegenden Entscheidung „Stadt Mödling“ festgestellt hat. Der Private muss im Verfahren einen Kaufpreis für die Geschäftsanteile an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft und Pauschalfestpreise für den Betriebsführungsvertrag anbieten.

Kommunale Gesellschaften, die die Abwasserbeseitigung übernehmen, sind häufig auch Stadtwerke, die ihre Erfahrungen und mögliche Synergien aus der Trinkwasserversorgung sowie dem Leitungsbau einbringen. Soweit an diesen Unternehmen die Privatwirtschaft nicht beteiligt ist, ist in der Regel kein Vergabeverfahren erforderlich, sondern meistens liegen die Voraussetzungen für ein vergaberechtsfreies In-House-Geschäft vor.

Als Gesellschaftsform hat sich die GmbH bewährt. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung erfüllt die Vorgaben der Gemeindeordnungen für Beteiligungen an privatrechtlichen Gesellschaften am besten. Die Haftung der Kommune ist auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt und die erforderlichen Einflussrechte lassen sich flexibel in der GmbH regeln.

Die Gesellschaft ist so auszugestalten, dass sie den kommunalrechtlichen Anforderungen der Länder für Beteiligungen der öffentlichen Hand entspricht. In den meisten Bundesländern gelten folgende Mindestanforderungen:

- Angemessener kommunaler Einfluss, gemessen an der Beteiligungshöhe der Kommune
- Ausrichtung auf den öffentlichen Zweck Abwasserbeseitigung,
- Jahresabschluss und Lagebericht in entsprechender Anwendung der Vorschriften des dritten Buches des Handelsgesetzbuches für große Kapitalgesellschaften.

Möglich sind sowohl Mehrheits- als auch Minderheitsbeteiligungen der Kommune. Die kommunalrechtlichen Einflussrechte werden häufig durch die Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrates sichergestellt, in den Verwaltungsbeamte und/oder Ratsmitglieder entsandt werden.

Wichtig für die wirtschaftliche Seite ist, dass der private Partner weitgehende Rechte zur Geschäftsführung erhält. Er muss den Betrieb so organisieren können, dass das Unternehmen alle Aufgaben ordnungsgemäß erfüllt und die von ihm angebotenen Betriebsführungsentgelte auskömmlich sind. Im Gegenzug kann die Kommune von ihm Garantien für den Erfolg der Gesellschaft, z. B. für stabile Gebühren und den Bestand der Gesellschaft verlangen. Häufig werden vom Privaten Gewinne garantiert und eine Verlustübernahmepflicht sowie die Abwendung von Insolvenzgründen verlangt.

Grafisch lässt sich das Modell wie folgt darstellen: (siehe unten).

Teilprivatisierung oder gemischtwirtschaftliche Gesellschaft

Nach welchen Kriterien entscheidet eine Kommune aber nun, ob sie die Leistungen mit einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft gemeinsam mit dem privaten Partner erbringt oder das private Unternehmen ausschließlich mit der Betriebsführungsleistung beauftragt. Qualität der Betriebsführungsleistungen und die Kosten sind keine Kriterien, weil beide Modelle zu den gleichen Ergebnissen kommen. Unterschiede ergeben sich ausschließlich bei den kommunalen Einflussmöglichkeiten, der Überleitung der Mitarbeiter und den Erlösen für den kommunalen Haushalt.

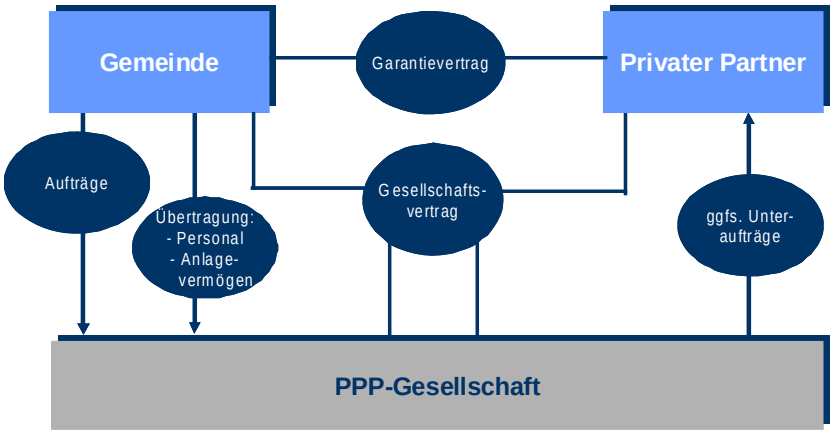
Gleiche Qualität und Preisstabilität

Die Beteiligung der Kommune an einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft birgt gegenüber dem Betriebsführungsvertrag keine zusätzlichen Risiken. Denn bei den Verträgen, die sich in der Praxis bewährt haben, muss der private Gesellschafter der Kommune Garantien einräumen, damit die Gemeinde nicht über ihre Stellung als Gesellschafterin Verluste der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft tragen muss. Der Private hat im Wettbewerb die Entgelte für die Betriebsführungsleistungen kalkuliert und muss daher die Pflicht übernehmen, eine etwaige Insolvenz der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft abzuwenden, Verluste auszugleichen und der Kommune ggfs. feste Gewinnausschüttungen der Gesellschaft zu garantieren.

Aus diesem Grunde und weil der Private die unternehmerische Führung in der Gesellschaft übernimmt, muss er auch dafür einstehen, dass die Entgelte auskömmlich sind. Die gleichbleibenden Kosten sind über die fest vereinbarten Pauschalentgelte im Betriebsführungsvertrag fest vereinbart.

Kriterien

Die Entscheidungen für eine gemeinsame Gesellschaft werden meistens nach Kriterien jenseits von Wirtschaftlichkeit und Leistungssicherheit getroffen. Meistens spielt die Verantwortung der Kommunen gegenüber ihren Arbeitnehmern im Bereich Abwasser eine zentrale Rolle. Denn die bislang beschäftigten Mitarbeiter, sei es unmittelbar bei der Kommune oder einem kommunalen Eigenbetrieb, müssen zu dem neuen Dienstleister wechseln. Regelmäßig liegen die Voraussetzungen eines Teilbetriebsübergangs nach § 613 a BGB vor, so dass die Beschäftigungsverhältnisse mit der Übertragung der Vermögensgegenstände für die Abwasserbeseitigung auf die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft übergehen. Dies gilt im Normalfall auch dann, wenn diese Vermögensgegenstände an einen privaten Dienstleister verkauft werden (Teilbetriebsübergang).



Jedoch müssen im Normalfall besondere Absicherungen für die Mitarbeiter getroffen werden, damit diese die Privatisierung akzeptieren. Sie fürchten schlechtere Arbeitsbedingungen, Verlust ihrer Altersversorgung und fehlende Tarifbindung. Zwar können diese Rechte auch über privatrechtliche Verträge mit dem Unternehmen sichergestellt werden, jedoch ist die Akzeptanz bei den Mitarbeitern wesentlich höher, wenn die Kommune - wenn auch nur noch zu einem geringeren Teil - an dem neuen Arbeitgeber beteiligt ist.

Bei gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften besteht auch immer noch die Möglichkeit, weiterhin eine betriebliche Altersvorsorgung in einer öffentlichen Versorgungskasse aufrecht zu erhalten. Beschäftigte bei nordrhein-westfälischen Kommunen sind z. B. häufig bei der Rheinischen Zusatzversorgungskasse versichert. Bei gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften ist es zulässig, dass diese ihre Mitgliedschaft in der Zusatzversorgungskasse aufrecht erhalten dürfen und hierdurch eine nahtlose betriebliche Altersversorgung gewährleisten können. Ebenfalls ist es möglich, dass die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft weiterhin im kommunalen Arbeitgeberverband Mitglied bleibt und somit tarifgebunden ist. Zudem können über gesellschaftsrechtliche Steuerungsmöglichkeiten in der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft Personalfragen weiterhin durch die Kommune mitbestimmt werden.

Die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft bietet auch den Vorteil, dass weitergehende Steuerungsmöglichkeiten über den Betriebsführungsvertrag hinaus in der Gesellschaft vereinbart werden können. Diese können über die Gesellschafterversammlung oder einen fakultativ einzurichtenden Aufsichtsrat sichergestellt werden. Zudem ergeben sich in einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft zusätzliche Erträge für den allgemeinen Haushalt, die nicht in den Gebührenhaushalt eingestellt werden müssen. Zudem lassen sich Sondererlöse für den kommunalen Haushalt aus der Veräußerung der Geschäftsanteile an den privaten Unternehmer realisieren.

Nachteilig an gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften ist lediglich der zusätzliche Aufwand für die Beteiligungsverwaltung. Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat müssen besetzt werden und der Rat ist gegebenenfalls mit Entscheidungen in der Gesellschaft zu befassen. Dieser Aufwand fällt nicht an, wenn keine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft gegründet wird und die Abwasserbeseitigung ausschließlich im Rahmen des Betriebsführungsvertrages kontrolliert wird.

Praxistipp

In der Praxis hängt die Entscheidung über einen Betriebsführungsvertrag oder die Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft mit einem privaten Partner weitgehend von der Ausgangslage ab. Wird die Abwasserbeseitigung neu organisiert, so ist zunächst die Ausgangslage gründlich zu analysieren. Wurden die Aufgaben bisher überwiegend mit eigenem Personal und eigenem Vermögen erfüllt, so kommt eher eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft in Betracht. Die politischen Einflussmöglichkeiten des Rates können über eine solche Gesellschaft besser gesteuert werden und die Belange der Mitarbeiter dauerhaft gewahrt werden. Besteht ein fraktionsübergreifender politischer Konsens, Aufgaben weitgehend auf private Unternehmen zu verlagern und spielt der Bestandsschutz für die bisherigen Mitarbeiter eher eine untergeordnete Rolle, so lassen sich die wirtschaftlichen Ziele der Kommunen besser über einen Betriebsführungsvertrag sicherstellen. Überlegungen zur Leistungsfähigkeit der Abwasserentsorgung spielen hingegen kaum eine Rolle, da beide Modelle eine wirtschaftliche, kostengünstige Leistungserfüllung bei hoher Qualität sicherstellen.