



**Projektbericht – Online-Version**

**Marktöffnung bei der Trinkwasser-  
versorgung -  
Entwicklung von Verbraucherschutz-  
positionen**

**Teil III:    *Individualrechtliche Frage-  
stellungen***

Verbraucher-Zentrale NRW  
B 3 - *Gruppe Umwelt* -  
Projektmitarbeiter:  
Björn Rickert (Projektleitung)  
Hendrik Erkelenz (rechtliches Gutachten)

Mintropstraße 27  
40215 Düsseldorf

Januar 2002  
Version 3.0 (Online-Version)



**Projektbericht – Online-Version: Teil III*****Marktöffnung bei der Trinkwasserversorgung -  
Entwicklung von Verbraucherschutzpositionen*****- Download-Version, aufgeteilt in 3 Dokumente -**

<b>Dokument</b>	<b>Inhalt</b>	<b>Seiten</b>
<b>Teil I</b>	<i>Einleitung, Inhalt, Positionen</i>	
	Gesamt-Inhaltsverzeichnis	I
	Einleitung und Überblick	II-III
	Ableitung verbraucherpolitischer Positionen aus den Projektergebnissen	IV-V
	Positionspapier „ <i>Privatisierung und Liberalisierung bei der Trinkwasserversorgung - Eckpunkte für den Verbraucher- und Umweltschutz -1/2002</i> “	8
<b>Teil II</b>	<b><i>Ökologische, ökonomische, soziale und allgemeine rechtliche Fragestellungen</i></b>	77
	Studie des Instituts für sozial-ökologische Forschung (ISOE): Anlass, Grundlagen, rechtliche Rahmenbedingungen, Organisationsstrukturen, Trinkwasserqualität, Ressourcenschutz, Partizipation, ausländische Erfahrungen, Szenarientwicklung, verbandspolitische Positionierung	
<b>Teil III</b>	<b><i>Individualrechtliche Fragestellungen</i></b>	89
	<b>1. Gutachten der Verbraucher-Zentrale NRW zu rechtlichen Fragestellungen: Individuelle Ansprüche und Pflichten der Verbraucherinnen und Verbraucher</b>	
	<b>2. Zusammenfassung des rechtlichen Gutachtens der Verbraucher-Zentrale NRW</b>	



**Projekt**  
**Marktöffnung bei der Trinkwasserversorgung**  
**- Entwicklung von Verbraucherschutzpositionen -**

**Gutachten zu rechtlichen Fragestellungen**

**Autor: Hendrik Erkelenz**

**(April 2001)**



<b>Gliederung</b>	<b>Seite</b>
<b>A. Einleitung</b>	7
I. Eingrenzung der Aufgabe	7
II. Begriffsdefinitionen	7
<b>B. Untersuchungsergebnisse</b>	7
I. Privatisierung	7
1) Anschluss- und Versorgungspflicht	7
2) Demokratische Kontrolle	8
3) Preisbildung	9
4) Ausschöpfung von Gestaltungsspielräumen zu Lasten der Verbraucher	9
5) Mangelnde Informationsansprüche des Verbrauchers	10
II. Liberalisierung	10
1) Allgemeine Versorgung	10
2) Durchleitung	10
3) Fortgeltung der AVBWasserV	11
a) Haftungsbeschränkungen, Vertragsstrafen, Einschränkung des Zurückbehaltungsrechts des Verbrauchers	11
b) Beschränkung der Primärleistungspflicht	11
c) Duldung der Verlegung von Versorgungsleitungen	12
d) Zutrittsrechte und einstweilige Verfügung	12
e) Liefersperre - Betroffenheit von Mietern des Versorgungskunden	12
f) Preisanpassungsklauseln	12
g) Konkludente Vertragsschlüsse	12
h) Mögliche Konsequenz: Aufspaltung der AVB	13
4) Haftungsregelungen	13
5) Preisbildung und -korrektur	13
6) Fehlende Schutzwürdigkeit neu hinzutretender Anbieter	14
<b>C. AVB-Darstellung aus Verbrauchersicht in Hinblick auf Privatisierungs- und Liberalisierungsszenarien</b>	15
§ 1 Gegenstand der Verordnung	16
I) Anschluss- und Versorgungspflicht	17
II) Anwendungsbereich	17
III) Einbeziehung	17
IV) Ergänzende Bestimmungen	17
V) Sonderkundenverträge?	17
VI) Bekanntgabe	19
§ 2 Vertragsabschluss	19
I) Mieter als Vertragspartner?	20
II) Konkludente Versorgungsverträge	21

<b>Gliederung</b>	<b>Seite</b>
III) Preisbildung	22
1) Öffentlich-rechtliches Verhältnis	22
2) Privatrechtliches Verhältnis	23
IV) Kontrolle der Preisbildung	26
1) Individuelle Preiskontrolle nach § 315 BGB	27
2) Missbrauchskontrolle nach § 19 IV Nr.4 GWB	29
V) Durchleitung	29
§ 3 Bedarfsdeckung	31
§ 4 Art der Versorgung	31
I) Anwendung von Kaufvertragsregeln	32
II) Informationsansprüche (Zusammenfassung)	35
1) Ansprüche aus der AVBWasserV	35
2) Ansprüche aus der TrinkwasserVO (geltende Fassung)	35
3) Ansprüche aus der TrinkwasserVO (Fassung ab 01. Januar 2003)	35
4) Ansprüche aus dem LandeswasserG NW	35
5) Ansprüche aus dem Umweltinformationsgesetz	36
6) Vertragliche Ansprüche	36
§ 5 Umfang der Versorgung, Benachrichtigung bei Versorgungsunterbrechungen	36
§ 6 Haftung bei Versorgungsstörungen	38
I) Haftungsbeschränkungen	39
II) Grenzen der Beschränkung	40
III) Sonderkundenbereich - Haltbarkeit der Haftungsbeschränkungen am Beispiel Strom	40
IV) Unterschiede im Bereich der Wasserversorgung	42
V) Haftungsdurchsetzung	43
VI) Einbeziehung der Mieter	43
§ 7 Verjährung	44
§ 8 Grundstücksbenutzung	44
§ 9 Baukostenzuschüsse	45
§ 10 Hausanschluss	46
§ 11 Messeinrichtungen an der Grundstücksgrenze	48
§ 12 Kundenanlage	49



<b>Gliederung</b>	<b>Seite</b>
§ 13 Inbetriebsetzung der Kundenanlage	50
§ 14 Überprüfung der Kundenanlagen	50
§ 15 Betrieb, Erweiterungen und Änderungen von Kundenanlage und Verbrauchseinrichtungen; Mitteilungspflichten	51
§ 16 Zutrittsrecht	52
§ 17 Technische Anschlussbedingungen	54
§ 18 Messung	54
§ 19 Nachprüfung von Messeinrichtungen	56
§ 20 Ablesung	57
§ 21 Berechnungsfehler	58
§ 22 Verwendung des Wassers	60
§ 23 Vertragsstrafe	61
§ 24 Abrechnung, Preisänderungsklauseln	62
I) Information über preisbildende Faktoren	63
II) Preisänderungsklauseln	64
§ 25 Abschlagzahlungen	64
§ 26 Vordrucke für Rechnungen und Abschläge	65
§ 27 Zahlung, Verzug	65
§ 28 Vorauszahlungen	66
§ 29 Sicherheitsleistung	67
§ 30 Zahlungsverweigerung	67
§ 31 Aufrechnung	69
§ 32 Laufzeit des Versorgungsvertrages, Kündigung	69
§ 33 Einstellung der Versorgung; fristlose Kündigung	70

<b>Gliederung</b>	<b>Seite</b>
§ 34 Gerichtsstand	74
§ 35 Öffentlich-rechtliche Versorgung mit Wasser	74
§ 36 Berlinklausel	75
§ 37 Inkrafttreten	75
<b>D. Normenaufstellung</b>	76
<b>E. Literaturverzeichnis</b>	79

## **A. Einleitung**

### **I) Eingrenzung der Aufgabe**

Das Gutachten befasst sich mit den verbraucherrelevanten juristischen Fragen der Trinkwasserversorgung im Kontext der Marktöffnung bei der Trinkwasserversorgung. In Abgrenzung zum Aufgabenbereich des Instituts für sozial-ökologische Forschung (ISOE) liegt der Schwerpunkt der Betrachtung auf den individuellen Ansprüchen und Pflichten der Verbraucher und weniger im Bereich der verbandsrechtlichen bzw. - politischen Darstellung<sup>1</sup>. Ausgenommen sind daher insbesondere die Auswirkungen der europäischen Wasserrechtsrahmenrichtlinie.

### **II) Begriffsdefinitionen**

Unter Privatisierung wird die Übertragung der kommunalen Versorgungsaufgabe auf eine juristische Person des Privatrechts verstanden. Privatisierung im formellen Sinne ist dabei die Übertragung auf ein Unternehmen, das entweder vollständig oder doch zumindest im überwiegenden Teil von der Kommune beherrscht wird. Materielle Privatisierung ist die Übertragung ohne den Verbleib einer solchen Beherrschung.

Unter Liberalisierung wird die Aufhebung der Gebietsmonopole verstanden, d.h. die Öffnung des Marktes für zumindest einen zusätzlichen Anbieter (Durchleitung mehrerer durch ein Netz). Bei der Vergabe der Versorgungsaufgabe an ein privates Unternehmen findet um diese Vergabe möglicherweise ebenfalls Konkurrenz statt („Konkurrenz um den Markt“). Diese Konkurrenzform nimmt daher eine Zwitterstellung zwischen Liberalisierung und Privatisierung ein. Sie wird jeweils an geeigneter Stelle mit behandelt.

## **B. Untersuchungsergebnisse**

Die Betrachtung der gegenwärtigen Rechtslage im Wasserbereich und der Vergleich zu den Entwicklungen im liberalisierten Strommarkt werden zeigen, dass es bei einer Liberalisierung, aber auch schon im Bereich der Privatisierung einer erheblichen normativen Anpassung zum Schutze der Verbraucher bedarf. Folgende Feststellungen lassen sich zusammenfassend dazu treffen<sup>2</sup>:

### **I) Privatisierung**

#### **1) Anschluss- und Versorgungspflicht**

Bislang gibt es keine § 10 EnWG (Anschluss- und Versorgungspflicht) entsprechende explizite Regelung.

Man kann aber eine solche Pflicht aus der (bislang) monopolistischen Stellung des jeweiligen Versorgers unter Zuhilfenahme der zivilrechtlichen Regelungen zur sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB) ableiten, und zwar für privat wie öffentlich-rechtlich ausgestaltete Unternehmen.

---

<sup>1</sup> Soweit landesrechtliche Vorschriften in Rede stehen, wird auf NRW Bezug genommen.

<sup>2</sup> Die Überlegungen werden anschließend im Kontext der AVBWasser-Normierungen vertieft dargestellt. Es wird auf die jeweiligen AVB-Paragrafen und auf die dortigen Anmerkungen verwiesen. Zusätzlich sei auch auf die instruktiven Darstellungen des BMU-Entwurfs einer Broschüre zu den Umweltaspekten der Privatisierung und der UBA-Studie zur Liberalisierung (beide November 2000) verwiesen, die Ausgangspunkt der gutachterlichen Bearbeitung waren.

## 2) Demokratische Kontrolle

Die bei kommunaler Bindung bestehende demokratische Legitimation und Kontrolle wird immer weiter zurück gedrängt, je weiter sich die Kommune aus dem Versorgungsgeschehen zurückzieht<sup>3</sup>. Es muss die Frage gestellt werden, ob Bereiche der Daseinsvorsorge wie die Wasserversorgung vollständig in die Hand Privater entlassen werden dürfen. In einem so zentralen Bereich wie der Wasserversorgung dürfen - aus Sicht der Verbraucher - die Bindung des öffentlichen Versorgers insbesondere an die Grundrechte (Menschenwürde, Recht auf Unversehrtheit der Wohnung<sup>4</sup>, das Sozialstaatsprinzip („Solidargemeinschaft“), aber auch die Anwendbarkeit konkreter Regelungen wie z.B. der Amtshaftungsgrundsätze (§ 839 BGB, 34 GG)<sup>5</sup> nicht leichtfertig in Frage gestellt werden<sup>6</sup>.

Zumindest eine rudimentäre Kontrolle muss fortbestehen, gepaart mit der Verpflichtung der Kommune, bei einem Versagen des privaten Anbieters die entstehende Versorgungslücke zu kompensieren. Für diesen „Heimfall“ muss die Kommune im Zweifel sowohl Geldmittel für die Instandsetzung einer evt. „auf Verschleiss gefahrenen“ Anlage, als auch für den kurzfristigen Einkauf von möglicherweise mittlerweile verlorengangenen Know-How bereithalten<sup>7</sup>. Hier ist auf eine detaillierte Ausgestaltung des Privatisierungsvertrages zu achten.

Die für den Heimfall vorzuhaltenden Mittel sind aus dem Privatisierungserlös zu entnehmen und dürfen keinesfalls dazu führen, dass die Verbraucher nunmehr die - sich nachträglich als schlecht erweisende - Wahl der Kommune bei der Privatisierung durch erhöhte Gebührenzahlungen ausgleichen müssen<sup>8</sup>.

Es stellt sich die Frage, ob der einzelne Bürger einen Anspruch darauf hat, dass die Kommune zumindest ihre Kontrollmöglichkeiten aufrecht erhält. Da hier die Funktionalität der gemeindlichen Daseinsvorsorge als solche in Frage steht, wird ein solcher Anspruch eher zu verneinen sein. Der einzelne Bürger partizipiert hier gegenwärtig lediglich reflexartig<sup>9</sup>.

Um also dem Verlust der demokratischen Kontrolle entgegenzuwirken, müssen den Verbrauchern weitergehende Partizipationsmöglichkeiten eingeräumt werden. Dies gilt zunächst für den

<sup>3</sup> Vergl. insb. § 24 Anm. I

<sup>4</sup> Vergl. Anm. zu § 16 (Zutrittsrecht des Versorgers) und zu § 19: Bedenken, dass der Versorger Prüfer in eigener Sache sein kann.

<sup>5</sup> Vergl. Anm. zu § 5

<sup>6</sup> In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung durch die Gemeindeordnungen der Länder (z.T. rigide) Grenzen gesetzt sind. Dies führt zu dem interessanten Ergebnis, dass die formelle Privatisierung, also der Fall verbleibender direkter kommunaler Kontrolle, über die erlaubte wirtschaftliche Betätigung hinausgehen kann. Hingegen können die Beschränkungen ein materiell privatisiertes Unternehmen auf den ersten Blick nicht mehr treffen. Die Schutzrichtung der GO ist nämlich insbesondere, dass *die Kommune* sich nicht wirtschaftlich übernimmt. Die materielle Privatisierung lässt sich allenfalls mit dem Argument in den Schutzbereich einbeziehen, dass die Kommune beim „Heimfall“ hohe Kosten treffen. Dazu gleich im Text.

<sup>7</sup> ISOE S. 39 hält es allerdings nicht für zwingend, dass hier echte Doppelstrukturen aufgebaut werden müssen. Sofern hier auf die Übernahme der Know-how-Träger abgestellt wird, stellt sich die Frage, in wie weit gerade das unzureichende Know-how dieser Leute zum Eintritt des Heimfalls geführt hat. In jedem Fall droht hier die plötzliche Aufdeckung kurzfristig nötiger Investitionen. Dieser Situation sollte im Privatisierungsvertrag mit einer Pflicht des privaten Anbieters zur detaillierten Darstellung der Qualitäts- und Wirtschaftsparameter zumindest gegenüber der Kommune entgegen gewirkt werden.

<sup>8</sup> Die Kontrolle dieser Anforderung dürfte in den Händen der Kommunalaufsicht liegen.

<sup>9</sup> Die Gemeindeordnungen geben den Bürgern keinen Anspruch auf *Schaffung* von Einrichtungen (hier: der Kontrollmöglichkeit), sondern lediglich einen Anspruch auf Benutzung bereits geschaffener Einrichtungen im Rahmen der Zumutbarkeit.

Akt der Privatisierung als solcher. Zu denken ist an eine ähnliche Prozedur wie beim Erlass eines Bebauungsplans. Sodann könnte das Umweltinformationsgesetz von seinem Anwendungsbereich dergestalt auf die (öffentlichen wie) privaten Anbieter erstreckt werden, dass diese jedem einzelnen Verbraucher hinsichtlich ihrer Umweltdaten Rede und Antwort stehen müssen<sup>10</sup>. Abgesehen von einer gesetzgeberischen Verpflichtung kann nur durch einen solchen Zwang zur Öffentlichkeit ein so großer Rechtfertigungsdruck erzeugt werden, dass auch private Anbieter sich in der Umwelt engagieren (z.B. die Kooperation mit den Landwirten vor Ort fortsetzen)<sup>11</sup>.

### 3) Preisbildung

Rein privatrechtliche Anbieter werden, den Geboten der Ökonomie folgend, einen möglichst hohen Gewinn erzielen wollen<sup>12</sup>. Insbesondere steht zu befürchten, dass sie bei der Preisbildung das Kostendeckungsprinzip<sup>13</sup> der öffentlichen Hand verlassen werden. Es ist darauf hinzuwirken, dass die Kommunen die privaten Anbieter in den Privatisierungsverträgen möglichst eng an dieses Preisbildungsprinzip anbinden. Um Unklarheiten zu beseitigen, könnte der Gesetzgeber regeln, ob überhaupt und inwieweit private Anbieter über die Eigenkapitalverzinsung hinaus Gewinne erwirtschaften dürfen<sup>14</sup>. Die individuelle Möglichkeit des Verbrauchers, eine gerichtliche Preiskontrolle herbeizuführen, muss gesetzlich ausdrücklich betont werden<sup>15</sup>.

### 4) Ausschöpfung von Gestaltungsspielräumen zu Lasten der Verbraucher

Allgemein steht zu befürchten, dass die privaten Versorger zwar auf den Privilegierungen in der AVB beharren, privatrechtliche Gestaltungsspielräume aber voll ausschöpfen werden. Dies gilt nicht nur für die Ausschöpfung der Grenzwerte der TrinkwasserVO statt Einhaltung des Minimierungsgebotes<sup>16</sup>, sondern z.B. auch für die Berufung auf die zwischen den Parteien beschränkte Rechtskraftwirkung bei einer zivilgerichtlichen Preiskorrektur.

Um die privaten Anbieter daran zu hindern, den informellen Konsens des Minimierungsgebotes zu unterwandern, sollte dieses Kriterium zum „muss“-Kriterium erhoben werden oder zumindest „operationalisiert“ werden<sup>17</sup>. Preiskorrekturentscheidungen im Bereich der Daseinsvorsorge könnten mit einer verallgemeinernden Rechtskraftwirkung versehen werden<sup>18</sup>.

---

<sup>10</sup> Der Begriff „Informationen über die Umwelt“ umfasst nach § 3 UIG auch umweltrelevante Tätigkeiten. Den Interessen der Anbieter an der Wahrung von Betriebsgeheimnissen könnte nach § 8 UIG Rechnung getragen werden. Denkbar wäre auch, die Informationspflicht auf Möglichkeiten zum Wassersparen zu erstrecken. Private Unternehmen geraten hier allerdings in einen ökonomischen Zielkonflikt. Auch das Erfordernis eines Mindestdurchflusses durch das Wassernetz ist nicht außer Acht zu lassen.

<sup>11</sup> Vergl. zum Themenkomplex „demokratische Kontrolle“ § 2 Anm. III 3

<sup>12</sup> Vergl. § 2 Anm. III 1) ff

<sup>13</sup> In diesem Zusammenhang rückt stets auch das Äquivalenzprinzip ins Blickfeld. Bei einer Privatisierung ist es in einem zivilistischen Sinne zu verstehen. Der private Anbieter bedarf der gemeinpolitischen Steuerungsmöglichkeiten eines - auf das Verbot bloßer Willkür beschränkten - öffentlich-rechtlichen Äquivalenzprinzips nicht. Vergl. § 2 Anm. III 1).

<sup>14</sup> Vergl. § 2 Anm. III 2)

<sup>15</sup> Vergl. § 2 Anm. IV 1)

<sup>16</sup> Vergl. Anm. zu § 4. Dass die Grenzwerte der TrinkwasserVO eine kauf- aber auch mietvertragliche Leistungsbeschreibung darstellen, muss angesichts bestehender rechtlicher Unsicherheiten positiv festgeschrieben werden.

<sup>17</sup> Vergl. zu letzterem: ISOE S. 40

<sup>18</sup> Vergl. § 2 Anm. IV

## **5) Mangelnde Informationsansprüche des Verbrauchers**

Häufig sind, wie in der Trinkwasserverordnung, detaillierte Berichtspflichten der Anbieter geregelt, aber keine damit korrespondierenden Informationsansprüche der Verbraucher. Solche Ansprüche sind aber nicht nur erforderlich, um allgemein (politischen) Einfluss auf die Fortentwicklung der Wasserversorgung zu nehmen, sondern auch, um ganz konkret Schadensersatz- oder Minderungsansprüche prozessual durchzusetzen<sup>19</sup>.

Soweit bereits Informationsansprüche bestehen, müssen diese auch inhaltlich effektiv ausgestaltet sein. Z.B. sollte den Anbietern ausdrücklich eine detaillierte Dokumentationspflicht hinsichtlich der Überprüfung der Kundenanlage (§ 14 AVBWasserV) auferlegt werden. Eine solche könnte im Privatisierungsvertrag festgeschrieben, aber auch gesetzlich festgelegt werden.

## **II) Liberalisierung**

Die Liberalisierung im Sinne des „Wettbewerbs im Markt“ (Durchleitung) wird aufgrund hygienischer, aber auch rechtlicher Bedenken jedenfalls derzeit abgelehnt. Strebt man sie dennoch an, so wären folgende Rahmenbedingungen (mindestens) zu schaffen:

### **1) Allgemeine Versorgung**

Es müsste insbesondere eine ausdrückliche Regelung geschaffen werden, welchen Anbieter am Markt die allgemeine Versorgungspflicht trifft. Ansonsten stünde nämlich die Begründung der Versorgungspflicht über § 826 BGB, die auf der Monopolstellung beruht, in Frage. Es bietet sich die Netzbetreibereigenschaft als Anknüpfungspunkt an.

### **2) Durchleitung**

Die Durchleitung müsste detailliert geregelt werden. Insbesondere ist darüber nachzudenken, ob der verhandelte Netzzugang angesichts der problematischen und schleppenden Umsetzung der Anbieter im Strom- und Gasbereich noch das Mittel der Wahl ist. Dies gilt insbesondere aufgrund des im Verhältnis zu Strom und Gas weit höheren Regulierungsbedarfs. Zumindest muss eine verbindliche Frist zur Schaffung einer effektiven Verbändevereinbarung festgelegt werden. Verstreicht diese fruchtlos, so muss eine Regulierungsbehörde eingesetzt oder zumindest eine dem § 6 II EnWG entsprechende Verordnung über die Durchleitungsentgeltbestimmung geschaffen werden. Dem Verbraucher sollte ein individueller Anspruch auf den Abschluss eines Netzdurchleitungsvertrages gegeben werden, um zusätzlichen Umsetzungsdruck zu erzeugen. Der Verbraucher hat nach dem heute üblichen Modell der Vertretung durch den neuen Lieferanten auf den Inhalt des Durchleitungsvertrages keinen direkten Einfluss. Um ihn vor Wechselgebührenvereinbarungen zu schützen, sollten diese gesetzlich verboten werden.

Anders als im Strombereich ist auch eine Regelung für den Mindestdurchsatz zu treffen.

Es kann nicht angehen, dass sich einige Anbieter lukrative Großkunden „herauspicken“ und aufgrund des zu geringen Netzdurchflusses der allgemeine Anbieter daraufhin zu Lasten der Rein-

---

<sup>19</sup> Zur Zeit bedarf es eines erheblichen Argumentationsaufwandes, um Informationsansprüche aus vertraglichen Nebenpflichten oder der prozessualen Waffengleichheit abzuleiten. Folgt der Richter dem nicht, so ist der Verbraucher auf eigene Gutachten angewiesen, die das Prozessrisiko steigern und damit abschreckend wirken.

heit das Wasser verchloren muss<sup>20</sup>. Zudem wäre angesichts des hohen Fixkostenanteils eine Preissteigerung in den weniger lukrativen Gebieten kaum zu vermeiden, was sich mit dem Solidargedanken der Daseinsvorsorge nicht vereinbaren lässt.

### **3) Fortgeltung der AVBWasserV**

Die AVBWasserV neuer Fassung wurde 1980 bei ihrer Einführung noch als erhebliche Verbesserung für die Belange der Verbraucher gelobt. Sie müsste nunmehr der Tatsache angepasst werden, dass eine ganze Reihe von versorgerfreundlichen Regeln sich nur dadurch legitimieren lassen, dass die Versorgung monopolistisch in der öffentlichen Hand liegt bzw. von kommunal beherrschten privatrechtlichen Unternehmen vorgenommen wird. Mit guten Gründen lässt sich zunächst vertreten, dass es auch im Wasserbereich „Sonderkunden“ gibt, deren Verträge einer (zumindest eingeschränkten<sup>21</sup>) Überprüfung durch das AGBG unterliegen. Sodann sind zahlreiche Privilegierungen der AVBWasserV auf die mit der monopolistischen Stellung korrespondierende Massenversorgungspflicht zugeschnitten. Für neue Marktteilnehmer, die dieser Pflicht nicht unterliegen würden, lassen sich die Privilegierungen zumeist nicht rechtfertigen<sup>22</sup>.

#### **a) Haftungsbeschränkungen, Vertragsstrafen, Einschränkung des Zurückbehaltungsrechts des Verbrauchers**

Die Insolvenz eines Anbieters, der nur einen überschaubaren Kreis von Kunden beliefert, würde die Wasserversorgung als solche nicht beeinträchtigen. Warum sollte er also in den Genuss von Haftungsbeschränkungen<sup>23</sup>, rigiden Vertragsstrafenregelungen<sup>24</sup> und Einschränkungen des verbraucherseitigen Zurückbehaltungsrechtes<sup>25</sup> kommen dürfen?<sup>26</sup>

#### **b) Beschränkung der Primärleistungspflicht**

Den Versorgern wird eine weiter als im allgemeinen Zivilvertragsrecht greifende Befreiung von der Primärleistungspflicht eingeräumt. Jedenfalls, soweit dies an die Sicherstellung der öffentlichen Versorgung angeknüpft wird, kann diese Privilegierung für neue Anbieter am Markt keinen Bestand haben, weil sie diese Sicherstellungsaufgabe nicht haben werden. Aber auch die Anknüpfung an die „wirtschaftliche Unzumutbarkeit“ ist im allgemeinen Vertragsrecht die absolute

---

<sup>20</sup> Vergl. zur Durchleitung § 2 Anm. V

<sup>21</sup> Sogar eine vollständige Inhaltskontrolle nach dem AGBG lässt sich gut begründen, vergl. § 1 Anm. 5. Eine gesetzgeberische Klarstellung wäre hier wünschenswert.

<sup>22</sup> Anders wäre dies wohl zu bewerten, wenn man den (alternativen) ISOE-Ansatz verfolgt, dass alle Anbieter in einem Versorgungsgebiet untereinander als Garanten für den Ausfall eines Unternehmens eintreten. (S. 51).

<sup>23</sup> Vergl. § 6 Anm. III; die Haftungsbeschränkung erfasst z.T. sogar vorsätzliches zurechenbares Verhalten!

<sup>24</sup> Vergl. Anm. zu § 23

<sup>25</sup> Vergl. Anm. zu § 30

<sup>26</sup> Die im Bereich der Wasserversorgung gegebenen Unterschiede zum Strommarkt vermögen hieran nichts zu ändern: Zwar kann zum einen eine Verunreinigung o.ä. des vom Lieferanten ins Netz geleiteten Wassers unabhängig vom Netzbetrieb zu einem Massenschaden führen. Auch wenn neue Marktteilnehmer nur wenige Kunden beliefern sollten, ist ihr (deliktisches) Schadensrisiko also ausgesprochen hoch. Zum anderen kennt die AVBWasserV keine summenmäßige Beschränkung. Dies erleichtert die Akzeptanz der (sonstigen) Haftungsbeschränkungen, wenngleich m.E. der teilweise Ausschluss der Vorsatzhaftung nach wie vor unzumutbar ist.

Jedenfalls ist das Ausscheiden eines neuen Marktteilnehmers aus Sicht der Allgemeinheit hinnehmbar, wenn ein allgemeiner Versorger festgelegt ist, der die betroffenen Kunden „auffängt“. Vergl. zu den Unterschieden zwischen Strom- und Wasserversorgung § 6 Anm. IV

Ausnahme und jedenfalls für die neuen Anbieter ist kein Grund erkennbar, die Ausnahme im Rahmen der AVB zu erweitern<sup>27</sup>.

**c) Duldung der Verlegung von Versorgungsleitungen**

Aus dem gerade genannten Grund ist auch nicht ersichtlich, warum Verbraucher zugunsten neuer Anbieter die Verlegung von Versorgungsleitungen gemäß § 8 AVBWasserV dulden sollten. Diese sind auf den Weg der individuellen Vereinbarung unter vollständiger Anwendung des AGBG zu verweisen<sup>28</sup>.

**d) Zutrittsrechte und einstweilige Verfügung**

Problematisch erscheint auch die Einräumung eines Zutrittsrechts nach § 16 AVBWasserV für die neu an den Markt tretenden Anbieter. Die Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs (Art 13 GG und Recht auf informationelle Selbstbestimmung) und die Titulierung des Zutrittsrechts per einstweiliger Verfügung lassen sich hier nicht mehr auf das Erfordernis der Sicherung der öffentlichen Versorgung stützen<sup>29</sup>.

**e) Liefersperre - Betroffenheit von Mietern des Versorgungskunden**

Auch der faktische Durchschlag einer Liefersperre auf die Mieter eines Versorgungskunden wird nicht zuletzt mit dem allgemeinen Versorgungsauftrag und dem damit verbundenen Liquiditätsbedarf begründet. Diese Begründung greift für neue Anbieter nicht. Allgemein dürfen Mieter nicht (faktisch) gezwungen werden, Rückstände des Vermieters zu bezahlen. Eine gesetzliche (oder zumindest verordnungsmäßige) Klarstellung wäre hier wünschenswert<sup>30</sup>.

**f) Preisanpassungsklauseln**

Auch die herrschende Meinung, dass nach der AVB Preisanpassungen (bei vorhandener Anpassungsklausel) nicht einmal mehr öffentlich bekannt gegeben werden müssen, ist im liberalisierten Markt aus Verbrauchersicht kaum haltbar: Dem Verbraucher muss eine solche Anpassung individuell verdeutlicht werden<sup>31</sup>, damit er die Möglichkeit hat, zeitnah sein Verbrauchsverhalten der neuen Preislage anzupassen oder das Versorgungsverhältnis zu kündigen und auf einen günstigeren Anbieter auszuweichen.

**g) Konkludente Vertragsschlüsse**

Die Tendenz der Rechtsprechung, konkludente Vertragsschlüsse anzunehmen, ist einzudämmen. Denn diese führt im Falle der Insolvenz neuer Anbieter und dem damit verbundenen Rückfall des Verbrauchers an den allgemeinen Versorger zu erheblichen Rechtsunsicherheiten<sup>32</sup>. Dass die AVBWasserV prinzipiell von einem Vertragsschluss nur mit dem Vermieter ausgeht, ist eine Mär, mit der es aufzuräumen gilt<sup>33</sup>.

---

<sup>27</sup> Vergl. Anm. zu § 5

<sup>28</sup> Vergl. Anm. zu § 8

<sup>29</sup> Vergl. Anm. zu § 16

<sup>30</sup> Vergl. dazu Anm. zu § 33

<sup>31</sup> Hierfür bietet sich die monatliche Abschlagsrechnung an.

<sup>32</sup> Vergl. dazu § 2 Anm. II

<sup>33</sup> Vergl. § 2 Anm. I



## **h) Mögliche Konsequenz: Aufspaltung der AVB**

Allenfalls der allgemeine Versorger/Netzbetreiber wäre in einem liberalisierten Markt schutzwürdig. Naheliegender ist daher eine Aufspaltung der AVB in eine „AVBDurchleitung“, die den Netzbetreiber als allgemeinen Versorger (in Maßen) privilegiert, und eine wesentlich verbraucherfreundlichere „AVBLieferung“<sup>34</sup>.

## **4) Haftungsregelungen**

Im übrigen darf der Verbraucher nicht dadurch benachteiligt werden, dass ihm auf einmal mehrere Anbieter gegenüberstehen, von denen jeder potentiell das Wasser eines ganzen Netzes verunreinigen könnte. Hier müssen die Anbieter dem Verbraucher als Haftungsgemeinschaft gegenüberstehen. Nur so kann das Risiko vermieden werden, dass der Verbraucher hinterher den tatsächlichen Schädiger nicht nachweisen kann und damit insgesamt mit seinem Schaden ausfällt. Ein denkbarer Ansatz ist hier eine dem § 830 I BGB entsprechende Regelung, die eine gemeinschaftliche Gefährdungshaftung aufgrund risikogeneigter Tätigkeit aller an der Wasserversorgung beteiligten Anbieter festlegen müsste<sup>35</sup>. Die Alternative wäre ein engmaschiger Kontroll- und Dokumentationsmechanismus<sup>36</sup>.

## **5) Preisbildung und -korrektur**

Hinsichtlich der Preiskalkulation ist schließlich festzustellen, dass die Anbieter bei einer „Konkurrenz im Markt“ die Kalkulationsdaten nicht mehr in einem Maße publik machen wollen, als dies - im Rahmen der demokratischen Kontrolle - bei einem von der Kommune getragenen Unternehmen (zumindest theoretisch) der Fall war. Dass der Einwand des zu schützenden Betriebsgeheimnisses in einen zivilrechtlichen Preiskorrekturprozess durchgreift, ist nicht unwahrscheinlich. Möglicherweise kann daher eine Preiskorrektur nur noch per kartellbehördlicher Missbrauchskontrolle stattfinden. Hier bleibt der Verbraucher außen vor, weil die kartellrechtlichen Normen ihm keine individuelle Initiativrechte einräumen. Ein solches individuelles Antragsrecht würde die Stellung des Verbrauchers weiter stärken. Um die Preisgestaltung transparenter zu gestalten, sollte über eine der BTOEIt entsprechende Regelung nachgedacht werden, statt eine Abschaffung der letzteren zu betreiben<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Eine solche Aufspaltung wird derzeit im Strombereich an diskutiert. Letztlich könnte man auf eine AVBLieferung auch verzichten, soweit sie den Verbraucher nicht ausnahmsweise besserstellt (siehe dazu gleich im Text unter 6)), und statt dessen die entsprechenden Verträge der vollständigen Inhaltsprüfung nach dem AGBG unterwerfen. Vergl. dazu § 1 Anm. V (Stichwort Sonderkundenverträge und analoge Anwendung des § 23 II AGBG)

<sup>35</sup> Die Haftungsverteilung im Innenverhältnis von Netzbetreiber und (neuen) Anbietern ist dabei problematisch. Es ist zu überprüfen, inwieweit der Netzbetreiber in diese gesamtschuldnerische Haftung mit einbezogen werden kann, da für ihn die Haftungsprivilegierung aus § 6 AVBWasserV - in gewissen Grenzen - legitim ist. Seine Innenregressmöglichkeiten gegenüber den neuen Anbietern am Markt sind ja möglicherweise durch deren Solvenz begrenzt. Hier eröffnet sich ein Problemfeld: Wird der Netzbetreiber einseitig privilegiert, so ist der Markteintritt für neue Anbieter möglicherweise nicht mehr lukrativ genug und damit ein (neues) Wettbewerbshindernis aufgestellt. Die Konsequenz ist aber nicht zwingend die einheitliche Privilegierung aller Anbieter, sondern möglicherweise eher - in Hinblick auf eine funktionierende Daseinsvorsorge - der Verzicht auf die Liberalisierung im Wasserversorgungsbereich. Vergl. zur Haftungsdurchsetzung § 6 Anm. V.

<sup>36</sup> Hier wären die Kosten der Kontrolle gegen die Kosten der Versicherung für die gemeinschaftliche Gefährdungshaftung gegeneinander abzuwägen.

<sup>37</sup> Vergl. § 2 Anm IV 2) sowie zum Problemfeld der Verständlichkeit von Abrechnungen: Anm. zu § 26

## 6) **Fehlende Schutzwürdigkeit neu hinzutretender Anbieter**

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass neue Anbieter, die nicht (mehr) von einer Versorgungspflicht getroffen und damit nicht mehr in Hinblick auf die Daseinsvorsorge schutzwürdig sind, der vollen - Vertragsparität schaffenden - Regelung des AGBG ausgesetzt werden müssen<sup>38</sup>. Dessen ungeachtet ist *zu Lasten* auch der neuen Anbieter festzustellen, dass sie im individuellen Leistungsverhältnis zum einzelnen Verbraucher elementare Bedürfnisse abdecken, also Daseinsvorsorge betreiben. Der einzelne Verbraucher bedarf also (weiterhin) des Schutzes. Soweit sich dieser Gedanke in der AVBWasserV äußert, ist dieser auch im Fall einer Aufspaltung der AVB in die Bereiche Durchleitung und Lieferung aufrecht zu erhalten<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Auch die in § 23 II Nr. 2 AGBG für Strom- und Gasbereich ausgewiesene *Einschränkung* der Inhaltsprüfung (lediglich nach § 9 AGBG) ist m.E. angreifbar.

<sup>39</sup> Hier ist insbesondere an das Warnerfordernis mit zweiwöchiger Frist vor Ausübung des Zurückbehaltungsrechts aus § 33 AVBWasserV zu denken.

### C. AVB-Darstellung aus Verbrauchersicht unter besonderer Berücksichtigung von Privatisierungs- und Liberalisierungsszenarien

Die bisherige Rechtslage ist geprägt von dem Verständnis der Wasserversorgung als Bestandteil der öffentlichen Daseinsvorsorge, verbunden mit einer monopolistischen Versorgungsstruktur. Zwar treten in Deutschland bereits etwa 25 % der Wasserversorger<sup>40</sup> als juristische Personen des Privatrechts auf. Die jeweiligen Kommunen sind jedoch zumeist 100-prozentige Anteilseigner oder haben jedenfalls die absolute Anteilsmehrheit und damit grundsätzlich die Letztentscheidungskompetenz in den Organen der Trägergesellschaften<sup>41</sup>.

Soweit der Versorgungsbetrieb öffentlich-rechtlich organisiert ist<sup>42</sup>, hat die Kommune die Wahl, ob sie das Anschluss- und Benutzungsverhältnis öffentlich- oder privatrechtlich ausgestaltet. Die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung erfolgt per Satzung<sup>43</sup>. Die Satzung muss ihrerseits den wesentlichen Regelungsprinzipien der AVBWasserV folgen (§ 35 AVBWasserV)<sup>44</sup>. Häufig ist auch eine Mischform zu finden, dergestalt, dass lediglich noch eine Rumpfsatzung besteht, die den Anschluss- und Benutzungszwang festlegt<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Diese Zahl stammt aus 1997 (siehe Gutachten der Deutsche Bank Research vom 25.08.2000, S.4) und dürfte inzwischen weiter angestiegen sein.

<sup>41</sup> Über Sperrminoritäten kann allerdings auch schon bei geringerer Beteiligung die Entscheidungsfindung empfindlich gestört werden.

<sup>42</sup> Als Regiebetrieb, d.h. als nach kameralistischen Grundsätzen geführter, nicht selbständiger Betrieb der Verwaltung (Stichwort: keine organisatorische/ wirtschaftliche Verselbständigung) oder als Eigenbetrieb, d.h. ein Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit, geführt von einer Werksleitung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten unter weitgehend eigener Verantwortung, insbesondere für die laufende Betriebsführung. Der Eigenbetrieb hat den Regiebetrieb seit den vierziger Jahren weitgehend abgelöst. Regelungen dafür finden sich in der Gemeindeordnung NW, der Eigenbetriebsverordnung NW und der jeweiligen örtlichen Betriebssatzung. Der Eigenbetrieb ist nach wohl überwiegender Auffassung im Zivilprozess aktiv- wie passivlegitimiert (vergl. Ludwig/Odenthal, Recht der öffentlichen Wasserversorgung I/28, Stichwort Eigenbetrieb). Zu beachten ist, dass der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden in NRW enge Grenzen gesetzt sind. Zentrale Regelung ist hier § 107 GO NW n.F. Danach ist eine privatwirtschaftliche Betätigung der Gemeinden (mit Gewinnerzielungsabsicht) nur möglich, wenn ein dringender öffentlicher Zweck besteht (Stichwort Mangelsituation) und die Betätigung in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht.

<sup>43</sup> Gegebenenfalls auch durch öffentlich-rechtlichen Vertrag, der aber den besonderen Regeln der §§ 54 - 61 VwVfG unterworfen ist. Diese Gestaltungsform ist aus Verbrauchersicht aber wohl zu vernachlässigen.

<sup>44</sup> Dies wird als zulässiger Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung angesehen. Nicht von der Anpassungspflicht erfasst sind zwingende Verwaltungsverfahrensvorschriften und auf Landesrecht beruhende gemeindliche Vorschriften zur Regelung des Abgabenrechts. Der Grenzverlauf ist hier fließend. Vergl. dazu BVerwG DÖV 1990, 228: „ Jedoch gebietet der mit dieser Vorschrift verfolgte Zweck eine weite Auslegung dahin, dass die Vorschrift ohne Rücksicht auf die in den einzelnen Bundesländern unterschiedlichen Inhalte des landesrechtlichen Abgabenbegriffs in den von ihr verwendeten Begriff des „Abgabenrechts“ auch die Kostenerstattungsansprüche des gemeindlichen Wasserversorgungsrechts einbezogen wissen will.“ Ein Verstoß gegen die Anpassungspflicht dürfte ansonsten die Ortssatzung bzw. die einzelnen Regelungen nichtig machen. Es stellt sich dann die Frage, ob eine ergänzende „Vertrags“auslegung nach AVBWasserV möglich ist. M.E. würde dies dem Gestaltungsprinzip des § 35 AVBWasserV zuwider laufen: Die AVB regelt die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung eben nicht unmittelbar, es ist ein Anpassungsakt des Ortsgesetzgebers erforderlich.

<sup>45</sup> Dieser verstößt nicht gegen das Gebot der Anpassung an die AVBWasserV. Der Konflikt des Benutzungszwangs mit der Möglichkeit des Teilbezugs aus § 3 AVBWasserV wird als tolerabel erachtet (Ludwig/Odenthal § 3 AVBWasserV Rd.2). Vergl. Anm. zu § 3

Die privatrechtliche Ausgestaltung erfolgt durch einzelne Verträge. Die AVBWasserV<sup>46</sup> wird dabei üblicherweise Bestandteil, und zwar kraft Einbeziehung durch die Verordnung.

Da die AVB somit der zentrale Regelungsbereich der gesamten Wasserversorgung ist, soll sie im Folgenden kommentarähnlich dargestellt werden. Ausgangspunkt der Überlegungen ist jeweils die Kommentierung von Ludwig/Odenthal, *Recht der Elektrizitäts-, Gas und Wasserversorgung*<sup>47</sup>. Zum schnelleren Verständnis ist der Text der jeweiligen Norm vorangestellt. Die oben genannten Ergebnisse werden hier im normativen Zusammenhang detailliert entwickelt.

### *§ 1 Gegenstand der Verordnung*

*1. Soweit Wasserversorgungsunternehmen für den Anschluss an die öffentliche Wasserversorgung und für die öffentliche Versorgung mit Wasser Vertragsmuster oder Vertragsbedingungen verwenden, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind (allgemeine Versorgungsbedingungen), gelten die §§ 2 bis 34. Diese sind, soweit Absatz 3 und § 35 nichts anderes vorsehen, Bestandteil des Versorgungsvertrages.*

*2. Die Verordnung gilt nicht für den Anschluss und die Versorgung von Industrieunternehmen und Weiterverteilern sowie für die Vorhaltung von Löschwasser.*

*3. Der Vertrag kann auch zu Allgemeinen Versorgungsbedingungen abgeschlossen werden, die von den §§ 2 bis 34 abweichen, wenn das Wasserversorgungsunternehmen einen Vertragsabschluss zu den Allgemeinen Bedingungen dieser Verordnung angeboten hat und der Kunde mit den Abweichungen ausdrücklich einverstanden ist. Auf die abweichenden Bedingungen sind die §§ 3 bis 11 des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen anzuwenden.*

*4. Das Wasserversorgungsunternehmen hat seine Allgemeinen Versorgungsbedingungen, soweit sie in dieser Verordnung nicht abschließend geregelt sind oder nach Absatz 3 von den §§ 2 bis 34 abweichen, einschließlich der dazugehörigen Preisregelungen und Preislisten in geeigneter Weise öffentlich bekanntzugeben.*

---

<sup>46</sup> Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV) vom 20. Juni 1980 (BGBl. I S. 750) – ber. BGBl. I S. 1067. Die Verordnung basiert auf § 27 AGBG. In der Neufassung des § 27 AGBG ist die Verordnungsermächtigung nunmehr auch auf die Abwasserentsorgung erweitert worden (neu gefasst durch Überweisungsgesetz vom 21.07.1999, bekanntgemacht 29.06.2000, BGBl. I S. 946). Der Verordnungsgeber (zuständig: BMWi, Zustimmung des Bundesrates und Einvernehmen des BMJ erforderlich) hat davon bislang aber keinen Gebrauch gemacht.

<sup>47</sup> Diese ist in letzter Zeit von RA Dr. *Hempel* aus Wuppertal vorgenommen worden, der nach Informationen des energierechtlichen Instituts der Universität Köln auf der Versorgerseite einzuordnen ist. Da sich dies in einer fast durchgängig einseitig versorgerfreundlichen Darstellung äußert, wird diese jeweils an Ort und Stelle kritisch hinterfragt. Vergl. zum Aspekt der unausgewogenen Kommentierung auch *Röhl NZM 1999, 101 ff.*

## Anmerkungen

### I) Anschluss- und Versorgungspflicht

Eine ausdrückliche Anschluss- und Versorgungspflicht wie in § 10 EnWG gibt es für die Wasserversorgung nicht. Man kann diese aber aus der (bislang) monopolistischen Stellung des jeweiligen Versorgers unter Zurhilfenahme von § 826 BGB ableiten, und zwar für privat wie öffentlich-rechtlich ausgestaltete Unternehmen. Für letztgenannte gilt zusätzlich der in der Gemeindeordnung NW niedergelegte Anspruch der Einwohner auf Zugang zu den gemeindlichen Einrichtungen<sup>48</sup>.

### II) Anwendungsbereich

Die AVBWasserV erfasst keine öffentlich-rechtlichen Nutzungsverhältnisse, wohl aber solche, bei denen die öffentliche Hand trotz öffentlich-rechtlicher Trägerschaft (z.B. Anstalt des öffentlichen Rechts) das Nutzungsverhältnis privat ausgestaltet hat. Auf Industrieabnehmer, Weiterverteiler von Wasser und Bezieher von Löschwasser findet die AVBWasserV von vorne herein keine Anwendung.

### III) Einbeziehung

Die AVBWasserV wird kraft der Verordnung selbst, nicht etwa kraft Vereinbarung Vertragsbestandteil. Das hat den besonderen Effekt, dass Tarifänderungen keiner Änderungskündigung bedürfen, sondern sich das Vertragsverhältnis - nach öffentlichen Bekanntgabe - direkt anpasst. Sofern zunächst ein Vertrag zum allgemeinen Tarif angeboten wurde, können die Vertragsparteien auch von den AVB - ausdrücklich - abweichende Vereinbarungen treffen. §§ 3-11 AGBG müssen dabei beachtet werden.<sup>49</sup>

Es ist zwischen Anschlussvertrag (Vertrag über die Herstellung eines Anschlusses) und Versorgungsvertrag (die laufende Versorgung) zu unterscheiden.

### IV) Ergänzende Bestimmungen

„Ergänzende Bestimmungen“ i.S. des Abs. 4 sind insb. die Regelung der Baukostenzuschüsse, Hausanschlusskosten, sonstige Pauschalen und vor allem die Technischen Anschlussbedingungen (§ 17 AVBWasserV).

### V) Sonderkundenverträge?

Die AVBWasserV kennt, anders als die AVBEitV keine ausdrückliche Unterscheidung zwischen Tarif- und Sonderkunden. Sie hat auch keinen begrifflichen Anknüpfungspunkt entsprechend § 10 EnWG<sup>50</sup>, der die Allgemeine Anschluss- und Versorgungspflicht und damit letztlich die Tarif-

<sup>48</sup> Dieser Zugangsanspruch steht unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit. Im Bereich der Daseinsvorsorge dürfte hier jedoch allenfalls eine *anteilige* Kürzung der Wasserbezugsmöglichkeit in Frage kommen.

<sup>49</sup> Merke: auch öffentlich-rechtliche Träger können privatrechtliche Sondervereinbarungen treffen, sofern die entsprechende Ortssatzung eine solches Vorgehen ermöglicht (Selbstbindung!)

<sup>50</sup> § 10 *Energiewirtschaftsgesetz*

(1) *Energieversorgungsunternehmen haben für Gemeindegebiete, in denen sie die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern durchführen, Allgemeine Bedingungen und Allgemeine Tarife für die Versorgung in Niederspannung oder Niederdruck öffentlich bekanntzugeben und zu diesen Bedingungen und Tarifen jedermann an ihr Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen. Diese Pflicht besteht nicht, wenn der Anschluss oder die Versorgung für das Energieversorgungsunternehmen aus wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar ist. Unterschiedliche Allgemeine Tarife für verschiedene Gemeindegebiete sind nicht zuläs-*

kundenqualität an der Position des „Energieversorgungsunternehmens der allgemeinen Versorgung“ von Letztverbrauchern festmacht<sup>51 52</sup>. Statt dessen wird die AVB grundsätzlich in jeden privatrechtlichen Versorgungsvertrag einbezogen, es sei denn, der Kunde ist ein Industrieunternehmen<sup>53</sup>, Weiterverteiler von Wasser oder Bezieher von Löschwasser.

Die genannte Differenzierung ist - im Strommarkt schon heute - von erheblicher Bedeutung: Sonderkundenverträge unterliegen einer (eingeschränkten) Inhaltskontrolle nach dem AGBG, § 23 II Nr.2 AGBG<sup>54</sup>, die AVB-Regelungen als *Verordnung* hingegen nicht.

Hinzu kommt im Wasserbereich, dass der § 23 II Nr.2 AGBG mit seiner Anordnung der *eingeschränkten* Überprüfbarkeit jedenfalls dem Wortlaut nach nur Strom und Gas erfasst. Es ist also denkbar, dass - unter der Prämisse der möglichen Differenzierung zwischen Tarif- und Sonderkunden - für letztere von einer vollständigen Überprüfung durch das AGBG auszugehen ist.

Eine analoge Anwendung des § 23 II Nr. 2 AGBG auf den Wasserbereich ist dementsprechend streitig, lässt sich aber mit dem systematischen Argument verneinen, dass Ausnahmen und Beschränkungen stets eng auszulegen und damit im Zweifel nicht analogiefähig sind<sup>55</sup>. Die Befür-

---

*sig, es sei denn, dass hierfür ein sachlich gerechtfertigter Grund nachgewiesen wird, dadurch für keinen Kunden eine Preiserhöhung entsteht und die Preisunterschiede für alle Kunden zumutbar sind.*

(2) ...

Beachte: In der amtlichen Begründung zur AVBWasserV steht: „Eine Differenzierung zwischen Tarifabnehmer- und Sonderabnehmerverträgen findet nicht statt, denn im Gegensatz etwa zur Strom- und Gasversorgung gibt es bei Wasser keine entsprechenden gesetzlichen Regelungen.“ Diese Formulierung schließt aber m.E. nicht aus, dass es auch Sonderabnehmerverträge gibt. Es wird lediglich eine Differenzierung *innerhalb der AVB* nicht für nötig gehalten. Dass es aus der Sicht des Ordnungsgebers keine *gesetzliche* Regelung gibt, spricht m.E. auch dafür, dass eine analoge Anwendung des § 23 II Nr.2 AGBG nicht in Frage kommt. Es handelt sich eben nicht um eine *planwidrige* Lücke. Dazu gleich im Text.

<sup>51</sup> Nach *Ludwig/Odenthal AVBEitV* § 1 Rd. 44f liegt ein Unternehmen der Allgemeinen Versorgung dann nicht vor, wenn dieses von vorne herein nur bestimmte Kundengruppen beliefert oder wenn eine Bereitschaft zur Belieferung nicht besteht. Letzteres ist m.E. zweifelhaft. Da die Anschluss- und Versorgungspflicht an diesen Tatbestand anknüpft, kann eine solche Verpflichtung nicht von einem rein subjektiven Willensakt abhängen. Insbesondere rein privatwirtschaftlich und damit ökonomisch orientierte Unternehmen könnten sich hier der Versorgungspflicht entziehen und damit weniger lukrative Kundenkreise ausklammern.

Auch „Unternehmen der Allgemeinen Versorgung“ können im übrigen Sonderkundenverträge schließen, die ihrerseits „normiert“, also vorformuliert sein können. Hier ist die Anknüpfung m.E. die Belieferung zu einem anderen als dem genehmigten Allgemeinen Tarif. Das Unterscheidungskriterium fehlt im Bereich des Wassers, da hier eine Genehmigungspflicht generell nicht besteht.

<sup>52</sup> Eine etwas andere Anknüpfung wählen *Baur/Herrmann*, BB 2000, Beilage 6 S.10 ff, allerdings bezogen auf die alte Fassung des § 6 EnWG (heute: § 10 EnWG): „Die rechtliche Abgrenzung zwischen den Begriffen Tarif- und Sonderabnehmer richtete sich nach der Rechtsprechung des BGH danach, ob ein EVU eine bestimmte Preisgestaltung *öffentlich für jedermann* anbot und dieses Preisgefüge damit zum Tarifpreis machte oder ob eine Preisgestaltung nicht der Allgemeinheit, sondern nur einzelnen Abnehmern oder Abnehmergruppen angeboten wurde.“ Vergl. auch *Herrmann/Dick*, S. 49: „...es lässt sich aber eine Negativabgrenzung vornehmen, also definieren, wann jedenfalls keine „allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern“ vorliegt. Diese ist schlicht dann nicht gegeben, wenn gezielt versorgt wird. Es wird dann eben nicht potenziell jedermann (die Allgemeinheit) versorgt, sondern es ist von vorne herein nur beabsichtigt, einzelne (wenige) zu beliefern.“

Das Bundeskartellamt schließlich geht davon aus, dass die Einstufung als allgemeiner Versorger an der Netzbetreibereigenschaft festgemacht werden muss.

<sup>53</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen - Ulmer* § 23 AGBG Rd. 39 sprechen hier, scheinbar unreflektiert, von „Sonderkunden (sogenannten Industriekunden)“

<sup>54</sup> Vor der Liberalisierung des Strommarktes war die praktische Bedeutung dieser Norm begrenzt. Die meisten Sonderkunden waren ohnehin Unternehmer und kamen daher schon nach § 24 AGBG nur in den Genuss einer eingeschränkten Überprüfbarkeit der ihnen gegenüber verwendeten AGB. Heute werden die Kunden neuer Anbieter auf dem Markt überwiegend als Sonderkunden eingestuft.

<sup>55</sup> *Wolf/Horn/Lindacher - Horn* § 27 Rd. 4.

worter einer analogen Anwendung berufen sich auf den Sinn und Zweck der AVB, nämlich der Sicherstellung der allgemeinen Versorgung zu zumutbaren Preisen. Für diese Zielsetzung ist das Bedürfnis nach Haftungsbeschränkungen, und insbesondere um solche geht es beim Streit um die eingeschränkte AGB-Prüfung, im monopolistischen Massengeschäft nicht von der Hand zu weisen. Das Argument lässt sich daher selbst bei einer materiellen Privatisierung noch hören, ist aber im Bereich der Liberalisierung für hinzutretende konkurrierende Lieferanten angreifbar<sup>56</sup>.

Ansatzpunkt für eine Differenzierung nach Tarif- und Sonderkunden im Bereich Wasser ist möglicherweise der Begriff der „*öffentlichen Wasserversorgung*“ aus § 1 Abs. 1 AVBWasserV. Privatisierte Versorger mit faktischer Monopolstellung, die vertraglich an bestimmte Vorgaben durch die Kommune gebunden sind, mögen noch „*öffentliche*“ Versorgung leisten. Für hinzutretende Konkurrenten hingegen ist dies zweifelhaft.

Zudem ist es, wie erwähnt, möglich, von den AVB abweichende Verträge zu schließen, sofern dem Kunden zuvor ein Angebot über einen Vertrag nach AVB unterbreitet wurde. Diese Gestaltungsmöglichkeit könnte man als Ausgangspunkt für Sonderkundenverträge im Wasserbereich nehmen<sup>57</sup>. Der Vorteil dieses Weges wäre, dass dort eine vollständige Überprüfung des Vertrages nach den §§ 3-11 AGBG bereits angeordnet ist<sup>58</sup>.

## **VI) Bekanntgabe**

Zum Begriff der öffentlichen Bekanntgabe ist anzumerken, dass dieser wie im Verwaltungsverfahrensgesetz (dort § 41) gehandhabt wird. Es reicht dafür sogar die Publikation in einer (regional verbreiteten) Tageszeitung<sup>59</sup>.

### *§ 2 Vertragsabschluss*

*1. Der Vertrag soll schriftlich abgeschlossen werden. Ist er auf andere Weise zustande gekommen, so hat das Wasserversorgungsunternehmen den Vertragsabschluss dem Kunden unverzüglich schriftlich zu bestätigen. Wird die Bestätigung mit automatischen Einrichtungen ausgefertigt, bedarf es keiner Unterschrift. Im Vertrag oder in der Vertragsbestätigung ist auf die Allgemeinen Versorgungsbedingungen hinzuweisen.*

*2. Kommt der Vertrag dadurch zustande, dass Wasser aus dem Verteilungsnetz des Wasserversorgungsunternehmens entnommen wird, so ist der Kunde verpflichtet, dies dem Unternehmen unverzüglich mitzuteilen. Die Versorgung erfolgt zu den für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Preisen.*

*3. Das Wasserversorgungsunternehmen ist verpflichtet, jedem Neukunden bei Vertragsabschluss sowie den übrigen Kunden auf Verlangen die dem Vertrag zugrunde liegenden Allgemeinen Versorgungsbedingungen einschließlich der dazugehörenden Preisregelungen und Preislisten unentgeltlich auszuhändigen.*

## **Anmerkungen**

<sup>56</sup> Dazu später im Zusammenhang mit der Haftungsregel des § 6 AVB mehr.

<sup>57</sup> Zwar spricht der betreffende Abs. III von „*Allgemeinen Versorgungsbedingungen*“. Diese Formulierung impliziert aber nicht, dass auch diese Verträge *Tarifkundenverträge* i.S.d. klassischen Differenzierung im Strombereich sind. Denn aus der Legaldefinition des Abs. I wird klar, dass damit lediglich der Tatbestand der Allgemeinen Geschäftsbedingungen i.S.d. AGBG (nämlich vorformulierte Verträge) umschrieben wird.

<sup>58</sup> Der Streit um die Einschränkung in § 23 II Nr. 2 AGBG wäre dann auf die Einbeziehungsregeln des § 2 AGBG beschränkt.

<sup>59</sup> Vergl. z.B. OLG Hamm, RdE 1985, 189

### I) Mieter als Vertragspartner?

Vertragspartner des Versorgers ist nach gängiger Kommentatortensicht grundsätzlich nur der Hauseigentümer/Vermieter, nicht jedoch der Mieter<sup>60</sup>. Ein eigener Anspruch des Mieters sei auch nicht über die Konstruktion des Vertrages zugunsten Dritter erreichbar. Ausnahmen seien nur denkbar, wenn getrennte Steigleitungen und Wohnungswasserzähler vorhanden sind<sup>61</sup>. Dann können auch Einzelverträge mit den Mietern gemacht werden. Die Wasserversorgungsunternehmen lehnen dies mit Hinweis auf einen erheblichen verwaltungstechnischen Mehraufwand und ein vermeintliches Regelungsprinzip<sup>62</sup> der AVBWasserV überwiegend ab<sup>63</sup>. Eine individuelle Vereinbarung mit dem Mieter hat zwangsläufig Einfluss auf die Nebenkostenabrechnung. Wichtig ist in diesem Zusammenhang § 4 V S.2 MHG<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> Argumentationslinie ist: Die Trinkwasserbereitstellung gehört zu den klassischen Vermieterpflichten. Der Wasserversorger leistet im kondiktionsrechtlichen Sinne nur an den Eigentümer. Dieser erwirbt mit Übertritt des Wassers durch die Hauptabsperrvorrichtung vom Versorger Eigentum und übereignet das Wasser sodann an seine Mieter weiter. Zwingend ist diese Überlegung indes nicht. Die Frage, wer Vertragspartner wird (bzw. werden soll), ist m.E. *Ausgangspunkt* für die kondiktionsrechtliche Betrachtung aus Empfängerhorizont, an wen geleistet werden soll, und nicht deren Ergebnis.

<sup>61</sup> Diese technischen Vorrichtungen sind erforderlich, weil eine *individuelle* Messung des Verbrauchs beim Vertragspartner Hauptpflicht des Versorgers ist.

<sup>62</sup> Gemeinhin wird hier an einen Formulierungsunterschied zwischen AVBEltV und AVBWasserV in § 22 angeknüpft: „...nur für Zwecke des Kunden...“ (Elt) gegenüber „...auch für seine Mieter und ähnliche Berechtigte...“ (Wasser). *Röhl*, NZM 1999, 101 (103) weist aber auf einen Umstand hin, der diese wortlautbezogene Sichtweise angreifbar macht: „... Aber dieser Unterschied trägt nur den tatsächlichen Verhältnissen im Jahre 1980 Rechnung. Nämlich den Umstand, dass in Mietshäusern allein schon aus technischen Gründen in aller Regel der Vermieter das Wasser beziehen und weiterverteilen musste. Rechtliche Folgerungen lassen sich daraus nicht herleiten. Der Zweck des § 22 ist in allen vier Verordnungen derselbe: Um das zur flächendeckenden Versorgung notwendige Monopol abzusichern, soll niemand außer den konzessionierten Versorgern selbst mit Strom, Gas oder Wasser Handel treiben“ (vergl. amtliche Begründung, abgedruckt bei *Morell* AVBWasserV B 10 S. 13).

<sup>63</sup> Im Projekt-Workshop der Verbraucher-Zentrale NRW vom 25.01.01 erklärte der Vertreter der Berliner Wasserbetriebe, die Einzelabrechnung würde pro Zähler zwischen 8 und 10 DM *im Monat* zusätzliche Kosten verursachen!

Einzig in Hamburg wurde eine großflächige Nachrüstung mit Wohnungswasserzählern betrieben. Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass zu diesem Zeitpunkt eine erhebliche Wasserknappheit in Hamburg herrschte. Die Kontrolle über den individuellen Verbrauch führt bei den Mietern üblicherweise zu einem sparsameren Wasserverbrauch.

Soweit mit Wohnungswasserzählern entsprechende Erfahrungen gemacht wurden, werden die Verwaltungskosten erheblich niedriger angesiedelt: zwischen 4 und 6 DM, wobei darin die Verwaltungs- und die Anschaffungskosten enthalten sind. Vergl. dazu das im Literaturverzeichnis unter „Hamburg“ abgelegte Material, sowie *Schramm*, Rationelle Wasserverwendung in privaten Haushalten.

<sup>64</sup> Nach dieser Norm kann der Vermieter bestimmen, dass der Mieter selbst mit dem Versorger abrechnen soll. Im einzelnen ist dies problematisch: In Hinblick auf den vermeintlichen Vorrang der Vereinbarung mit dem Vermieter behalten sich die Versorger hier ihre Zustimmung vor. Mehrere Ausgestaltungsmöglichkeiten sind denkbar: Abrechnung mit Mietern, aber Vertragspartner bleibt der Vermieter; gesamtschuldnerische Haftung (und damit m.E. dann zwingend korrespondierend: Anspruchsberechtigung); echter Vertragspartnerwechsel. Bei letzterem setzt sich der Versorger in der Regel größeren Inkassorisiken aus. Dies dürfte der eigentliche Grund dafür sein, dass die Wohnungswasserzähler so vehement angelehnt werden.

Im übrigen ist jedenfalls für Neubauten in NRW nach der Landesbauordnung die Installation von Wohnungswasserzählern Pflicht.



## II) Konkludente Versorgungsverträge

Die Rechtsprechung ist im Bereich der (öffentlichen) Daseinsvorsorge schnell bereit, konkludente Versorgungsvertragsabschlüsse anzunehmen. Dies knüpft an § 2 II AVBV an. Problematisch ist dies, wenn nicht der Eigentümer, sondern seine Mieter oder gar unberechtigte Personen auf dem Grundstück Wasser zapfen. Hier reicht es für den Vertragsschluss mit dem Eigentümer aus, dass er bei Inanspruchnahme durch den Versorger wegen des verbrauchten Wassers nicht unverzüglich seine Ablehnung erklärt<sup>65</sup>. Der Eigentümer kann dann aber regulär kündigen<sup>66</sup>. Die Begründung von Nutzungsverhältnissen qua Inanspruchnahme ist üblicherweise auch im öffentlich-rechtlichen Bereich vorgesehen.

In diesem Zusammenhang ist an folgende missliche Situation zu erinnern: Die Zeus-AG hatte Kunden die Lieferung von Strom versprochen. In der Folgezeit kam es entweder nicht zu Durchleitungsvereinbarungen mit den entsprechenden Netzbetreibern, oder solche Vereinbarungen wurden aufgrund mangelnder Zahlungsmoral der Zeus-AG wieder aufgekündigt. Jedenfalls hatten die Kunden in der Regel bereits die Stromlieferung durch ihren alten Anbieter aufgekündigt. Der alte Anbieter übernahm nunmehr in vielen Fällen für die Kunden unmerklich wieder die Versorgung mit Strom und stellte diesen den Kunden auch in Rechnung. Diese wiederum hatten bereits Zahlungen an die Zeus-AG geleistet und sahen sich also einer Doppelinanspruchnahme ausgesetzt.

Hätten die alten Anbieter die Kunden rechtzeitig informiert, hätten diese die Zahlungen an Zeus rechtzeitig einstellen können. Eine Informationspflicht wird in § 2 I S.2 AVB für den - hier vorliegenden - Fall des konkludenten Vertragsschlusses kraft Abnahme, ausdrücklich statuiert<sup>67</sup>. Die Kunden, die mit ihren Rückforderungsansprüchen gegenüber der mittlerweile insolventen Zeus-AG in der Regel vollständig ausfallen werden, könnten der Forderung durch die alten Anbieter also mit einer gleich hohen Forderung aus p.V.V. des konkludent geschlossenen Vertrages entgegentreten<sup>68</sup>. Allerdings steht einer Aufrechnung die Einschränkung aus § 31 AVB entgegen, die selbst in den Sonderkundenverträgen der Zeuskunden grundsätzlich wirksam wäre.

Ein anderer gangbarer Weg ist die analoge Anwendung von § 407 I BGB. Zwar ist es hier nicht zu einer Abtretung der Strompreisforderungen von Zeus an die alten Anbieter gekommen, aber die Interessenlage des Kunden ist durchaus vergleichbar. Ihm ist in keiner Weise ersichtlich, wer ihm nun den Strom liefert, der da aus der Steckdose kommt. Es ist aber für den alten Anbieter klar, dass der Kunde im Zweifel von einem intakten Lieferverhältnis zu seinem neuen Anbieter ausgeht. Dem alten Anbieter steht die scharfe gesetzliche Ausgestaltung des konkludenten Ver-

---

<sup>65</sup> OLG Frankfurt a.M NJW-RR 94, 1041; vergl. auch OLG Saarbrücken NJW-RR 1994, 436. Hier wird eine detaillierte Auslegung des konkludenten Vertragsangebots vorgenommen.

<sup>66</sup> Interessant wird dann die Frage, ob gegen seinen nunmehr erklärten Willen durch weitere Abnahme von Wasser, z.B. durch den zwar „herausgeklagten“, aber noch nicht ausgezogenen Mieter, ein *erneuter* Vertrag mit dem Vermieter zustande kommt. Hier sind meines Erachtens die Grenzen der Figur des „venire contra factum proprium“ erreicht. Dazu gleich mehr im Text.

<sup>67</sup> Zu bedenken ist allerdings, dass m.E. von der fehlenden Geltung der AVB im Interimsvertrag auszugehen ist. Dieser vertragsfreie Zustand muss aber nach Möglichkeit mit Regelungsinhalten ausgefüllt werden. Hierfür bietet sich die AVBWasser insoweit an, als ein mutmaßlicher Konsens zwischen den Parteien besteht. Dieser erfasst die genannte Informationspflicht: Die Kenntnis vom Vertragsschluss ist für den Kunden so essentiell, dass der Versorger sich redlicherweise auf die Verpflichtung einlassen muss.

<sup>68</sup> Allerdings müsste dann die entsprechende bereicherungsrechtliche Forderung gegen den insolventen neuen Anbieter an den Pflichtversorger abgetreten werden.

tragsschlusses nach der AVB zur Seite, die der Kunde im Zweifel noch nie bewusst zur Kenntnis genommen hat<sup>69</sup>. Wenn der Kunde über den neu entstandenen Vertrag nicht informiert wird, ist er ähnlich schützenswert wie derjenige Schuldner, der von der Zession seiner Schuld nichts erfährt und damit rechtstreu an den alten Gläubiger leistet.

### III) Preisbildung

In der Wasserversorgung gibt es keine der BTOElt vergleichbare Rahmenbedingung für die Tarifbildung<sup>70</sup>. Insbesondere sind die Tarife nicht genehmigungspflichtig. Die AVBWasserV sieht lediglich vor, dass die Kunden zu gleichartigen Preisen beliefert werden müssen.

Allerdings unterliegt die Preisbildung doch einer gewissen Reglementierung, die sich daran orientiert, in welcher Rechtsform und vertraglichen Ausgestaltung der Versorger dem Kunden gegenübertritt.

#### 1) Öffentlich-rechtliches Verhältnis

Im Bereich der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Versorgungsverhältnisses müssen die dann zu erhebenden Gebühren und Beiträge dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip entsprechen. Das Kostendeckungsprinzip (§ 6 I S.3 KommunalabgabenG NW) besagt, dass die Ausgaben der Gemeinde in der Gesamtheit des Gebührenhaushalts sich mit den Einnahmen decken müssen. Dies ist zugleich eine Obergrenze der rechtmäßig erzielbaren Einnahmen, erlaubt aber in gewissem Maße Quersubventionierungen. Das öffentlich-rechtliche Äquivalenzprinzip ist eine spezielle Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und erlaubt einen *individuellen* Vergleich von Leistung und Gegenleistung. Der Wert der Gegenleistung soll danach nicht im groben Missverhältnis zum Wert der Leistung stehen.<sup>71</sup> Im einzelnen problematisch ist, was in den Bereich der Kosten einbezogen werden darf. Hier ist wohl anerkannt, dass die am Markt

<sup>69</sup> Dazu kommt im Strombereich noch, dass der Vertrag bei Neuabschluss nach der AVB mindestens ein Jahr läuft. Darauf haben die alten Versorger im Rahmen der Abwicklung des Zeus-Falls allerdings üblicherweise nicht bestanden. Die AVBWasserV kennt ohnehin keine Mindestlaufzeit des Vertrages!

<sup>70</sup> Als „Notbremse“ mag hier noch § 2 I PreisG gelten. Die Eingriffsmöglichkeiten der Preisbehörde sind jedoch seit dem Urteil des BVerfG E 8, 274 erheblich eingeschränkt.

<sup>71</sup> Dies ist eine erkennbare Einschränkung des zivilrechtlichen Äquivalenzgedankens. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gibt dem Anbieter hier einen gewissen Gestaltungsspielraum, um den Gebührenzweck zu verwirklichen (insb.: Aufrechterhaltung der Wasserversorgung). Vergl. hierzu VGH München NVwZ-RR 1993, 429.

Soweit anwendbar gewinnt das zivilrechtliche Leistungsäquivalenzprinzip im Bereich der Daseinsvorsorge im übrigen die Bedeutung eines rechtlichen Gebotes. Damit wird der Bereich der Preisvereinbarung verlassen und § 8 AGBG steht einer Inhaltskontrolle nicht mehr im Wege, so Ulmer/Brandner/

Hensen § 8 Rd. 15. Der Kommentar führt aus: „Allerdings ist der Verwender, der den Preis seiner Leistung einseitig vorschreibt, einer Kontrolle zwar nicht nach den §§ 9 bis 11, aber *nach praktisch gleichem Maßstab* gemäß § 315 III BGB unterworfen, wenn er in seinem Leistungsbereich eine rechtliche oder tatsächliche Monopolstellung besitzt, ...“. Vergl. zu § 315 BGB auch Anm. IV 1) zu § 2.

M.E. lässt sich hier als Maßstab auch das Transparenzgebot fruchtbar machen und damit die Anforderungen, die die AVBWasserV an Preisänderungsklauseln (§ 24, siehe dort) stellt, noch weiter verschärfen. Im übrigen ist hier auch noch die Bindung an Art. 3 GG zu nennen. Dieser verbietet (!) es nach wohl herrschender Ansicht, nach sozialen Kriterien (Einkommen, Kinderzahl etc.) gestaffelte „Sozialtarife“ festzulegen. (vergl. Seifert R+S 1994, 5f)

In bestechender Offenheit formulieren hier Ludwig/Odenthal, *Recht der öffentlichen Wasserversorgung* Bd. I Stichwort „Sozialtarife“: „...Zwar gilt dies nur für die Betätigung der öffentlichen Hand; indes ist davon auszugehen, dass die Gewährung von „Sozialtarifen“ auch nur dort in Erwägung gezogen wird.“ Im privatisierten Bereich droht also per se die Vernachlässigung des sozialstaatlichen Gedankens.

erreichbare Eigenkapitalverzinsung (sozusagen als Minimalgewinn) mit berücksichtigt werden darf. Darüber hinausgehende Gewinne dürfen nicht eingefahren werden.

## 2) Privatrechtliches Verhältnis

Hier ist die Schnittstelle zum *privatisierten* Bereich: Darf eine Kommune ihre Wasserversorgung privatrechtlich ausgestalten und sich dann über diese „Grundprinzipien öffentlicher Finanzgebarung“ hinwegsetzen? Wohl kaum, denn die „Flucht ins Privatrecht“ ist ihr verboten<sup>72</sup>. Was geschieht aber, wenn die Gemeinde lediglich einen majorisierenden Anteil an der nunmehrigen privatrechtlichen Gesellschaft hat? Ist dann der private Kapitalanteil privaten Gewinnregeln unterworfen?<sup>73 74</sup> Tendenzen für diese Sichtweise finden sich in der Literatur, z.B. in der Darstellung der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe (BWB) durch *Wolfers*<sup>75</sup>, wengleich die Rechtsprechung hier (noch) einen Riegel vorzuschieben scheint<sup>76</sup>. Auch *Pencerceci*<sup>77</sup> beschreibt, dass sich der Konflikt zwischen preisrechtlich zulässiger und abgabenrechtlich unzulässiger Gewinneinbeziehung möglicherweise auflösen lässt<sup>78</sup>. Allerdings seien privatrechtliche Entgelte ebenso zu kalkulieren wie öffentliche Abgaben<sup>79</sup>.

---

<sup>72</sup> Vergl. nur BGH NJW 1985, 197 (200), sowie das hiesige OLG Düsseldorf, R+S 1996, 1 (2). Zur genannten BGH-Entscheidung hat *Ebel* in BB 1985, 1157 eine Anmerkung geschrieben: „Die Forderung nach Kostenverursachungsgerechtigkeit der Preise von marktbeherrschenden Unternehmen der Daseinsvorsorge ist vielleicht die wichtigste Aussage des gesamten Urteils, da sie auch Auswirkungen auf die kartellrechtliche Beurteilung hat.“ Wichtig sei auch, dass der BGH bei Unwirksamkeit von AGB eine ergänzende Vertragsauslegung nur mit Vorsicht heranzieht und diese nur dann vornimmt, wenn der Versorger Tatsachen vorträgt, die eine Billigkeitsentscheidung nach § 315 III BGB ermöglichen würden.

<sup>73</sup> Hier muss in der Betrachtung noch weiter differenziert werden: Ist die Kommune weiterhin „Geschäftspartner“ der einzelnen Kunden, d.h. verlangt sie die Gebühren bzw. privatrechtlichen Entgelte, so ist die Bindung an die öffentlich-rechtlichen Finanzprinzipien deutlicher. Im Bereich der Wasserversorgung ist aber, anders als im (eher hoheitlichen) Bereich der Wasserentsorgung, auch eine direkte Geschäftsbeziehung zwischen privatem Anbieter und Kunden denkbar. Hier schwimmt die o.g. Bindung mehr.

In diesem Zusammenhang sei erwähnt: Im Abwasserbereich mit seinem stärker hoheitsrechtlichen Bezug tritt der Private üblicherweise mit dem Privaten gar nicht in direkten vertraglichen Kontakt. Die Kommune ist vielmehr dazwischen geschaltet. Diese Konstruktion (ppp = public-private-partnership), gibt es in zwei Varianten: Zum einen das Betriebsführungsmodell: der Private wickelt die Bereitstellung der Versorgung ab, die Kommune zieht die Gebühren und Beiträge ein. Zum anderen das Kooperationsmodell: der Private und die Kommune bringen Teile des erforderlichen Betriebes in eine gemeinsame Betreibergesellschaft ein. Die Gebührenabwicklung bleibt allerdings auch hier bei der Kommune.

<sup>74</sup> Zu denken ist hier an eine gesetzliche Regelung darüber, inwieweit private Anbieter überhaupt Gewinne einfahren dürfen. Zu erinnern ist hier an die britische „price cap“-Regelung, bei der ein Höchstpreis vorgegeben wird. Die Differenz zwischen Kosten und Höchstmarke kann der Unternehmer als Gewinn verbuchen, was Anreize zur Kostenminimierung schaffen soll. Allerdings weist die ÖTV in ihrer Stellungnahme zum Gutachten des BMWi zutreffend darauf hin, dass auch ein Investitionskostenüberhang auftreten kann. Die price cap könnte dann ein „Anreiz“ sein, tatsächlich erforderliche Investitionen nicht zu tätigen. Dann kann es zum Versorgungskollaps kommen (vergl. Stromversorgung in Kalifornien). Das Problem ließe sich aber über eine sorgfältige Überwachung und ggf. Anpassung der price cap - Höhe abmildern.

<sup>75</sup> NVwZ 2000, 765 (766)

<sup>76</sup> BerlinerVerfGH NVwZ 2000, 794

<sup>77</sup> NordÖR 1998, 220 ff; allerdings in Bezug auf die Abwasserentsorgung. Aufgrund der hoheitlichen Qualität (polizeiliche Gefahrenabwehr) ergeben sich hier z.T. Verschiebungen in der Betrachtung im Verhältnis zur Wasserversorgung.

<sup>78</sup> Wobei er zutreffend betont, dass das - preisrechtlich zulässigerweise einkalkulierbare - wirtschaftliche Wagnis bei einer von der Gemeinde gehaltenen privatrechtlichen Gesellschaft nahe Null geht. Je weiter sich die Gemeinde aus der Verantwortung bewegt, desto größer ist aber m.E. der Wagnisfaktor.

<sup>79</sup> NordÖR 1998, 220 (227)

Ob sich diese - aus Verbrauchersicht begrüßenswerte - Sicht aber auch im Falle einer materiellen Privatisierung i.S.d. eines nicht mehr kommunal beherrschten Unternehmens halten lässt, ist fraglich. Der BGH hat zwar betont, dass es sich (auch) bei der Wasserversorgung um eine öffentliche Aufgabe<sup>80 81</sup> handle. Allerdings ist die entsprechende Entscheidung 1985 ergangen<sup>82</sup>, also in einer Zeit, in der Privatisierungs- und Liberalisierungstendenzen noch nicht ausgeprägt waren. Es ist denkbar, dass heute der Differenzierung zwischen *Ver-* und *Entsorgung* (wirtschaftliche bzw. hoheitliche Tätigkeit) mehr Raum gegeben wird<sup>83</sup>.

Die fehlende Anbindung an die öffentlich-rechtlichen Preisbindungsregeln ließe sich möglicherweise auf vertraglichem Wege realisieren, nämlich im Privatisierungsvertrag zwischen Kommune und privatem Anbieter. Da der private Anbieter allerdings seinerseits gewinnorientiert arbeiten will und wird, müsste die Kommune ggfs. Differenzbeträge zuschießen. Ob unter diesem Aspekt und in Hinblick auf finanzielle Rückstellungen für den „Heimfall“<sup>84</sup> die Privatisierung noch lohnt, ist Kalkulationssache<sup>85 86</sup>.

<sup>80</sup> BGH NJW 1985, 3013 (30149 und 1985, 197 (200)).

Im Strombereich ist eine solche Einordnung *heute* nicht mehr deutlich im Bewusstsein der Allgemeinheit verankert („Strom ist gelb“). Dies gilt jedenfalls für die *Stromlieferung*.

Der Streit um die Geltung der Grundrechte in diesem Bereich spiegelt das allgemeine Problem wider, inwieweit sich eine Kommune aus dem Bereich der Daseinsvorsorge zurückziehen kann:

Hier steht auf der einen Seite das Zitat des OLG Hamburg NJW 1988, 1600: „Der in erster Linie gegen den Staat gerichtete grundgesetzliche Anspruch auf Gleichbehandlung gilt auch hier, obwohl die Ast. als AG eine juristische Person des Privatrechts ist, denn sie erfüllt eine staatliche Aufgabe. Die Lieferung von elektrischer Energie gehört zur staatlichen Daseinsvorsorge, weil der moderne Mensch darauf angewiesen ist wie auf die Luft zum Atmen. Für die Geltung des grundgesetzlichen Gleichbehandlungsgebotes im Stromversorgungsverhältnis kommt es deshalb nicht darauf an, ob der Staat diese Aufgabe selbst durch einen Eigenbetrieb erfüllt oder sie einem privatrechtlich organisierten Unternehmen überlässt.“

Dagegen beschreibt *Reinholz*, RdE 1999, 64 (66) zunächst den von *Forsthoff* begründeten Begriff der Daseinsvorsorge, um eine Zuordnung des Energieversorgungsbereichs zum öffentlichen *Recht* sodann abzulehnen: „Der Begriff Daseinsvorsorge ist ein rein soziologischer Begriff, der allein die Aufgabe hat, gewisse Formen oder Zwecke der staatlichen Leistungsverwaltung zu beschreiben. Es handelt sich bei ihm um keinen Rechtsbegriff... Wegen des fehlenden normativen Gehaltes wäre es somit verfehlt, aufgrund der bloßen Zugehörigkeit einer wirtschaftlichen Betätigung zu diesem Bereich rechtliche Folgerungen im Sinne einer Zuordnung zum öffentlichen Recht herzuleiten.“ Daraus leitet *Reinholz* eine Zuordnung zum rein wirtschaftlichen Betätigungsfeld der Gemeinden ab. Hier ist die Grundrechtsbindung hochumstritten. Die herrschende Meinung sieht hier allenfalls eine mittelbare Grundrechtsbindung über die zivilrechtlichen Generalklauseln (§§ 138, 242, 826 BGB).

<sup>81</sup> Beachte in diesem Zusammenhang auch die Rechtswegdifferenzierung:

Angriffe gegen die Inanspruchnahme aus öffentlich-rechtlichem Verhältnis sind gegen den entsprechenden Abgabenbescheid per Anfechtungsklage zu führen. Sekundäransprüche sind nach § 40 VwGO, auch in Hinblick auf die (zumindest analoge) Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Kaufvertragsregeln, vor den Zivilgerichten geltend zu machen (vergl. z.B. BGH NJW 1955, 1105).

<sup>82</sup> Auch die Bezugnahme durch das OLG Düsseldorf, R+S 1996, 1 liegt noch vor der Marktöffnung im Strombereich.

<sup>83</sup> Dies liefe natürlich den Synergiebestrebungen insb. vieler größerer Anbieter zuwider, die *Ver-* und *Entsorgung* neben Strom und Gas als „multi utility“-Paket anbieten wollen.

<sup>84</sup> „Heimfall“ bedeutet, dass die Kommune die Versorgung wieder an sich zieht, sei es, weil der Privatisierungsvertrag abgelaufen ist, sei es, weil der private Versorger seiner Verpflichtung nicht mehr ausreichend nachkommt.

<sup>85</sup> Eine andere Frage ist, ob eine solche Vertragsausgestaltung durch den einzelnen Verbraucher erzwingbar ist. Der Bürger hat normalerweise keinen Anspruch auf *Schaffung* von öffentlichen Einrichtungen, wohl aber einen Anspruch auf *Zugang zu bestehenden* Einrichtungen. Spiegelbildlich zur Freiheit der Kommune, eine Einrichtung zu schaffen, dürfte ihr auch die Möglichkeit gegeben sein, eine solche wieder zu schließen. Die Verlagerung des Angebots auf einen anderen Träger ist dazu lediglich ein Minus, und damit noch eher zulässig.

Im Falle einer Liberalisierung werden auf den Markt hinzutretende private Anbieter jedenfalls kaum an solche Kriterien gebunden werden können<sup>87</sup>.

Wird eine - über die Eigenkapitalverzinsung hinausgehende - gewinnorientierte Preisgestaltung zugelassen, so muss dies, wie das Privatisierungsbeispiel Großbritannien zeigt, nicht zwingend eine Preissenkung für die Verbraucher bedeuten<sup>88</sup>.

---

Selbst wenn m.E. eine Pflicht der Gemeinden besteht, zumindest die *Kontrolle* über die Daseinsvorsorge zu wahren, so wirkt diese lediglich reflexhaftig und begründet kein subjektiv-öffentliches und damit einklagbares Recht des Bürgers. Allenfalls könnte sich ein Vertrauenstatbestand gebildet haben. Dieser Aspekt wäre ggfs. noch näher zu verfolgen.

Vergl. zu diesem Thema noch folgende Pressemitteilung des Sächsischen Staatsministeriums für Umwelt und Landwirtschaft (Dresden, 23.1.01 / dr):

*Die Staatsregierung hat heute erste Weichen gestellt für die Möglichkeit einer Privatisierung der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung in Sachsen. Der Entwurf einer so genannten Pflichtenübertragungsverordnung wurde heute zur Anhörung freigegeben. Der Verordnungsentwurf regelt Voraussetzungen, unter denen die Gemeinden ihre Pflichten auf Private übertragen können. "Wir betreten damit rechtliches Neuland. Umso wichtiger ist es, den Entwurf im Rahmen der Anhörung sorgfältig zu prüfen", sagte Umwelt- und Landwirtschaftsminister Steffen Flath am Dienstag, 23. Januar, in Dresden. In jedem Fall bleibe es der Entscheidung der Kommunen überlassen, ob sie den Weg der Privatisierung gehen wollten oder nicht. Die Staatsregierung mache dazu keine Vorgaben, sondern biete lediglich die Möglichkeit an. Die Anhörung läuft voraussichtlich bis Ende April.*

*Durch den Verordnungsentwurf soll das Selbstverwaltungsrecht der Städte und Gemeinden gestärkt werden. Diesen wird grundsätzlich die zusätzliche Entscheidungsmöglichkeit eröffnet, ob sie die Wasserversorgung und die Abwasserbeseitigung in eigener Verantwortung wahrnehmen oder ob sie ihre Verpflichtung auf einen leistungsfähigen und zuverlässigen Privaten übertragen wollen. Bei entsprechender Ausgestaltung kann die Pflichtenübertragung zu einer Senkung der Entgelte für die Wasserver- und Abwasserentsorgung beitragen. Auch kann in geeigneten Fällen die Privatisierung die Finanzkraft der Kommunen stärken oder Investitionen finanzierbar machen.*

*Die Gemeinden müssen sich nach erfolgter Privatisierung als Garant für die Erfüllung der Pflichten bereit halten. Das gilt sowohl für die Abwasserentsorgung als auch Wasserversorgung. Trinkwasserqualität und ressourcenschonende Gewässerbewirtschaftung müssen stets gewährleistet sein.*

Genau die gegenteilige Entwicklung lässt sich übrigens in den Niederlanden ausmachen. Dort ist ein Gesetz verabschiedet worden, das die Privatisierung von Wasserversorgern verbietet. Die Niederlande hatten zunächst die Deregulierung des Marktes weit vorangetrieben, hatten dann aber nach der weitgreifenden Verseuchung von Trinkwasser mit Legionellen im vorangegangenen Jahr begonnen umzudenken. Vergl. hierzu Financial Times Deutschland vom 20.03.2000 - Artikel: Kampf ums Wasser.

<sup>86</sup> Auf den Privatisierungsvertrag ist allgemein größte Sorgfalt zu legen. Gerade auch hinsichtlich der Konzessionsabgaben und des Heimfalls können sich die Kommunen (und damit letztlich auch wieder ihre gebührend zahlenden Bürger) so vor bösen Überraschungen schützen. Vergl. dazu *Münch/Morell/Steinhauer*, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 3. Aufl., Stand 2000, S. 34 ff.

<sup>87</sup> Hier bedürfte es einer gesetzgeberischen Intervention, deren Zulässigkeit noch geprüft werden müsste. Weiter zu verfolgen ist hier u.U. der Ansatz, dass die neue Wasserrahmenrichtlinie ihrerseits ein Gebot kostendeckender Preise ausspricht. Dieses zunächst auf der Erfassung von Umwelt- und Ressourcenkosten bezogene Element könnte in der nationalen Umsetzung auf eine allgemeine Einhaltung des Kostendeckungsprinzips i.S. einer Begrenzung auch nach oben erweitert werden.

<sup>88</sup> Nach dem Gutachten der Deutsche Bank Research: In Großbritannien sind die Preise nach der Privatisierung im Jahre 1989 um insgesamt 40 % gestiegen (die Gewinne allerdings um fast den gleichen Betrag), was zu mehrfacher Intervention der Preisaufsichtsbehörde (OFWAT =Office of Water Services) führte. Dies wird im Gutachten aber darauf zurückgeführt, dass hier lediglich ein öffentliches Monopol durch ein privates ersetzt wurde.

Gewichtig ist sicher das Argument, dass in Deutschland die Quersubventionierung zum ÖPNV deutlich macht, dass in der Wasserversorgung Gewinnmargen zu erzielen sind. Ob aus Verbrauchersicht allerdings die Aufhebung der Subventionierung erstrebenswert ist, bleibt fraglich, denn ohne diese dürften die Preise im ÖPNV zunächst einmal ansteigen. Dies dürfte den normalen Verbraucherhaushalt im Ergebnis mehr belasten, als die eher marginalen Preissenkungserwartungen an Ausgleich versprechen.

#### IV) Kontrolle der Preisbildung

Es stellt sich damit die Frage, inwieweit die Preisbildung kontrolliert werden kann.

Für den Bereich der Wasserversorgung ist die kartellrechtliche Regelung des § 103 GWB a.F. samt ihren Verweisen noch gültig<sup>89</sup>. In Bereich von Demarkationsverträgen kann daher direkt über § 103 GWB eine „Freistellungsmissbrauchskontrolle“ durch die Kartellbehörden vorgenommen werden. Ansonsten ist eine marktbeherrschende Stellung des Unternehmens erforderlich<sup>90</sup>. Solange nur ein Unternehmen die Nutzung des Leitungsnetzes innehat, ist eine solche Stellung in der Regel unproblematisch zu bejahen.

Nach dem Vergleichsmarktkonzept werden hier zwei gleichartige Unternehmen miteinander verglichen. Die Kriterien, nach denen verglichen wird, sind im Einzelnen umstritten<sup>91</sup> und sollen hier nicht näher dargestellt werden.

Wesentlich ist, dass das Kartellrecht nur Unternehmen untereinander Überprüfungsansprüche gegenüber der Kartellbehörde einräumt. Der einzelne Verbraucher kann allenfalls Hinweise geben, die die Behörde dann im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes nach pflichtgemäßem Ermessen verfolgen *kann*<sup>92 93</sup>.

---

Diese schlechten Preissenkungskapazitäten haben auch mit der Kostenstruktur der Trinkwasserversorgung zu tun: Die Kosten teilen sich in etwa 85 % Fixkosten und 15 % variable Kosten auf, während die Wasserpreisstruktur in etwa umgekehrt proportional ist (nämlich ca. 91 % fallen auf den Arbeitspreis). [Quelle: Frankfurter Rundschau vom 22.12.2000 - Artikel: Die Preisstruktur ist nicht sozialverträglich] Zudem ist der von Herrn *Rickert* angesprochene Aspekt nicht zu vernachlässigen, dass schon der Verdacht einer Verschlechterung der Trinkwasserqualität dazu führen wird, dass weitaus mehr Substitution durch Kauf von Flaschenwasser betrieben werden wird. Dies stellt eine ganz erhebliche finanzielle Zusatzbelastung dar (vergl. die Beispielsrechnung auf Seite 12 des Positionspapiers der Verbraucher-Zentrale NRW zur Landtagsausschussanhörung „Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge“, s. Literaturverzeichnis.

<sup>89</sup> Hierbei ist folgendes zu beachten: § 103 a.F. ermöglicht es den Kommunen, Versorgungsunternehmen das ausschließliche Recht zu geben, in öffentlichen Wegen Versorgungsleitungen zu legen (Konzessionsverträge), und den Unternehmen untereinander, Gebietsabsprachen zu treffen (Demarkationsverträge). § 103 GWB a.F. gilt aber nur für privatrechtlich organisierte Anbieter, also nicht für kommunale Eigen- oder Regiebetriebe sowie kommunale Zweckverbände. Den ersteren fehlt ohnehin die rechtliche Verselbständigung, sie können mit ihren Trägern daher per se keine vertraglichen Vereinbarungen treffen. Bei den Zweckverbänden dürfte das Ausschlusskriterium die privatrechtliche Organisationsform sein.

<sup>90</sup> Eine solche ist auch noch denkbar, wenn schon bis zu 50 % der Kunden den Lieferanten gewechselt hätten: *Ebel*, BB 2000 Beilage 6, S. 15 (19).

<sup>91</sup> vergl. dazu im einzelnen *Daiber*, VIK-Mitteilungen 2000, 78 ff

<sup>92</sup> Ob die Bildung von Nachfragegemeinschaften die Unternehmerqualität begründet, lässt sich nicht einheitlich beantworten. Dazu und auch zur Frage, ob bei gebündelter Nachfrage nur *ein* Netzdurchleitungsvertrag geschlossen werden muss, siehe: *Herrmann/Dick* S. 20 ff, 58ff. Hier wird ein Anspruch eines Stromhändlers auf Netzdurchleitung auch dann bejaht, wenn dieser erst eigens geschaffen wurde (z.B. eine GmbH).

<sup>93</sup> Mir ist unklar, wie *Möschel*, WUW 1999, 5 (7) aus § 19 GWB eine echte Aktivlegitimation des Verbrauchers ableiten möchte: „...als jetzt § 19 GWB n.F. (= § 22 GWB a.F.) als unmittelbar wirkender Verbotstatbestand ausgestaltet ist und aktivlegitimiert nicht nur wie in § 20 GWB n.F. (= § 26 GWB a.F.) Unternehmen, sondern auch private Verbraucher sein können.“ Jedenfalls in dem hier relevanten § 19 IV Nr.4 GWB ist eindeutig von dem Anspruch eines anderen *Unternehmens* auf Durchleitung die Rede. *Micklitz/Rott* VuR 2000, 389 (398) gehen ebenfalls davon aus, dass sich aus § 19 IV GWB kein primärer Verbraucheranspruch ableiten lässt. Sie verfolgen jedoch den Weg, die Norm für drittschützend im Sinne von § 33 GWB zu erklären und bei Verweigerung der Durchleitung dem Verbraucher einen sekundären Schadensersatzanspruch zuzuordnen. Zwar kann dieser Schadensersatz nicht darin bestehen, nunmehr einen Anspruch auf Durchleitung zu haben. Eine so weitreichende Restitution würde der Gesetzessystematik wohl zuwiderlaufen. Jedoch: „Die Höhe des Schadens liegt in der Differenz des vom Verbraucher zu entrichten-

## 1) Individuelle Preiskontrolle nach § 315 BGB

Dem Verbraucher könnte aber der individuelle Weg der gerichtlichen Überprüfung des Preises nach § 315 III BGB offenstehen.

Im Bereich der *Stromversorgung* wird dies von Literaturstimmen z.T. aus folgenden Überlegungen heraus bestritten: Die AVBEItV und vor allem die BTOEIt seien ein vom Gesetzgeber festgelegter Interessenausgleich. Die Gruppenbezogenheit der Kalkulation, die detaillierte Ausgestaltung der Tarifbildung in der BTOEIt und insbesondere die dort statuierte Genehmigungspflicht würden eine individuelle Kontrolle nach § 315 BGB verbieten<sup>94</sup>.

Diese Sichtweise ist m.E. zunächst generell angreifbar: § 315 BGB muss nicht zwingend auf der Basis individueller Parameter angewendet werden. Gerade die „Billigkeitskontrolle“ eröffnet die Möglichkeit, auch den Gruppenbezug der Tarifbildung einfließen zu lassen. Die individuelle Kontrolle wird schlicht in den Kontext des allgemeinen Versorgungsprinzips gestellt.

Dass eine richterliche Bestimmung nur Wirkung „inter partes“ entfaltet, hindert nicht, eine solche Entscheidung zuzulassen. Jedenfalls die öffentliche Hand wird sich von einem solchen Urteil in der Behandlung aller betroffenen Kunden leiten lassen<sup>95</sup>.

Dass dadurch Tarifverschiebungen (zu Lasten der Allgemeinheit) hervorgerufen werden könnten, wie *Lukes* hier befürchtet, ist zweifelhaft. Sofern der Versorger sich an der Kostendeckung orientiert, werden die von ihm ausgeworfenen Preise jedenfalls dann „billig“ sein, wenn er keine zu großen Rabatte an Großkunden zu Lasten der Kleinkunden vergibt<sup>96</sup>. Wird hingegen ein zu großer Gewinn erwirtschaftet<sup>97</sup>, dann führen Preissenkungen in einem Tarifsegment nicht zwingend zu einer Erhöhung in anderen Segmenten, sondern dann wird die Gewinnmarge geschmälert.

Speziell für den *Wasserversorgungsbereich*<sup>98</sup> ist zudem festzuhalten: Eine der BTOEIt entsprechende Regelung und insbesondere eine Genehmigungspflicht bestehen nicht. Die AVBWasserV selbst macht nur allgemeine Angaben zur Preisgestaltung, die keineswegs in Hinblick auf § 315 BGB als spezieller erachtet werden können. Eine individuelle Überprüfung ist daher m.E. zuzulassen.

---

den Entgelts für den Bezug von Strom zu dem Entgelt, das er im Falle der verhinderten Strombelieferung durch den in Aussicht genommenen Anbieter zu entrichten hätte.“

<sup>94</sup> *Lukes*, BB 1985, 2258 ff

<sup>95</sup> Von dieser Rechtstreue der Verwaltung geht insbesondere auch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung aus, die aus diesem Grunde in erheblich weiterem Umfang als im Zivilprozess bloße Feststellungsklagen für zulässig erachtet. Ist der Preis per Satzungsbeschluss geregelt, so führt ein erfolg-reicher Individualangriff auf den Abgabenbescheid zwar nur inzidenter zu einer Feststellung der Nichtigkeit der Satzungsbestimmung. Aus dem gerade genannten Grund hat eine solche Entscheidung aber üblicherweise weitreichendere Wirkungen.

Ein von der Kommune *vollständig gelöstes privates Unternehmen* könnte sich auf die beschränkte Rechtskraftwirkung berufen und seine übrigen Kunden nach dem für unbillig erklärten Preis beliefern. Hier wäre dann durch entsprechende Öffentlichkeitsarbeit Druck zu machen. Der Gesetzgeber könnte auch der einzelnen Preiskorrekturentscheidung eine Wirkung über die Parteien hinaus verleihen („inter omnes“).

<sup>96</sup> Werden solche Rabatte vergeben, so müssen diese geschmälert werden. Die Allgemeinheit ist dadurch nicht nachteilig betroffen.

<sup>97</sup> Also mehr als die angemessene Eigenkapitalverzinsung.

<sup>98</sup> Aber auch für den Gasbereich, in dem es ebenfalls keine BTO mehr gibt...

Spätestens aber mit dem Eintritt von Konkurrenz im Markt dürfte der Kunde nicht mehr durch eine Versagung der individuellen Überprüfung quasi entmündigt werden<sup>99</sup>.

Zu beachten ist allerdings folgendes: Liegt eine automatisierte Preisanpassungsklausel vor, im Extremfall also eine ausgefeilte Formel, so ist die Anwendbarkeit des § 315 noch aus einem anderen Grunde umstritten: Die Norm stelle auf eine Ermessenseröffnung ab, die bei der Anwendung der automatisierten Klausel gar nicht gegeben sei<sup>100</sup>. Zu fragen ist allerdings, ob nicht die einseitige Auferlegung der Klausel als solcher aus einer Monopolstellung heraus ihrerseits eine einseitige ermessensbehaftete Leistungsbestimmung des Versorgers ist. Mit diesem Argument ließe sich § 315 BGB m.E. heranziehen. Ein weiterer Ansatz wäre im übrigen, die automatisierte Klausel nach dem AGBG zu überprüfen, soweit dieses im Kontext der AVBWasserV für anwendbar gehalten wird. Auch hier ist aber streitig, ob über § 3 (überraschend) und § 5 (unklar) AGBG hinaus auch §§ 9-11 AGBG Anwendung finden können<sup>101</sup>.

Die Preisbildung kann also m.E. nach § 315 III BGB im oben skizzierten Rahmen überprüft werden, wobei man hier (mit einiger Vorsicht) auf eine entsprechende Entscheidung des OLD Düsseldorf verweisen kann<sup>102 103</sup>. Dies geschieht nach den gleichen Kriterien wie bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der öffentlich-rechtlichen Gebühren und Beiträge<sup>104</sup>.

Allerdings ist zu beachten, dass dies keineswegs gefestigte Rechtsprechungssicht ist und deshalb dem einzelnen Verbraucher nur unter der Deckungszusage einer Rechtsschutzversicherung zu einer individuellen Klage geraten werden könnte.

Zur Abwicklung: Die Rückforderung zuviel gezahlter Gebühren erfolgt nach § 812 I 1 1. Alt. (Leistungskondiktion). D.h., den Verbraucher trifft nach allgemeinen Regeln die Darlegungs- und Beweislast für das Fehlen des Rechtsgrundes<sup>105</sup>.

<sup>99</sup> Solche Kunden sind nach dem hier vertretenen Ansatz Sonderkunden, für die selbst *Lukes* eine Anwendbarkeit des § 315 BGB nicht bestreitet. Zudem führt *Lukes* Rechtsprechung auf, die selbst bei genehmigten Tarifen eine Kontrolle nach § 315 BGB vorgenommen hat. *Lukes* verweist hier darauf, dass die betreffenden Genehmigungen nicht anhand so inhaltlich detaillierter Regelungen wie der AVBEltV und insbesondere der BTOElt vorgenommen würden. Das lässt den Rückschluss zu, dass auch er an seiner Auffassung nicht zwingend außerhalb der BTOElt festhalten würde.

<sup>100</sup> *Horn NJW* 1985, 1118 (1120)

<sup>101</sup> Beachte: Die Rechtsprechung ist nicht ganz einheitlich, in wieweit § 8 AGBG einer preisbezogenen Inhaltskontrolle entgegensteht. BGH *NJW* 1985, 3013 (3014) nimmt den „konkret festgelegten tariflichen Arbeitspreis“ von der Inhaltskontrolle aus und verweist insoweit auf die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht. Im konkreten Fall ging es dann aber nicht mehr um die „nackte“ Regelung der Vergütungshöhe, sondern auch um die Voraussetzungen für das Entstehen des Anspruchs. Damit sah der BGH die AGB-Prüfung als eröffnet an. *Horn NJW* 1985, 1118 (1120) bejaht die Anwendbarkeit speziell auch für die automatisierten Klauseln und erst recht für die echten Leistungsbestimmungsrechte (m.w.N.). Vergl. dazu auch § 2 Anm. III) 1) und *Ulmer/Brandner/Hensen* § 8 Rd. 15.

<sup>102</sup> R+S 1996, 1

<sup>103</sup> Die Beweislast für die Billigkeit der getroffenen Bestimmung trägt nach h.M. derjenige, der sich auf das Leistungsbestimmungsrecht beruft. Er kann daher unter Umständen zur Offenlegung seiner Kalkulation gezwungen werden (BGH *NJW* 1992, 174; OLG Düsseldorf *NJW-RR* 1997, 1004).

<sup>104</sup> Vergl. dazu § 2 Anm. III) 1) und insbesondere OLG Düsseldorf R+S 1996, 1

<sup>105</sup> So OLG Düsseldorf R+S 1996, 1 (2). Nach Ansicht des Gerichtes ist dies auch dann nicht anders, wenn man berücksichtigt, dass die Entgelte hier im Abbuchungsverfahren eingezogen wurden. Insbesondere



## 2) Missbrauchskontrolle nach § 19 IV Nr. 4 GWB

Kommt es zu einer Liberalisierung i.S. der Streichung der Gebietsschutzregel des § 103 a.F. GWB, so hat dies keine so gravierenden Auswirkungen wie im Strombereich: Viele Wasserversorger sind noch heute Eigen- oder Regiebetriebe der Kommunen, also ohne Rechtspersönlichkeit und haben daher ohnehin weder Konzessions- noch Demarkationsverträge geschlossen. Problematisch sind hier vor allem die Netznutzungsentgelte. Die kartellrechtliche Prüfung folgt dann § 19 IV Nr. 4 GWB, der die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens betrachtet, welches das Leitungsnetz innehat. Hierbei ist zu beachten, dass die spezifischen versorgungrechtlichen Aspekte hinter dem allgemeinen Vergleichsmarktkonzept möglicherweise zurücktreten werden<sup>106</sup>. Hier bedarf es einer ausdrücklichen Festlegung versorgungsspezifischer Kontrollmaßstäbe durch den Gesetzgeber, wie er z.B. im EnWG mit der ostdeutschen Sonderregelung zur Braunkohleverstromung zu finden ist.

In diesem Zusammenhang ist darüber nachzudenken, ob nicht eine zentrale Preisaufsichtsbehörde - ggf. in Verbindung mit einer Einführung einer BTOWasser - geschaffen werden sollte<sup>107</sup>.

## V) Durchleitung

Sollte es zu einer Liberalisierung des Wassermarktes kommen, dürfen die alten Probleme der Durchleitung nicht erneut auftreten. Im Strom- und Gasbereich zeigt die äußerst schleppende Umsetzung der entsprechenden Verbändevereinbarungen, dass die Durchleitungsanbieter nicht in der Lage sind, sich selbst zu regulieren<sup>108</sup>. Im Wasserbereich kommt hier erschwerend hinzu,

---

könne der Verbraucher sich hier auch nicht auf die Zwangswirkungen der §§ 30 (Einwendungsausschluss) und 33 (Versorgungseinstellung) berufen. „Das schutzwürdige Interesse der grundsätzlich zur Vorleistung verpflichteten Beklagten, ihre Ansprüche alsbald realisieren zu können, ist jedoch dann nicht mehr betroffen, wenn es - wie hier - um die Angemessenheit der verlangten Preise geht. Sofern der Einwand der Unangemessenheit berechtigt ist, schuldet der Abnehmer von Anfang an nur den vom Gericht (§ 315 III BGB) bestimmten Preis (BGH NJW 1983, 1777, 1778). Die Beklagte wäre daher nicht berechtigt gewesen, den Kläger auf den jetzt durchgeführten Rückforderungsprozess zu verweisen. Wenn sie die Zahlung des streitigen Betrages dennoch durch die Einstellung der Versorgung hätte durchsetzen wollen, hätte sich der Kläger im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erfolgreich zur Wehr setzen können.“

Im Umkehrschluss heißt das m.E. aber: Im Anwendungsbereich des § 30 ist die Beweislastverteilung umgekehrt (so wohl auch Ludwig/Odenthal in der Kommentierung zu § 30 AVB).

Jedenfalls ist dem Verbraucher zuzugestehen, dass die Preisbildung des Versorgers für ihn eine „black box“ ist, so dass dem Versorger durchaus aufgegeben werden kann, auf die Behauptung der Unbilligkeit des Preises hin seinerseits substantiierte Darlegungen vorzunehmen. Ein Bestreiten mit Nichtwissen durch den Verbraucher reicht dann aber konsequenterweise nicht mehr aus, um seiner eigenen Darlegungslast zu genügen.

<sup>106</sup> *Möschel*, WuW 1999, 5 (6f): „Verbraucherschutz, Preisstabilität, Medienpolitik u.ä. sind keine Zielvorstellungen, die sich mit diesen Normen [i.e.: §§ 22, 26 GWB a.F.] *direkt* anstreben ließen. Den Ansatz über die „Einheit der Rechtsordnung“ hält *Möschel* nach Auslegung für problematisch.

Im Rahmen der Ausführungen weist *Möschel* noch auf einen allgemein sehr interessanten Aspekt des Eingriffs durch die Wettbewerbshüter hin: Eine deutliche Deckelung der Preise kann dazu führen, dass potentielle neue Anbieter am Markt keinen Anreiz für einen Markteinstieg sehen. Die mit der Allgemeinen Wettbewerbsaufsicht angestrebte Förderung des Wettbewerbs wird somit z.T. konterkariert.

<sup>107</sup> In diesem Falle wäre allerdings wieder die Individualkontrolle nach § 315 III BGB fraglich, s.o.

<sup>108</sup> Die Kartellbehörden kennen als Vergleichswert allein den Preis, die VV II Strom orientiert sich demgegenüber an den Kosten - allgemein zur Kontrolle der Netzdurchleitungsentgelte: *Riechmann*, VIK-Mitteilungen 2000, 2. Er weist darauf hin, dass es zur Zeit Bestrebungen gibt, die Preiskontrolle aus der BTOEit abzuschaffen, und zwar aus folgendem Grund: Dass die alten Monopolisten ihren Sonderkunden günstigere Tarife anbieten als der allgemeine genehmigte Tarif, zeige, dass die Strompreisaufsicht versage. *Riechmann* erklärt dies hingegen damit, dass der Netzbetrieb weiterhin monopolistisch bleibe. Der

dass die Qualitätsrisiken und ungeklärten Haftungsfragen das Regulierungsbedürfnis erheblich verstärken<sup>109</sup>.

Sollte - wider Erwarten - erneut der Weg über einen verhandelten Netzzugang gewählt werden, so müsste den Netzbetreibern eine *verbindliche* Frist gesetzt werden, innerhalb derer die entsprechenden Voraussetzungen geschaffen sein müssen. Insbesondere wäre auf eine schnelle Veröffentlichung der Durchleitungsentgelte zu drängen, da deren Fehlen sehr häufig als Grund für die Ablehnung eines Durchleitungsbegehren angeführt wird<sup>110</sup>. Es ist darüber nachzudenken, ob dem einzelnen Verbraucher nicht ein eigener gesetzlicher Anspruch aus Abschluss eines Durchleitungsvertrages gegeben werden sollte<sup>111</sup>.

Faktische Durchleitungsverweigerung in Form von Erhebung von Wechselkosten muss explizit untersagt werden, um die bisherige zwar verbraucherfreundliche, aber singuläre Rechtsprechung<sup>112</sup> weiter zu festigen<sup>113</sup>.

---

Netzdurchleitungspreis könnte bei wirksamer Kontrolle wohlmöglich noch niedriger liegen. Zudem sei der Einbruch der Stromgroßhandelspreise mit einzubeziehen: „Würden in den Tarifikalkulationen die eingebrochenen Strombezugspreise berücksichtigt, würde mit der Tarifaufsicht mitunter wieder eine wirksame Deckelung erreicht.“

Vergl. zu den einzelnen Durchleitungseinwänden der Netzbetreiber, auch in Zusammenschau mit dem Gebot der Entflechtung von Lieferung und Netzbetrieb („unbundling“, § 4 IV EnWG): *Giermann*, RdE 2000, 222. *Giermann* erläutert auch die faktische Durchleitungsverweigerung durch zu hohe Durchleitungsentgelte. Dem Bundeswirtschaftsminister sei es unbenommen, nach § 6 II EnWG die Durchleitungsentgeltbestimmung durch Verordnung zu regeln. Eine solche Bestimmung müsste selbstverständlich auch im Rahmen der Wassermarktliberalisierung geschaffen werden.

<sup>109</sup> Der Zielkonflikt mit dem „schlanken Staat“ wird hier besonders deutlich.

<sup>110</sup> Im Gasbereich ist eine detaillierte Verbändevereinbarung darüber bis heute noch nicht getroffen worden, wengleich zuweilen auch Defizite in den gesetzlichen Vorgaben (entschuldigend) angeführt werden (vergl. *Wirtschaftsspiegel* 2/2001 S.9). Am 20. Dezember 2000 hat das Bundeskabinett eine entsprechende Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes verabschiedet. Aktuelle Fragen zur Nutzung von Stromnetzen behandeln *Theobald/Zenke* in VuR 2000, 405. Sie stellen resümierend fest: „Keine Spur von einem Durchleitungsautomatismus“.

<sup>111</sup> Die Verbändevereinbarung Strom II geht tendenziell in diese Richtung, indem sie davon ausgeht, dass der Kunde jeweils einen eigenen Nutzungsnutzungsvertrag abschließt. Zu den konstruktiven Schwierigkeiten, aus der gegenwärtigen Rechtslage einen eigenen Anspruch des Verbrauchers abzuleiten: *Micklitz/Rott* VuR 2000, 389 ff.; die aber einen sekundären Schadensersatzanspruch nach § 33 i.V.m. § 19 IV Nr.4 GWB bejahen.

<sup>112</sup> Urteil des Landgerichts Hamburg vom 06. Oktober 2000, Geschäftsnummer 406 O 44/00. Zu beachten ist, dass die Klägerin in der betreffenden Entscheidung selbst Stromhändlerin war. Es wurde festgestellt, dass die Beklagte, eine ehemalige Monopolistin, für die Ermittlung von Zählerständen anlässlich des erstmaligen Wechsels der Versorgung kein Entgelt verlangen kann. Die Argumentationslinie des Bundeskartellamtes, nämlich dass die Zählerabrechnung der Vertriebssebene zuzu-rechnen sei und damit nicht in Netznutzungsentgelte einfließen dürfe, ist aber auch aus der Sicht des einzelnen Verbrauchers stichhaltig. Ob die Entscheidung bei einer ausdrücklichen Vereinbarung im Durchleitungsvertrag Bestand haben könnte, ist noch offen.

Die Verbraucher sollten darauf hingewiesen werden, eine solche Vereinbarung zu vermeiden. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass die Durchleitungsverträge üblicherweise zwischen Netz-anbieter und neuem Lieferanten als Vertreter des Kunden geschlossen werden. Der Verbraucher hat hier keinen Einblick in die konkrete Vertragsgestaltung. Insbesondere deshalb bietet sich ein gesetzliches Verbot der Erhebung von Wechselgebühren an, welches die entsprechende Regelung zugunsten des Verbrauchers suspendieren würde.

<sup>113</sup> Vergl. zu den Markteintrittshindernissen Böge, *AgV-Forum* 2001, 53 ff, insb. 55 f zu den Wechselgebühren. Die Kartellbehörden von Bund und Ländern haben eine Arbeitsgruppe zur Wettbewerbsdurchsetzung geschaffen.

### § 3 Bedarfsdeckung

1. Das Wasserversorgungsunternehmen hat dem Kunden im Rahmen des wirtschaftlich Zumutbaren die Möglichkeit einzuräumen, den Bezug auf den von ihm gewünschten Verbrauchszweck oder auf einen Teilbedarf zu beschränken. Der Kunde ist verpflichtet, seinen Wasserbedarf im vereinbarten Umfang aus dem Verteilungsnetz des Wasserversorgungsunternehmens zu decken.

2. Vor der Errichtung einer Eigengewinnungsanlage hat der Kunde dem Wasserversorgungsunternehmen Mitteilung zu machen. Der Kunde hat durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass von seiner Eigenanlage keine Rückwirkungen in das öffentliche Wasserversorgungsnetz möglich sind.

### Anmerkungen

Die Preise für Vollversorgung und Teilversorgung (nebst Eigengewinnung) dürfen von einander abweichen. Dies ist eine berechtigte kalkulatorische Maßnahme, die mit dem hohen Fixkostenanteil im Wasserbereich zusammenhängt.

Grundsätzlich ist der Kunde berechtigt, ausschließlich Teilversorgung zu verlangen<sup>114</sup>.

Diese Regel kollidiert häufig mit dem in den entsprechenden Ortssatzungen festgelegten Anschluss- und Benutzungszwang. § 35 AVBWasserV statuiert aber einen Zwang zur Umsetzung der AVB, soweit das Anschluss- und Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist. Die Gerichte behelfen sich hier mit einer einschränkenden Auslegung der Teilversorgungsregel aus § 3, sofern die Teilversorgungseinräumung die Anlage insgesamt unzumutbar teuer machen würde<sup>115</sup>. Hintergedanke ist hier wieder die Aufrechterhaltung der öffentlichen Wasserversorgung zu einem günstigen Preis<sup>116</sup>.

Das BMWi (S.10) verwendet den Anspruch auf Teilversorgung als Einfallstor für die Liberalisierung<sup>117</sup>.

### § 4 Art der Versorgung

1. Das Wasserversorgungsunternehmen stellt zu den jeweiligen Allgemeinen Versorgungsbedingungen einschließlich der dazugehörenden Preise Wasser zur Verfügung.

2. Änderungen der Allgemeinen Versorgungsbedingungen werden erst nach öffentlicher Bekanntgabe wirksam. Dies gilt auch für die dazugehörenden Preise, sofern sie nicht dem Kunden im Einzelfall mitgeteilt werden.

3. Das Wasser muss den jeweils geltenden Rechtsvorschriften und den anerkannten Regeln der Technik für die vereinbarte Bedarfsart (Trink- oder Betriebswasser) entsprechen. Das Wasserversorgungsunternehmen ist verpflichtet, das Wasser unter dem Druck zu liefern, der für eine einwandfreie Deckung des üblichen Bedarfs in dem betreffenden Versorgungsgebiet erforderlich ist. Das Unternehmen ist berechtigt, die Beschaffenheit und den Druck des Wassers im Rahmen

<sup>114</sup> Hieraus lässt sich wohl kein Versorgungsanspruch als solcher wie z.B. aus § 10 EnWG ableiten, sondern die Norm geht von einem bestehenden Versorgungsverhältnis aus.

<sup>115</sup> Nähere Nachweise bei *Ludwig/Odenthal* § 3

<sup>116</sup> Dieser wird auch im öffentlich-rechtlichen Bereich anerkanntermaßen dazu herangezogen, um die durch den Anschluss- und Benutzungszwang erfolgenden Grundrechtseingriffe (Art 2, 12, 14 GG) zu rechtfertigen.

<sup>117</sup> Das BMWi geht davon aus, dass wenn die Kommunen sich aus der örtlichen Versorgung vollständig zurückziehen, dass dann die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Wasserversorgung eröffnet ist. Um, ausgehend von diesem Ansatz, eine flächendeckende Regelung zu schaffen, müssten m.E. erst einmal alle Kommunen diesen Schritt gegangen sein, oder soll hier nur eine Art Lückenfüllerregelung geschaffen werden?

der gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen sowie der anerkannten Regeln der Technik zu ändern, falls dies in besonderen Fällen aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen zwingend notwendig ist; dabei sind die Belange des Kunden möglichst zu berücksichtigen.

4. Stellt der Kunde Anforderungen an Beschaffenheit und Druck des Wassers, die über die vorgenannten Verpflichtungen hinausgehen, so obliegt es ihm selbst, die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen.

## Anmerkungen

§ 4 beschreibt die Leistungsverpflichtung des WVU.

### I) Anwendung von Kaufvertragsregeln

Wasserversorgungsverträge sind als Kaufverträge in Form von Sukzessivlieferungsverträgen zu qualifizieren<sup>118</sup>.

Der Leistungsinhalt wird an den allgemeinen Regeln der Technik sowie am Infektionsschutzgesetz (ehemals: BundesseuchenG), der TrinkwasserVO<sup>119</sup> und dem Lebensmittel- und BedarfsgegenständeG orientiert. Trinkwasser soll danach insgesamt keimarm und nicht gesundheitsschädlich sein, insbesondere keine Krankheitserreger enthalten. Es soll wenig gelöste Stoffe beinhalten und möglichst keine Korrosion hervorrufen<sup>120</sup>.

Die Lieferung von Wasser, welches den Qualitätsanforderungen der TrinkwasserVO nicht entspricht<sup>121 122</sup>, d.h. die dort genannten Grenzwerte überschreitet, ist mangelhaft i.S.d.

<sup>118</sup> Herrschende Meinung.: vergl. nur *Palandt-Heinrichs*, Einf. vor § 305 Rd. 30. *Heinrichs* differenziert hier weiter nach Ratenlieferungs- und Bezugsverträgen. Versorgungsverträge seien in die letztere Gruppe einzuordnen.

<sup>119</sup> Die Trinkwasserverordnung ist jüngst novelliert worden, die Neufassung tritt aber ausweislich der Schlussbestimmungen erst zum 1. Januar 2003 in Kraft. Insbesondere wurde die DIN 2000 zu einem festen Kriterium der Anforderungen, indem die TWV nunmehr ausdrücklich darauf Bezug nimmt. Neu ist auch, dass der Hauseigentümer bei Feststellung von Grenzwertüberschreitungen innerhalb der Hausanlage nicht nur sofort eingreifen muss, sondern darüber auch das Gesundheitsamt zu unterrichten hat. Das Gesundheitsamt muss seinerseits bei Kenntnis solcher Überschreitungen die Verbraucher unterrichten und beraten. Es kann Abhilfemaßnahmen erzwingen. Andererseits kann die Gesundheitsbehörde aber auch verlangen, dass das Wasserwerk die Wasserqualität von vorne herein so gestaltet, dass Qualitätseinbußen im Bereich der Hausinstallation kompensiert werden (vergl. *Kionka, UmweltMagazin* 09/10 2000, 24 (25)). Der letzte Aspekt ist noch näher zu verfolgen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob hier subjektiv-öffentliche Rechte begründet werden sollen. Diese wären einklagbar und ihre Verletzung würde individuelle Sekundäransprüche des Verbrauchers nach sich ziehen.

<sup>120</sup> In diesem Zusammenhang: Bei der Durchleitung von Wasser verschiedener Qualität durch ein und dasselbe Leitungsnetz drohen Ausfällung und ähnliche Belastungen. Zu den hygienischen Aspekten im einzelnen vergl. das Positionspapier der Verbraucher-Zentrale NRW zur Anhörung „Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge“, S.12.

<sup>121</sup> Hierbei sind die zeitlich befristeten Ausnahmemöglichkeiten des § 4 I TrinkwasserVO zu beachten.

<sup>122</sup> Regelungen zum Druck sind offenbar z.Z. ordnungsmäßig nicht getroffen. Obergrenze bilden hier die zulässigen Nenndrucke der in der Wasserversorgung verwendeten Materialien (OLG Zweibrücken R+S 1988, 29), eine Untergrenze lässt sich möglicherweise über den „bisher üblichen Druck“ im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung bestimmen (OLG Düsseldorf R+S 1974, 29). In jedem Fall bestehen nur begrenzte Informationspflichten hinsichtlich von Druckschwankungen. Sofern sich diese in den beschriebenen Grenzen halten, muss der Versorger nur bei konkreter Kenntnis der Gefährdung durch Druckschwankungen informieren (OLG Düsseldorf a.a.O.), was dem Kunden also letztlich eine präventive Benachrichtigungspflicht anlastet. Für den „normalen“ Verbraucher dürfte sich das Problem aber nicht stellen.

Zur Verletzung von Informationspflichten bei Druckschwankungen vergl. auch BGH NJW 1955, 1105.

§ 459 I S.1 BGB<sup>123 124</sup> und jedenfalls dann keine unerhebliche Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit, wenn durch den Genuss des Wassers eine Gesundheitsgefährdung des Verbrauchers nicht ausgeschlossen werden kann. Für den Einwand der Unerheblichkeit trägt der Versorger die Darlegungs- und Beweislast. Da eine Rückabwicklung des Kaufs kaum in Betracht kommt, läuft die Gewährleistung hier auf einen Minderungsanspruch hinaus<sup>125</sup>.

Ein Anspruch auf Lieferung von Ersatzwasser (z.B. Flaschenwasser) lässt sich aus der AVBWasserV bzw. dem Kaufrecht wohl nicht ableiten, da der Versorger nur Wasserversorgung über das öffentliche Versorgungsnetz schuldet<sup>126</sup>.

Die Lieferung von Wasser ist eine Gattungsschuld, d.h. geschuldet ist ein Wasser mittlerer Art und Güte<sup>127</sup>. Die Grenzwerte der TrinkwasserVO sind zugleich die (absolute) Grenze der vertraglich zulässigen Lieferleistung.

---

<sup>123</sup> Diese Vorschrift ist auch auf öffentlich-rechtliche Leistungsaustauschverhältnisse anwendbar: BGHZ 59, 303; *Seifert* R+S 1993, 13 (15)

<sup>124</sup> A.A. offenbar das AG Aachen R+S 1994, 35, welches einem Verbraucher als „allgemeines Lebensrisiko“ zumutet, auch über einen längeren Zeitraum hinweg eine Überschreitung der Trinkwassergrenzwerte hinzunehmen. Der Verbraucher müsse ggfs. Wasser abkochen, auf Vorrat halten, sich mit Flaschenwasser eindecken etc.. Die Entscheidung erscheint besonders bedenklich, weil es hier um den vermehrten Anfall von Kolibakterien ging. Eine sofortige Information der Bevölkerung kann hier m.E. zwar weitergehende Schadensersatzansprüche vermeiden, nicht jedoch an der Tatsache rütteln, dass das Wasser mangelhaft war und der Kaufpreis daher gemindert werden konnte!

Der BGH erweist sich in der Entscheidung NJW 1983, 2935 als wesentlich verbraucherfreundlicher: §§ 3 (Grenzwertbestimmung) und 8 (Untersuchungspflicht) TrinkwasserVO sind Schutzgesetze i.S.d. § 832 II BGB. Den Versorger trifft die Pflicht zur Untersuchung des Trinkwassers und eine Informationspflicht selbst über noch grenzwertig eingehaltene Belastungen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn ihm bekannt war, dass der Verbraucher zu einer belastungsspezifischen Risikogruppe gehört.

Leider hat der BGH offengelassen, ob Mängel am Trinkwasser einen Fehler i.S.d. § 537 BGB darstellen.

Qualifiziert man den Bezug von Wasser als Kaufvertrag, so ist die Fehlerhaftigkeit bei Überschreitung der Grenzwerte der TrinkwasserVO m.E. unzweifelhaft. Ob der Mietgegenstand „Wohnung“ bei Einleitung von schlechtem Wasser in die Hausleitungen fehlerhaft ist, kann m.E. nicht anders beurteilt werden.

Ein Fehler liegt vor, wenn eine Gefahrenquelle bestehe, „die aufgrund ihrer räumlichen Beziehung zur Mietsache deren Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert“. Die Wasser-versorgung gehört zu den zentralen Pflichten des Vermieters. Die räumliche Beziehung zum Mietgegenstand kann kaum enger sein. Jeder normale Mensch würde eine Wohnung, in der nur gesundheitsschädliches Wasser zu beziehen ist, für unbewohnbar erklären. Dementsprechend geht *Palandt-Putzo* § 537 Rd. 17a auch wie selbstverständlich davon aus, dass die fehlende Warmwasserversorgung ein Fehler i.S. der Vorschrift ist. Lediglich ist streitig, ob eine Überschreitung der Grenzwerte erst dann einen Fehler begründet, wenn die Schwelle einer Gesundheitsgefährdung überschritten ist (so *Putzo* Rd. 17b), oder generell dann ein Fehler zu bejahen ist (OLG Köln NJW 1992, 51). Der Ansatz von *Putzo* ist erkennbar auf die unwesentliche Minderung der Gebrauchstauglichkeit gerichtet. Eine solche hat dann aber der Vermieter zu beweisen. Sind die Grenzwerte überschritten, so sind an diesen Nachweis besondere Anforderungen zu stellen.

<sup>125</sup> Eine - vertraglich - zugesicherte Eigenschaft wird man hingegen nicht annehmen können. Schadensersatzansprüche aus § 463 BGB scheiden damit aus, vergl. BGH NJW 1972, 2300 (2301). Der BGH sieht hier aber eine Schadensersatzhaftung aus p.V.V. als möglich an. Die Verschuldensfrage hatte das Berufungsgericht nicht geklärt, so dass der BGH zurückverweisen konnte. In der Entscheidung wurde daher die Frage der Haftungsbeschränkung nicht angesprochen. Im betreffenden Fall ging es um einen öffentlich-rechtlichen Versorger.

Hinweis: Hinsichtlich der Sekundäransprüche ist einheitlich der Zivilrechtsweg eröffnet. Vergl. BGH NVwZ 1991, 606; BGH NJW 1955, 1105.

<sup>126</sup> Vergleiche zum Themenbereich: *Seifert*, R+S 1993, 13 ff

<sup>127</sup> Denkbar ist auch eine Qualifikation als Vorratsschuld, nämlich die Lieferung aus einer bestimmten Wasserquelle (bestimmter Grundwasserträger, bestimmter Fluss). Dann ist m.E. ein (aufgearbeitetes) Wasser geschuldet, welches sich bei Anstrengungen mittlerer Art aus der betreffenden Wasserquelle bereitstellen

Bei einer - denkbaren - Festschreibung des Minimierungsgebotes als hartes Kriterium würde auch dieses zukünftig zur Bestimmung der Leistungsqualität heranzuziehen sein. Der Spielraum, innerhalb dessen sich ein im kaufrechtlichen Sinne mangelfreies Wasser bewegen würde, wäre dann erheblich eingeschränkt: Ein nicht minimal mit Schadstoffen belastetes Wasser würde nämlich schlicht nicht der vertraglichen Leistungsbeschreibung entsprechen und wäre damit mangelhaft<sup>128</sup>!

Den Verbrauchern muss deutlich gemacht werden, dass sie wegen der zwangsläufigen Vermischung im Netz im vollliberalisierten Markt allenfalls ein Wasser bestimmter Qualität erhalten werden, nicht aber ein bestimmtes bestelltes Wasser.

Dem Gesundheitsamt (Amtsarzt) obliegt die Überwachung der Einhaltung der TrinkwasserVO<sup>129</sup>.

---

lässt. Ist nur eine Wasserquelle vorhanden und diese von schlechter Qualität, so lässt sich in gewissen Maßen ein Ausgleich über einen geringeren Preis schaffen. Problematisch ist hier im öffentlichen Bereich, dass das vertragliche Äquivalenzprinzip zugunsten eines bloßen Willkürverbotes aufgeweicht wird. Vergl. § 2 Anm. III 2)

<sup>128</sup> Im Rahmen des Workshops wurde auf die erhebliche finanzielle Belastung der Versorger durch die (noch freiwillige) Einhaltung des Minimierungsgebotes hingewiesen. Von Versorgerseite wird daher auch eine Abschaffung des Gebotes betrieben. Der Vertreter der Berliner Wasserbetriebe (BWB) machte keinen Hehl daraus, dass er aus ökonomischen Gesichtspunkten daran interessiert sei, die Grenzwerte der TrinkwasserVO voll auszuschöpfen. Wenn man bedenkt, dass die BWB noch von der öffentlichen Hand majorisiert wird, sollten einer materiellen Privatisierung oder gar Liberalisierung Bedenken entgegengebracht werden. Die *vertragliche* Festschreibung der Einhaltung des Minimierungsgebotes ist im ersteren Fall wohl das Mittel der Wahl. Eine gesetzliche Fixierung als „muss“- Kriterium (und nicht bloß „soll“, wie dies momentan der Fall ist), wäre die sicherere Variante.

Schon 1991 hat *Steuer* (S. 78) jedoch im Kontext der Behandlung des Minimierungsgebotes eine ernüchternde Einschätzung geliefert: „Eine entsprechende Aktivität des Gesundheitsamtes über die Grenzwerte hinaus wird sicher Diskussionen auslösen und entsprechende Forderungen werden nicht leicht durchsetzbar sein.“

ISOE führt in seinem Gutachten in diesem Zusammenhang aus, dass das Minimierungsgebot zumindest durch Beschreibung (technischer) Einzelheiten „operationalisiert“ und damit gerichtsfest gemacht werden sollte (S.68).

<sup>129</sup> *Steuer* a.a.O.: „Unstreitig sollte sein, dass der Amtsarzt für die Beurteilung der gesundheitlichen Bedeutung von Schadstoffen oder Verunreinigungen zuständig ist, auch wenn die Beurteilung häufig nicht ohne fachliche Beratung durch Toxikologen, Hygieniker oder Makrobiologen möglich ist. Dies gilt auch für die gesundheitliche Interpretation von chemischen Befunden.“

## **II) Informationsansprüche**

Im Kontext der kaufvertraglichen Ansprüche soll hier noch einmal zusammenfassend auf die momentan noch rudimentären - Informationsansprüche eingegangen werden.

### **1) Ansprüche aus der AVBWasserV**

- a) § 1 IV: Pflicht zur öffentlichen Bekanntgabe der ergänzenden Versorgungsbedingungen nebst Preisregelungen und Preislisten. Für die Bekanntgabe reicht aber der Abdruck in einer überregionalen Zeitung.
- b) § 2 I S.2: Bei konkludentem Zustandekommen des Versorgungsvertrages muss der Versorger den Kunden unverzüglich über den Vertragsschluss informieren.
- c) § 5 III: Pflicht zur „geeigneten“ Benachrichtigung über geplante Versorgungsunterbrechungen
- d) § 14 I S.2: Pflicht zur Aufklärung über an der Kundenanlage bei der Inbetriebsetzung gefundene Mängel. Die Verletzung dieser Pflicht führt aber nur dann zu einer Haftung des Versorgers, wenn die Mängel leib- bzw. lebensbedrohlich waren.
- e) § 24 III S.3: Die Berechnungsfaktoren müssen vollständig und in allgemein verständlicher Form ausgewiesen werden.

### **2) Ansprüche aus der TrinkwasserVO (geltende Fassung)**

§ 15 IV und VI: Zur Aufbereitung des Wassers verwendete Zusatzstoffe müssen vom Versorger dokumentiert werden. Die entsprechenden Aufzeichnungen sind 6 Monate lang dem Verbraucher zugänglich zu machen. Der Zusatz von solchen Zusatzstoffen ist öffentlich bekannt zu machen.

### **3) Ansprüche aus der TrinkwasserVO (Fassung ab 01. Januar 2003)**

- a) § 16: wie § 15 a.F.
- b) § 20 III S.1 Nr. 2: Wenn das Gesundheitsamt Grenzwertüberschreitungen feststellt, die auf der Hausinstallation beruhen, dann muss es geeignete Maßnahmen ergreifen und den betroffenen Verbraucher über zusätzliche Abhilfemöglichkeiten und etwaige Verwendungseinschränkungen des Wassers informieren.
- c) § 21 I: „Die zuständige Behörde stellt in geeigneter Weise sicher, dass dem Verbraucher geeignetes und aktuelles Informationsmaterial über die Qualität des ihm zur Verfügung gestellten Wassers für den menschlichen Gebrauch zur Verfügung steht. Dazu gehören auch Angaben über die verwendeten Aufbereitungsstoffe und Angaben, die für die Auswahl geeigneter Materialien für die Hausinstallation nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik erforderlich sind.“ Dieser Anspruch ist schon ein echter Fortschritt. Allerdings ist er einseitig auf die Qualität des Wassers beschränkt. Sinnvoll wäre für den Verbraucher, wenn er auch Angaben über die ökonomische Lage des Versorgers erhalten könnte und dessen Engagement für den Umwelt- und Ressourcenschutz. Insoweit ist hier eine Lücke vorhanden, die auch durch das Umweltinformationsgesetz nicht gedeckt werden kann (dazu gleich).

### **4) Ansprüche aus dem LandeswasserG NW:**

§ 116 II: Verschafft einen Informationsanspruch bei glaubhaft gemachtem Schaden durch die Veränderung von Gewässern.

## 5) Ansprüche aus dem Umweltinformationsgesetz

§ 4: Verschafft einen Anspruch gegenüber allen Behörden, die Aufgaben des Umweltschutzes wahrzunehmen haben. Ausgenommen sind hier Gerichte, Strafverfolgungs- und Disziplinarbehörden. Es bestehen zahlreiche Beschränkungen (u.a. auch - schützenswerte - private Drittinteressen)<sup>130</sup>. Der genannte Anspruch bezieht sich nach wohl herrschender Meinung nicht auf leitungsgebundenes Wasser, so dass auf diesem Wege an zusätzliche Informationen über den Versorger nicht heranzukommen ist. Zu verfolgen ist die Bestrebung des Bundesgesetzgebers, ein allgemeines Verbraucherinformationsgesetz zu schaffen<sup>131</sup>. Auf dessen inhaltliche Ausgestaltung sollte die Verbraucher-Zentrale Einfluss nehmen.

## 6) Vertragliche Ansprüche

Ansonsten verbleibt nur der Weg, aus der vertraglichen Beziehung zum Versorger Informationsnebenpflichten abzuleiten. Dies ist unter dem Gesichtspunkt der (prozessualen) Waffengleichheit denkbar. Aufgrund der Informationsüberlegenheit des Versorgers ist hier an Umverteilungen der Darlegungslast bis hin zu (widerleglichen) Vermutungen zugunsten des Verbrauchers zu denken.

Bei allen Informationspflichtverletzungen wird sich der Versorger im Zweifel auf seine Haftungsbeschränkungen, insbesondere aus § 6 AVBWasserV berufen<sup>132</sup>.

### *§ 5 Umfang der Versorgung, Benachrichtigung bei Versorgungsunterbrechungen*

*...1. Das Wasserversorgungsunternehmen ist verpflichtet, Wasser im vereinbarten Umfang jederzeit am Ende der Anschlussleitung zur Verfügung zu stellen. Dies gilt nicht*

*a. soweit zeitliche Beschränkungen zur Sicherstellung der öffentlichen Wasserversorgung erforderlich oder sonst vertraglich vorbehalten sind,*

*b. soweit und solange das Unternehmen an der Versorgung durch höhere Gewalt oder sonstige Umstände, deren Beseitigung ihm wirtschaftlich nicht zugemutet werden kann, gehindert ist.*

*...2. Die Versorgung kann unterbrochen werden, soweit dies zur Vornahme betriebsnotwendiger Arbeiten erforderlich ist. Das Wasserversorgungsunternehmen hat jede Unterbrechung oder Unregelmäßigkeit unverzüglich zu beheben.*

*3. Das Wasserversorgungsunternehmen hat die Kunden bei einer nicht nur für kurze Dauer beabsichtigten Unterbrechung der Versorgung rechtzeitig in geeigneter Weise zu unterrichten. Die Pflicht zur Benachrichtigung entfällt, wenn die Unterrichtung*

*a. nach den Umständen nicht rechtzeitig möglich ist und das Unternehmen dies nicht zu vertreten hat oder*

*b. die Beseitigung von bereits eingetretenen Unterbrechungen verzögern würde.*

<sup>130</sup> Instruktiv zum UIG, den Beschränkungen und der bisherigen Behandlung in der Rechtsprechung: Rossi, UPR 2000, 175.

<sup>131</sup> Diese Bestrebung steht offenbar im Kontext der AGENDA 21 und dem Auftrag aus Art 14 der EU-Wasserrahmenrichtlinie, die Bevölkerung bei der Umsetzung der Richtlinie umfassend zu informieren und aktiv einzubinden.

<sup>132</sup> Im einzelnen streitig, vergl. z.B. Anm. zu § 5.



## Anmerkungen

§ 5 statuiert die Grenze der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit. Dies ist eine Konkretisierung und genau genommen eine Besserstellung der Versorger gegenüber dem allgemeinen Vertragsrecht. Unmöglichkeit der Leistung befreit den Schuldner nach §§ 280, 323 BGB von der primären Leistungspflicht<sup>133</sup>.

Der Versorger hat eine Benachrichtigungspflicht, wenn das Wasser für mehr als kurze Zeit abgestellt wird<sup>134</sup>. Es ist streitig, ob die Verletzung dieser Informationspflicht unter die Haftungsprivilegierung des § 6 AVBWasserV bzw. unter eine entsprechende<sup>135</sup> satzungsmäßige Normierung fällt.

Das zunächst naheliegend erscheinende Argument ist, dass die Unterbrechung der Versorgung als solche von § 6 AVBWasserV ausdrücklich erfasst ist und es seltsam anmutet, dass die fehlende Information darüber einer weitergehenden Haftung unterworfen sein soll<sup>136</sup>.

Diese Sicht ist jedenfalls bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses problematisch, weil hier die Informationspflicht nicht nur in dem öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis (Versorgungsverhältnis) begründet ist, sondern zugleich eine drittschützende Amtspflicht

---

<sup>133</sup> In engen Grenzen lässt die Rechtsprechung hier auch eine *wirtschaftliche* Begründung des Unmöglichkeitsfalls zu. Dies durchbricht den Allgemeinen Grundsatz, dass jeder Schuldner für seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit grundsätzlich selbst einzustehen hat. Auch hier wird also im Bereich der Daseinsvorsorge die schützende Hand über die Anbieter gelegt, damit diese ihrem öffentlichen Auftrag stets gerecht werden.

<sup>134</sup> Differenziert wird zwischen beabsichtigten und unvorhergesehenen Unterbrechungen der Versorgung. LG Lüneburg R+S 1986, 35 betrifft den Fall, dass eine Störung zunächst mehrere Stunden untersucht werden musste (wobei die Versorgung nicht unterbrochen war), bevor dann zur Behebung des Mangels eine Unterbrechung vorgenommen werden musste. Dies setzt das Gericht der direkten Unterbrechung durch die Störung gleich. Dies erscheint mir nicht zwingend, da der Kläger (hier ein Bäcker) sehr wohl zumutbarerweise hätte in der Zwischenzeit benachrichtigt werden können. Bzgl. privater Verbraucher mag ein Hinweis auf eine (zwingend erforderliche und nicht verschiebbare) mehrstündige Versorgungsunterbrechung nicht ganz so dringend erforderlich sein. Je kalkulierbarer die Unterbrechung ist, d.h. insbesondere je länger die Vorlaufzeit ist, desto eher müssen aber m.E. auch Private informiert werden, damit diese ihr Verbrauchsverhalten darauf einstellen können (Stichworte: Babynahrung; Toilettenspülung!). OLG Hamm NVwZ-RR 1991, 521 betrifft Informationspflichten einer Kommune. Als Anspruchsgrundlage wird hier § 839 BGB herangezogen. Der Versorger muss *zeitnah* auf die Unterbrechung hinweisen, sonst kann er nicht davon ausgehen, dass den Betroffenen die Information noch bewusst ist.

<sup>135</sup> Nach § 35 AVBWasserV ist satzungsmäßige Umsetzung geboten!

<sup>136</sup> Diese Frage ist von durchaus praktischer Bedeutung, z.B. in folgendem Fall: Der Versorger ändert die Fließgeschwindigkeit des Wassers in einem bestimmten Bereich einer Ringleitung. Dabei wusste er, dass es zu Ablösungen und damit Verunreinigungen des Wassers kommen konnte, und zwar auch über den konkreten Teil der Ringleitung hinaus. Dennoch informierte er nur die Anwohner des entsprechenden Bereichs. Verunreinigtes Wasser führte bei einem nicht benachrichtigten Anlieger der Ringleitung zu irreparabel verschmutzter Weißwäsche. Das AG Hamburg hat eine entsprechende Haftung sowohl wegen der Verschmutzung als solcher als auch hinsichtlich einer möglichen Informationspflichtverletzung unter den Verweis auf fehlende grobe Fahrlässigkeit verneint (R+S 1982, 36; vergl. auch AG Moers R+S 1984, 7). Zwar hat *Lenkeit* in einer Anmerkung behauptet, hier sei das Fehlen jeglichen Verschuldens festgestellt worden. Dies geht aus dem Urteil aber nicht hervor. Vielmehr ist es m.E. so zu verstehen, dass das AG die fehlende Information der übrigen Anlieger als lässliche Sünde erachtet hat. Bei einer fehlenden Haftungsbeschränkung aus § 6 AVBWasserV hinsichtlich der Informationspflichtverletzung würde dies zu einer Haftung führen. Die Bestimmung des Kreises der (noch) zu informierenden Beteiligten ist dabei natürlich Frage des Einzelfalles.

Zur Änderung der Fließrichtung kann es auch bei der Durchleitung mehrerer Versorger durch ein Netz oder bei Wegfall der Nachfrage eines abgeworbenen Großverbrauchers kommen. Deshalb würde der Fall gerade im Rahmen der Liberalisierung virulent.

darstellt. Im Bereich des § 839 BGB kann aber eine Haftungsbeschränkung durch Ortssatzung nicht stattfinden<sup>137</sup>.

Man könnte auf den Gedanken kommen, die Haftungsbeschränkungen auch in privatrechtlichen Organisationsbereichen abzulehnen, je näher die Gemeinde „dran“ ist (volle Beherrschung/majorisierende Beherrschung). Desto eher ließe sich nämlich von der Wahrnehmung von Amtspflichten zumindest im funktionalen Sinne sprechen. Die Rechtsprechung des BGH erscheint jedoch sehr formalistisch und verneint die Anwendbarkeit des § 839 BGB bei privater Organisationsform<sup>138</sup>. Es stellt sich allerdings die Frage, warum gerade privatrechtlich organisierte Anbieter von der weiter greifenden Haftung des § 839 BGB verschont bleiben sollen. Wieder erscheint es bedenklich, der öffentlichen Hand die Flucht ins Privatrecht zu gestatten.

#### *§ 6 Haftung bei Versorgungsstörungen*

*1. Für Schäden, die ein Kunde durch Unterbrechung der Wasserversorgung oder durch Unregelmäßigkeiten in der Belieferung erleidet, haftet das ihn beliefernde Wasserversorgungsunternehmen aus Vertrag oder unerlaubter Handlung im Falle*

*a. Der Tötung oder Verletzung des Körpers oder der Gesundheit des Kunden, es sei denn, dass der Schaden von dem Unternehmen oder einem Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfen weder vorsätzlich noch fahrlässig verursacht worden ist,*

*b. der Beschädigung einer Sache, es sei denn, dass der Schaden weder durch Vorsatz noch durch grobe Fahrlässigkeit des Unternehmens oder eines Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfen verursacht worden ist,*

*c. eines Vermögensschadens, es sei denn, dass dieser weder durch Vorsatz noch durch grobe Fahrlässigkeit des Inhabers des Unternehmens oder eines vertretungsberechtigten Organs oder Gesellschafters verursacht worden ist.*

*§ 831 Abs. 1 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches ist nur bei vorsätzlichem Handeln von Verrichtungsgehilfen anzuwenden.*

*2. Absatz 1 ist auch auf Ansprüche von Kunden anzuwenden, die diese gegen ein drittes Wasserversorgungsunternehmen aus unerlaubter Handlung geltend machen. Das Wasserversorgungsunternehmen ist verpflichtet, seinen Kunden auf Verlangen über die mit der Schadensverursachung durch ein drittes Unternehmen zusammenhängenden Tatsachen insoweit Auskunft zu geben, als sie ihm bekannt sind oder von ihm in zumutbarer Weise aufgeklärt werden können und ihre Kenntnis zur Geltendmachung des Schadensersatzes erforderlich ist.*

<sup>137</sup> *Erichsen*, Kommunalrecht des Landes NRW, 2. Aufl. 1997, § 10 J; OLG Hamm, Urt. V. 26.04.1991, NVwZ-RR 1991, 521 (hier wurde die Klage allerdings mangels ausreichender Substantiierung bzgl. der haftungsausfüllenden Kausalität abgewiesen); andeutungsweise auch *Palandt-Heinrichs* § 276 Rd. 131. *Seifert*, R+S 1993, 13 (15) lehnt das lapidar ab: „Der deliktische Amtshaftungsanspruch nach Art 34 GG/§ 839 BGB wird durch eine § 6 AVBWasserV entsprechende Satzungsbestimmung modifiziert und ist daneben grundsätzlich nicht anwendbar.“ Eine solche Sichtweise ist aber mit dem Art 34 GG nicht vereinbar: durch eine Ortssatzung lässt sich die dort geregelte (grundgesetzliche!) Haftung nicht beschränken, sondern allenfalls durch ein *formelles* Gesetz. Die in den Gemeindeordnungen der Länder statuierten Satzungsermächtigungen reichen hierfür nicht aus (Wesentlichkeitstheorie), so *Erichsen* a.a.O.

<sup>138</sup> BGH NJW 2000, 2810: „Für die Frage, ob eine Amtsausübung in den privatrechtlichen oder hoheitlichen Wirkungskreis der öffentlichen Hand fällt und damit „Ausübung eines öffentlichen Amtes“ ist oder nicht, bietet die gewählte Rechtsform einen wichtigen Anknüpfungspunkt. Nimmt die Verwaltung ein Rechtsinstitut des öffentlichen oder des privaten Rechts in Anspruch, so kann darin, nicht in der Zielsetzung der Tätigkeit, auf die etwa bei Realakten abzustellen ist, „... in der Regel das prägende Merkmal gesehen werden.“

*3. Die Ersatzpflicht entfällt für Schäden unter 30 Deutsche Mark.*

*4. Ist der Kunde berechtigt, das gelieferte Wasser an einen Dritten weiterzuleiten, und erleidet dieser durch Unterbrechung der Wasserversorgung oder durch Unregelmäßigkeiten in der Belieferung einen Schaden, so haftet das Wasserversorgungsunternehmen dem Dritten gegenüber in demselben Umfange wie dem Kunden aus dem Versorgungsvertrag.*

*5. Leitet der Kunde das gelieferte Wasser an einen Dritten weiter, so hat er im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten sicherzustellen, dass dieser aus unerlaubter Handlung keine weitergehenden Schadensersatzansprüche erheben kann, als sie in den Absätzen 1 bis 3 vorgesehen sind. Das Wasserversorgungsunternehmen hat den Kunden hierauf bei Abschluss des Vertrages besonders hinzuweisen.*

*6. Der Kunde hat den Schaden unverzüglich dem ihn beliefernden Wasserversorgungsunternehmen oder, wenn dieses feststeht, dem ersatzpflichtigen Unternehmen mitzuteilen. Leitet der Kunde das gelieferte Wasser an einen Dritten weiter, so hat er diese Verpflichtung auch dem Dritten aufzuerlegen.*

## **Anmerkungen:**

### **I) Haftungsbeschränkungen**

Diese im einzelnen unübersichtliche Norm stellt eine weitgreifende Haftungsbeschränkung der Versorger dar<sup>139</sup>. Einer Überprüfung anhand von §§ 10,11 AGBG würde sie in weiten Teilen nicht standhalten. Deshalb ist es für die Versorger von essentieller Bedeutung, die AVBWasserV<sup>140</sup> möglichst auf alle Kunden anzuwenden.

Bei Körperschäden gilt eine unbeschränkte Haftung für jedes Verschulden bei Schadensverursachung durch Unternehmensorgane ebenso wie bei Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen. Der Versorger kann sich zwar exkulpieren, trägt dafür aber, wie auch in allen folgenden Fällen, die Beweislast<sup>141</sup>.

Bei Sachschäden haftet der Versorger für das Verhalten der gerade genannten Personen, allerdings beschränkt auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

Bei (reinen) Vermögensschäden wird der Kreis der haftenden Personen auf der einen Seite etwas erweitert. Statt des „Unternehmens“, also der gesetzlichen Vertreter i.S.d. § 31 BGB, haftet das Unternehmen nunmehr für das Verhalten seines Inhabers, der vertretungsbe-rechtigten Organe und der Gesellschafter. Dafür ist die Haftung für Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen vollständig (also inklusive Vorsatz) ausgeschlossen!

Völlig vom Ersatz ausgenommen sind Bagatellschäden bis 30,- DM.

---

<sup>139</sup> In der Kommentierung zu § 6 AVBEItV (Rd. 6) von *Ludwig/Odenthal* findet sich eine gute zusammenfassende grafische Übersicht, die mit der im Text genannten Einschränkung auch auf den Bereich Wasser anzuwenden ist.

<sup>140</sup> In ihrem direkten Anwendungsbereich ist die AVBWasserV nämlich insoweit prüfungsresistent.

<sup>141</sup> Dies stellt eine Konkretisierung des Prinzips der Beweislastverteilung nach Gefahrenkreisen dar. Der Kunde des Versorgers hat regelmäßig keinen Einblick in die Struktur des Unternehmens. Diese Beweislastverteilung ergibt sich auch bei Anwendung der Produzentenhaftung. Bei Schadenseintritt trotz bestimmungsgemäßen Gebrauchs muss der Hersteller beweisen, dass sein Produkt fehlerfrei war.

## II) Grenzen der Beschränkung

Eine summenmäßige Beschränkung der Haftung wie in der AVBEItV kennt die AVB-WasserV hingegen nicht<sup>142</sup>.

Wichtig ist, dass etwaige Gefährdungshaftungen von den genannten Beschränkungen ausgenommen sind. Eine etwaige Haftung nach § 2 HaftpflichtG greift also voll durch.

Hierbei geht es um das Risiko flüssigkeitsführender Leitungen. Im Rahmen des Projekt-Workshops wurde dazu ausgeführt, dass der Anwendungsbereich des § 2 HaftpflichtG auf Schäden durch austretende Flüssigkeiten begrenzt sei<sup>143</sup>.

Die „Herstellung“ von Wasser unterfällt den Regeln der Produzentenhaftung und der Gefährdungshaftung aus dem Produkthaftungsgesetz<sup>144</sup>.

Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 6 AVBWasserV befinden sich insbesondere Installationsfehler<sup>145</sup>. Der Versorger haftet hier - vorbehaltlich ergänzender Bestimmungen - ohne Beschränkung. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung die Erstreckung einer Haftungsbeschränkung auf leichte Fahrlässigkeit bei „Kardinalspflichten“ für unzulässig erklärt.

## III) Sonderkundenbereich - Haltbarkeit der Haftungsbeschränkungen - Beispiel Strom

Es stellt sich die Frage, ob man - eine solche Differenzierungsmöglichkeit einmal vorausgesetzt<sup>146</sup> - im Bereich von Sonderkunden die Haftungsbeschränkungen des § 6 AVBWasserV angreifen kann. Für den Bereich der Stromversorgung hat der BGH ausgeurteilt, dass eine dem § 6 AVBWasserV entsprechende AGB-Regelung § 9 AGBG standhalten würde<sup>147</sup>.

Wäre die Überprüfung nicht auf § 9 beschränkt (s.o.), so wäre die Haftungsbeschränkung in weitem Umfang nach §§ 10,11 AGBG angreifbar. Aber selbst bei einer Überprüfung nach § 9 ist die Entscheidung in einem liberalisierten Markt möglicherweise nicht mehr haltbar.

<sup>142</sup> Das Argument des Ordnungsgebers war, dass die Wasserversorgung regional beschränkt sei und dementsprechend die - nach der Einschränkung fortbestehenden - Haftungsrisiken überschaubar (und damit versicherbar) seien.

<sup>143</sup> Vergl. dazu OLG Frankfurt a.M. R+S 1983, 46, welches die Gefährdungshaftung nicht auf die „bewegende Kraft“ des Wassers beschränkt (es ging um Glatteisbildung). „...Daraus folgt, dass der Gesetzgeber die Gefährlichkeit der in § 2 HaftPflG aufgezählten Stoffe, zu denen er auch Wasser rechnete (Vergl. BT-Drucksache 8/108, Seite 12, linke Spalte), als haftungsausfüllenden Tatbestand normiert hat.“ Bei unbefangener Betrachtung könnten damit m.E. also auch weitergehende Gefährdungen durch Wasser, nämlich als spezifischer Träger von Keimen und korrosionsfördernden Bestandteilen, erfasst werden. Auch der Wortlaut der Norm (Haftung für Schäden, welche „durch die Wirkung von Elektrizität, Gasen, Dämpfen oder Flüssigkeiten“ verursacht worden sind) spricht nicht zwingend gegen eine so weitgreifende Betrachtungsweise.

Der BGH stellt im übrigen klar, dass eine Haftung nach § 2 HaftPflG nicht davon abhängt, dass die betreffende Anlage schadhaft ist (DÖV 1990, 209)

<sup>144</sup> Vergl. zur Beweislastumkehr „bei bestimmungsgemäßigem Gebrauch“: BGH NJW 1972, 2300 (2302).

<sup>145</sup> Wenn der Versorger - auf werkvertraglicher Basis - Installationen im kundeneigenen Hausnetz vornimmt.

<sup>146</sup> S.o.; die Versorger, stellvertretend *Ludwig/Odenthal*, wehren sich natürlich vehement dagegen: „Da die AVBFernwärme nicht zwischen Tarifkunden und Sonderkunden unterscheidet, die Haftungsbeschränkung vielmehr, wenn man die von der AVBV ohnehin nicht erfassten Industrieunternehmen ausnimmt, gegenüber sämtlichen Kunden wirkt, bedurfte es einer Sonderregelung wie in § 6 III AVBEItV und AVB-GasV nicht.“ (Kommentierung zur - inhaltsgleichen - AVBFernwärme).

<sup>147</sup> BGH NJW 1998, 1640 (=RdE 1998, 194 mit Anm. *Paul*)

Dies soll hier kurz - zunächst anhand des Strommarktes - skizziert werden:

Ausgangspunkt für die Haftungsbeschränkung ist das Szenario eines Massenschadens, der bei unbegrenzter Haftung des Versorgers zu dessen finanziellem Ruin führen würde. Da der Versorger aber eine Aufgabe der Daseinsvorsorge wahrnimmt und der Staat ein essentielles Interesse an deren Funktionsfähigkeit hat, privilegiert er den Versorger. Der einzelne Kunde sei eher in der Lage, das betreffende Risiko zu versichern, als dass der Versorger den Massenschaden versichern könne. Diese Argumentationsstruktur sei auch auf die Sonderkundenverträge übertragbar. Die Sonderkunden bildeten eine Risikogemeinschaft mit den Tarifkunden<sup>148</sup>.

Zunächst ist festzustellen, dass der BGH diese Ausführungen ausdrücklich in den Kontext eines noch nicht liberalisierten Marktes stellt<sup>149</sup>. Dies hat gute Gründe. Denn neue Anbieter, die aus dem Bereich des ehemaligen Monopolisten einzelne Kunde herausgreifen, leisten keine allgemeine Versorgung, sind damit nicht versorgungspflichtig, ihr Risiko bleibt überschaubar und damit vor allem versicherbar! Im Gespräch mit Herrn *Schweers* vom energierechtlichen Institut in Köln wurde deutlich, dass der Massenschaden im *Strombereich* ein Spezifikum des *Netzbetriebes* und nicht der *Stromlieferanten* ist. Aber auch die ehemaligen Monopolisten sind nach der Energierechtsnovelle gehalten, ihre Unternehmen aufzugliedern und Herstellung, Durchleitung und Lieferung zu verselbständigen. Unter dieser Prämisse könnte die *Belieferung* von Kunden sehr wohl versichert werden, nur für die Sparte der Netzdurchleitung bliebe es beim Argument des Massenschadens. Herr *Schweers* deutete an, dass die in der Stromindustrie angedachte Lösung des Problems in der Aufspaltung der AVB liegen könnte, quasi also eine AVBNetz und eine - angepasste - AVBStromlieferung<sup>150</sup>.

Auch wenn das Argument der fehlenden Versicherbarkeit jedenfalls im Netzbereich auf den ersten Blick einleuchtet, so ist es bei näherem Hinsehen nicht völlig zwingend. Denn wenn der Staat ein Interesse an dem Funktionieren der Daseinsvorsorge hat, so könnte er sich auch dazu entschließen, eine Art Ausfallbürgschaft für das Unternehmen zu übernehmen. Die Kosten für diese Rückstellung würden dann allerdings im Zweifel auf den Preis umgelegt werden, was dem

---

<sup>148</sup> BGH NJW 1998, 1640 (1644) Der argumentative Ansatz des BGH ist, dass Sonderkunden keines größeren Schutzes bedürfen als Tarifkunden. Diese Argumentation erscheint ein wenig scheinheilig, da gerade § 23 II S. 2 AGBG zeigt, dass die AVB an sich den Anforderungen des AGBG nicht genügen. Geschützt werden sollen hier die Anbieter, was man ehrlicherweise auch so sagen sollte.

<sup>149</sup> BGH NJW 1998, 1640 (1644 li. oben); zu diesem „wettbewerblichen Vorbehalt“ ausführlich *Schweers*, S. 246 ff

<sup>150</sup> Unter der oben zitierten Prämisse von *Baur/Herrmann*, dass die allgemeine Versorgung an den Tatbestand des öffentlichen Angebots an eine unbestimmte Anzahl von Personen anknüpft, ließe sich evt. eine Aufspaltung der AVB vermeiden: Der Lieferant wäre dann allgemeiner Versorger und der Netzbetreiber sein Erfüllungsgehilfe.

Im Gespräch wurde in diesem Zusammenhang folgender Denkansatz genannt: Bei einem vom Lieferanten verursachten Schaden, der über den Netzbetrieb zum Massenschaden führt, wäre dann die Haftung des Lieferanten gegenüber dem einzelnen Kunden auf 5000,- DM beschränkt, der Netzbetreiber würde jedoch nach deliktischen Regeln unbegrenzt haften. Er könnte sich aber seinerseits beim Lieferanten schadlos halten. Diese Konstruktion setzt allerdings voraus, dass der Kunde mit dem Netzbetreiber keine eigene Vertragsbeziehung hat (bei der dann wieder die Einbeziehung der AVB-Haftungsbeschränkung drohen würde). Die Verbändevereinbarung Strom II sieht einen eigenen Vertragsschluss des Kunden mit dem Netzbetreiber vor. Im übrigen würde eine volle Haftung des Netzbetreibers u.U. die Versorgungssicherheit insofern bedrohen, als die Liquidität des Lieferanten evt. nicht ausreicht, den Schaden auszugleichen. Noch deutlicher wird das Argument der fehlenden Versicherbarkeit dann, wenn der Fehler vom Netzbetreiber selbst verursacht wurde.

Gebot des (möglichst) günstigsten Preises entgegenstehen würde. Dieses Gebot ist allerdings nur *ein* Aspekt des heute immer stärker betonten Verbraucherschutzes. Es ist eine politische Entscheidung, ob man der Allgemeinheit der Kunden diese Mehrkosten aufbürdet<sup>151</sup>, oder eher in Kauf nimmt, dass bei einem Massenschaden der Einzelne u.U. gar bei vorsätzlichem (dem Versorger zurechenbaren) Handeln auf einem erheblichen Teil des Schadens sitzenbleibt<sup>152</sup>. Dass der einzelne Kunde diesen Schaden besser soll versichern können als der Versorger, ist m.E. problematisch. Wie erwähnt umfasst der Haftungsausschluss sogar vorsätzliches Handeln. Zwar kann man auch an anderer Stelle vorsätzliches Handeln Dritter versicherungstechnisch absichern (z.B. Diebstahl). Hier besteht aber regelmäßig ein Regressanspruch gegen den Dritten, der an die Versicherung abgetreten wird. Hier wäre ein solcher Regressanspruch möglicherweise ausgeschlossen, da eben ein Haftungsausschluss vereinbart worden ist. Hier käme dann die o.g. Frage zum Schwur, ob § 6 nach seinem Regelungsprinzip auch deliktische Haftung erfassen soll.

#### IV) Unterschiede im Bereich der Wasserversorgung

Hinsichtlich der Wasserversorgung ergeben sich nun folgende Unterschiede:

Zum einen kann hier eine Verunreinigung o.ä. des Lieferanten unabhängig vom Netzbetrieb zu einem Massenschaden führen. Eine Geltung der AVBWasserV in einem liberalisierten Markt auch zugunsten neuer Marktanbieter lässt sich damit - jedenfalls im Bereich des § 6 - scheinbar nur schwer angreifen. Auch wenn nur wenige Kunden beliefert werden, ist das (deliktische) Schadensrisiko doch auf die Allgemeinheit erweitert<sup>153</sup>.

Zudem kennt die AVBWasserV keine summenmäßige Beschränkung. Dies erleichtert die Akzeptanz der (sonstigen) Haftungsbeschränkungen etwas, wenngleich m.E. insbesondere der Ausschluss der Vorsatzhaftung nach wie vor unzumutbar ist.

Allerdings ist zu beachten, dass die AVB von einem monopolistischen Ansatz ausgeht, in welchem der einzige am Markt befindliche Anbieter im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Versorgung durch Haftungsbeschränkungen vor der Insolvenz geschützt werden muss. Treten nunmehr mehrere Anbieter zusätzlich an den Markt, so bedarf es für letztere dieses Schutzes eigentlich nicht mehr. Sofern eindeutig definiert ist, welcher Anbieter der allgemeine Versorger ist - womit wieder die Notwendigkeit einer solchen Definition auch für den Wasserbereich deutlich wird, kann man also mit guten Gründen auch für den Wasserversorgungsbereich feststellen: Die Haftungsbeschränkungen der AVB sind für neue Anbieter nicht mehr erforderlich. Inwieweit sich die neuen Anbieter dann gegen Schadensfälle per (zulässigen) AGB und per Versicherung absichern können, bleibt abzuwarten. Dies gilt auch für die Frage, ob es für die neuen Marktteilnehmer kalkulatorisch möglich ist, die Versicherungskosten umzulegen und dennoch wettbewerbsfähige Preise festzulegen<sup>154</sup>.

<sup>151</sup> Stichwort ist die vom BGH beschworene Risikogemeinschaft.

<sup>152</sup> Doppelte Kappung: Gesamthaftungssumme und individuelle Höchstgrenze von 5000,- DM. Letzere kann unterschritten werden, wenn der Gesamtschaden die Gesamtsumme übersteigt, dann wird diese nämlich pro rata verteilt!

<sup>153</sup> Die oben vorgeschlagene Verlagerung des Risikos auf die Allgemeinheit lässt sich hier ebenfalls nicht so einfach begründen, weil lediglich der Lieferwunsch *einzelner* Kunden dazu führt, dass der (unzuverlässige) neue Anbieter im Markt überhaupt antreten konnte.

<sup>154</sup> Vergl. dazu auch die nachfolgenden Überlegungen zur Haftungsdurchsetzung.

## V) Haftungsdurchsetzung

Dass ein Massenschaden prinzipiell von jedem zutretenden Anbieter angerichtet werden kann, führt zu einer weiteren brisanten Frage der Folgen einer Liberalisierung.

Der Kunde steht in diesem Fall vor einem Beweisproblem: Das Zuleitungssystem ist für ihn eine „black box“, er weiß nicht, von welchem Anbieter das Wasser nun wirklich kommt, das gerade aus seiner Leitung fließt. Und er weiß um so weniger, wer beispielsweise die Verkeimung verursacht hat, die bei ihm gesundheitlichen Schaden verursacht hat.

Im Rahmen des Projekt-Workshops hat der Vertreter der Berliner Wasserbetriebe eingeräumt, dass eine lückenlose Kontrolle der Zuleitung von verschiedenen Anbietern<sup>155</sup> kaum machbar, jedenfalls aber nicht finanzierbar sei.

Es muss aber unbedingt vermieden werden, dass die Anbieter allesamt die Verantwortung jeweils auf die anderen schieben und den Verbraucher damit in unüberwindbare Beweisnot hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität bringen können.

Das BGB kennt allerdings eine Haftungsnorm für den Fall der „black-box“, nämlich § 830 I S.2 BGB. Diese Norm statuiert eine Haftungsgemeinschaft, wenn mehrere jeweils eine rechtsgutsgefährdende Handlung begehen, diese Gefahr sich auch verwirklicht, der tatsächliche Verursacher sich nicht mehr ermitteln lässt, der Kreis der möglichen Verursacher aber abgeschlossen ist.

Diese Situation läge hier m.E. vor. Da der Anwendungsvorschlag aber (verständlicherweise) nicht allgemein aufgegriffen wurde, empfiehlt es sich, eine diesbezügliche gesetzliche Fixierung vorzuschlagen. Denkbar wäre z.B. eine explizite Einbindung in den Gefährdungstatbestand des § 2 HaftPflG oder ins WasserhaushaltsG<sup>156</sup>.

## VI) Einbeziehung der Mieter

Abs.5 wird z.T. als ein Vorteil des Mieters bezeichnet, weil er die gleichen vertraglichen Ansprüche geltend machen könne wie sein Vermieter. Tatsächlich aber dient diese Norm (auch) dem Ausschluss des Einwandes, dass der Mieter keine eigene Vertragsbeziehung mit dem Versorger hat und letzterer dementsprechend nach deliktischen Regeln unbegrenzt haften würde! Man beachte allerdings, dass Abs. 5 den Vermieter nur *schuldrechtlich* verpflichtet. Versäumt er es, den Regelungsgehalt in den Mietvertrag einzubeziehen, so kann sich der Versorger m.E. gegenüber dem Mieter im Rahmen deliktischer Ansprüche nicht auf die Haftungsbeschränkungen des § 6 AVBWasserV berufen.

---

<sup>155</sup> Vom Leitungssystem als solchem gar nicht zu reden: Insbesondere, wenn dieses zwecks Gewinnmaximierung „auf Verschleiß“ gefahren wurde - über 50 % Wasserverluste gelten offenbar in Großbritannien noch als wirtschaftlich! - sind Keimeintritte und Verunreinigungen durch marode Stellen denkbar.

<sup>156</sup> Es wäre noch zu überprüfen, inwieweit der Netzbetreiber in diese gesamtschuldnerische Haftung mit einbezogen werden kann, da für ihn die Haftungsprivilegierungen aus § 6 AVBWasserV ja - in gewissen Grenzen - legitim sind. Seine Innenregressmöglichkeiten gegenüber den neuen Anbietern am Markt sind ja möglicherweise durch deren Solvenz begrenzt. Wie bereits gerade angesprochen eröffnet sich hier ein weiteres Problemfeld: Wird der Netzbetreiber einseitig privilegiert, so ist der Markteintritt für neue Anbieter möglicherweise nicht mehr lukrativ genug und damit ein (neues) Wettbewerbshindernis aufgestellt. Die Konsequenz ist aber nicht zwingend die einheitliche Privilegierung aller Anbieter, sondern möglicherweise eher - in Hinblick auf eine funktionierende Daseinsvorsorge - der Verzicht auf die Liberalisierung im Wasserversorgungsbereich.

### § 7 Verjährung

1. Schadenersatzansprüche der in § 6 bezeichneten Art verjähren in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Ersatzberechtigte von dem Schaden, von den Umständen, aus denen sich seine Anspruchsberechtigung ergibt, und von dem ersatzpflichtigen Wasserversorgungsunternehmen Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in fünf Jahren von dem schädigenden Ereignis an.

2. Schweben zwischen dem Ersatzpflichtigen und dem Ersatzberechtigten Verhandlungen über den zu leistenden Schadensersatz, so ist die Verjährung gehemmt, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert.

3. § 6 Abs. 5 gilt entsprechend.

### Anmerkungen

Forderungen der in § 6 bezeichneten Art verjähren in 3 Jahren ab Kenntnis von Schaden, Umständen und Schädiger, was der deliktischen Haftungsverjährung nach § 852 BGB entspricht und insoweit nicht zu beanstanden ist. Bei Verhandlungen über den Schadensersatz wird die Verjährung gehemmt.

### § 8 Grundstücksbenutzung

1. Kunden und Anschlussnehmer, die Grundstückseigentümer sind, haben für Zwecke der örtlichen Versorgung das Anbringen und Verlegen von Leitungen einschließlich Zubehör zur Zu- und Fortleitung von Wasser über ihre im gleichen Versorgungsgebiet liegenden Grundstücke sowie erforderliche Schutzmaßnahmen unentgeltlich zuzulassen. Diese Pflicht betrifft nur Grundstücke, die an die Wasserversorgung angeschlossen sind, die vom Eigentümer in wirtschaftlichem Zusammenhang mit der Wasserversorgung genutzt werden oder für die die Möglichkeit der Wasserversorgung sonst wirtschaftlich vorteilhaft ist. Sie entfällt, wenn die Inanspruchnahme der Grundstücke den Eigentümer mehr als notwendig oder in unzumutbarer Weise belasten würde.

2. Der Kunde oder Anschlussnehmer ist rechtzeitig über Art und Umfang der beabsichtigten Inanspruchnahme des Grundstückes zu benachrichtigen.

3. Der Grundstückseigentümer kann die Verlegung der Einrichtungen verlangen, wenn sie an der bisherigen Stelle für ihn nicht mehr zumutbar sind. Die Kosten der Verlegung hat das Wasserversorgungsunternehmen zu tragen; dies gilt nicht, soweit die Einrichtungen ausschließlich der Versorgung des Grundstücks dienen.

4. Wird der Wasserbezug eingestellt, so hat der Grundstückseigentümer die Entfernung der Einrichtungen zu gestatten oder sie auf Verlangen des Unternehmens noch fünf Jahre unentgeltlich zu dulden, es sei denn, dass ihm dies nicht zugemutet werden kann.

5. Kunden und Anschlussnehmer, die nicht Grundstückseigentümer sind, haben auf Verlangen des Wasserversorgungsunternehmens die schriftliche Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Benutzung des zu versorgenden Grundstücks im Sinne der Absätze 1 und 4 beizubringen.

6. Die Absätze 1 bis 5 gelten nicht für öffentliche Verkehrswege und Verkehrsflächen sowie für Grundstücke, die durch Planfeststellung für den Bau von öffentlichen Verkehrswegen und Verkehrsflächen bestimmt sind.



## Anmerkungen

§ 8 normiert Duldungspflichten des Grundstückseigentümers hinsichtlich der Verlegung von Versorgungsleitungen.

Grenze der Duldungspflicht ist die Zumutbarkeit. Die Duldung ist grundsätzlich unentgeltlich, was ihr leiheähnliche Züge verleiht. Der Eigentümer wird deshalb aber nicht etwa privilegiert<sup>157</sup>, sondern haftet schon bei leichter Fahrlässigkeit hinsichtlich von seinem Grundstück ausgehender Beeinträchtigungen der Versorgungsleitungen<sup>158</sup>. Eine solche Beeinträchtigung ist z.B. der Überbau solcher Leitungen.

Laut *Ludwig/Odenthal* stehen die Versorgungsleitungen im Eigentum des Versorgungsunternehmens. Sie seien nur zu vorübergehendem Zweck mit dem Boden verbunden und nicht dem wirtschaftlichen Zweck des Grundstücks zu dienen bestimmt.

Beides mag man bezweifeln: Die Leitungen bleiben üblicherweise so lange liegen, bis sie nicht mehr zu gebrauchen sind. Zum anderen dienen sie zumindest auch wirtschaftlich dem Grundstück, jedenfalls dann, wenn die Leitung allein zur Versorgung dieses einen Grundstücks bestimmt ist.

### § 9 Baukostenzuschüsse

*1. Das Wasserversorgungsunternehmen ist berechtigt, von den Anschlussnehmern einen angemessenen Baukostenzuschuss zur teilweisen Abdeckung der bei wirtschaftlicher Betriebsführung notwendigen Kosten für die Erstellung oder Verstärkung von der örtlichen Versorgung dienenden Verteilungsanlagen zu verlangen, soweit sie sich ausschließlich dem Versorgungsbereich zuordnen lassen, in dem der Anschluss erfolgt. Baukostenzuschüsse dürfen höchstens 70 vom Hundert dieser Kosten abdecken.*

*2. Der von den Anschlussnehmern als Baukostenzuschuss zu übernehmende Kostenanteil kann unter Zugrundelegung der Straßenfrontlänge des anzuschließenden Grundstücks und dem Preis für einen Meter Versorgungsleitung bemessen werden. Der Preis für einen Meter Versorgungsleitung ergibt sich aus den Anschaffungs- und Herstellungskosten der in Absatz 1 genannten Verteilungsanlagen, geteilt durch die Summe der Straßenfrontlängen aller Grundstücke, die im betreffenden Versorgungsbereich an die Verteilungsanlagen angeschlossen werden können. Das Wasserversorgungsunternehmen kann der Berechnung eine die Verhältnisse des Versorgungsbereichs oder Versorgungsgebiets berücksichtigende Mindeststraßenfrontlänge von bis zu 15 Metern zugrunde legen.*

*3. Das Wasserversorgungsunternehmen kann bei der Bemessung des Baukostenzuschusses an Stelle oder neben der Straßenfrontlänge andere kostenorientierte Bemessungseinheiten, wie die Grundstücksgröße, die Geschossfläche oder die Zahl der Wohnungseinheiten oder gleichartiger Wirtschaftseinheiten, verwenden. In diesem Fall ist bei der Berechnung des Baukostenzuschusses die Summe der Bemessungseinheiten der Grundstücke zu berücksichtigen, die im betreffenden Versorgungsbereich angeschlossen werden können.*

*4. Ein weiterer Baukostenzuschuss darf nur verlangt werden, wenn der Anschlussnehmer seine Leistungsanforderung wesentlich erhöht. Er ist nach den Absätzen 2 und 3 zu bemessen.*

---

<sup>157</sup> § 599 BGB: Der Verleiher haftet nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit hinsichtlich des verliehenen Gegenstandes.

<sup>158</sup> So jedenfalls OLG Düsseldorf, R+S 1979, 25

5. Wird ein Anschluss an eine Verteilungsanlage hergestellt, die vor dem 1. Januar 1981 errichtet worden oder mit deren Errichtung vor diesem Zeitpunkt begonnen worden ist, so kann das Wasserversorgungsunternehmen abweichend von den Absätzen 1 bis 3 einen Baukostenzuschuss nach Maßgabe der für die Anlage bisher verwendeten Berechnungsmaßstäbe verlangen.

6. Der Baukostenzuschuss und die in § 10 Abs. 4 geregelten Hausanschlusskosten sind getrennt zu errechnen und dem Anschlussnehmer aufgliedert auszuweisen.

### Anmerkungen

§ 9 ist eine Parallelvorschrift zu den Kommunalabgabengesetzen der Länder: Nach den KAG „werden von den Grundstückseigentümern sog. Anschlussbeiträge als Gegenleistung dafür erhoben, dass durch die Möglichkeit der Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtungen wirtschaftliche Vorteile geboten werden. Dabei reicht es aus, dass das Gebiet, in dem die betreffenden Grundstücke liegen, so erschlossen ist, dass jederzeit der Anschluss an die Ver- oder Entsorgungseinrichtungen hergestellt werden kann.“ Dies entspricht dem wirtschaftlichen Vorteil, an den die AVB-Norm anknüpft.

Baukostenzuschüsse dienen dazu, die Kosten für die Versorgungsanlagen möglichst verursachergerecht zu verteilen. Wurden die Zuschüsse - wie üblich - eingefordert<sup>159</sup>, so haben die Kunden zumindest einen gewissen Anteil des Leitungssystems mit finanziert. Wird das Leitungssystem an einen privaten Anbieter veräußert, so muss der Veräußerungsgewinn grundsätzlich im gleichen Gebührenhaushalt verbucht werden und dürfte nicht zur allgemeinen Sanierung des kommunalen Haushalts verwendet werden<sup>160</sup>.

Zumindest sollte festgeschrieben werden, dass ein Teil eines solchen Erlöses dazu verwendet wird, Rückstellung für den „Heimfall“ zu bilden, also den Fall, dass das private Unternehmen, welches die Versorgung übernommen hat, dieser Versorgungsaufgabe aus irgendwelchen Gründen (Insolvenz etc.) nicht mehr nachkommen kann. Für den Heimfall muss die Kommune im Zweifel sowohl Geldmittel für die Instandsetzung einer evt. „auf Verschleiß gefahrenen“ Anlage, als auch für den kurzfristigen Einkauf von möglicherweise mittlerweile verlorengegangenem Know-how bereithalten. Hier ist auf eine detaillierte Ausgestaltung des Privatisierungsvertrages zu achten.

### § 10 Hausanschluss

1. Der Hausanschluss besteht aus der Verbindung des Verteilungsnetzes mit der Kundenanlage. Er beginnt an der Abzweigstelle des Verteilungsnetzes und endet mit der Hauptabsperrvorrichtung.

<sup>159</sup> Nach BGH NVwZ 1991, 606 (608) verjährt der Anspruch auf Baukostenzuschüsse in 30 Jahren, da diese kein Entgelt „für Lieferung von Waren, Ausführung von Arbeiten und Besorgung fremder Geschäfte“ darstelle. Der BGH verneint hier zudem die dauerhafte Gewinnerzielungsabsicht und damit die Handelsgewerbeeigenschaft des öffentlich-rechtlichen Versorgers. Zur Begründung führt er u. a. aus: „Es ist fraglich, ob nicht schon der Umstand, dass die Verbandsgemeindewerke A die Wasserversorgung zugleich mit der Abwasserbeseitigung vornehmen, einer Gewinnerzielungsabsicht auch bezüglich der Wasserversorgung entgegensteht. Wenn die Kl. die Wasserversorgung in einem Eigenbetrieb zusammen mit der Abwasserbeseitigung, einer rein gemeinnützigen Aufgabe, durchführt, erscheint es lebensfremd anzunehmen, dass sie sich von unterschiedlichen Absichten für jeden der Betriebsbereiche leiten lassen könnte...“

<sup>160</sup> Vergl. *Pencereci*, NordÖR 1998, 220 (226)

*2. Art, Zahl und Lage der Hausanschlüsse sowie deren Änderung werden nach Anhörung des Anschlussnehmers und unter Wahrung seiner berechtigten Interessen vom Wasserversorgungsunternehmen bestimmt.*

*3. Hausanschlüsse gehören zu den Betriebsanlagen des Wasserversorgungsunternehmens und stehen vorbehaltlich abweichender Vereinbarung in dessen Eigentum. Sie werden ausschließlich von diesem hergestellt, unterhalten, erneuert, geändert, abgetrennt und beseitigt, müssen zugänglich und vor Beschädigungen geschützt sein. Soweit das Versorgungsunternehmen die Erstellung des Hausanschlusses oder Veränderungen des Hausanschlusses nicht selbst, sondern durch Nachunternehmer durchführen lässt, sind Wünsche des Anschlussnehmers bei der Auswahl der Nachunternehmer zu berücksichtigen. Der Anschlussnehmer hat die baulichen Voraussetzungen für die sichere Errichtung des Hausanschlusses zu schaffen. Er darf keine Einwirkungen auf den Hausanschluss vornehmen oder vornehmen lassen.*

*4. Das Wasserversorgungsunternehmen ist berechtigt, vom Anschlussnehmer die Erstattung der bei wirtschaftlicher Betriebsführung notwendigen Kosten für*

*a. die Erstellung des Hausanschlusses,*

*b. die Veränderungen des Hausanschlusses, die durch eine Änderung oder Erweiterung seiner Anlage erforderlich oder aus anderen Gründen von ihm veranlasst werden, zu verlangen. Die Kosten können pauschal berechnet werden.*

*5. Kommen innerhalb von fünf Jahren nach Herstellung des Hausanschlusses weitere Anschlüsse hinzu und wird der Hausanschluss dadurch teilweise zum Bestandteil des Verteilungsnetzes, so hat das Wasserversorgungsunternehmen die Kosten neu aufzuteilen und dem Anschlussnehmer den etwa zuviel gezahlten Betrag zu erstatten.*

*6. Soweit hinsichtlich des Eigentums am Hausanschluss und der daraus folgenden Pflichten zur Herstellung, Unterhaltung, Erneuerung, Änderung, Abtrennung und Beseitigung bestehende allgemeine Versorgungsbedingungen von Absatz 3 abweichen, können diese Regelungen auch nach Inkrafttreten dieser Verordnung beibehalten werden.*

*7. Jede Beschädigung des Hausanschlusses, insbesondere das Undichtwerden von Leitungen sowie sonstige Störungen sind dem Wasserversorgungsunternehmen unverzüglich mitzuteilen.*

*8. Kunden und Anschlussnehmer, die nicht Grundstückseigentümer sind, haben auf Verlangen des Wasserversorgungsunternehmens die schriftliche Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Herstellung des Hausanschlusses unter Anerkennung der damit verbundenen Verpflichtungen beizubringen.*

## **Anmerkungen**

Der Hausanschluss ist die Verbindung vom Verteilungsnetz zum hausinternem Netz. An der Hauptabsperrvorrichtung endet der Verantwortungsbereich des Versorgers<sup>161 162</sup>. Es kann aller-

---

<sup>161</sup> Beachte: Die Übergabe und Übereignung des Wassers findet beim Durchtritt durch die Hauptabsperrvorrichtung statt. Der Hausanschluss gehört zu den Betriebsanlagen des Versorgers und steht in dessen Eigentum. Zumindest für die Hauptabsperrvorrichtung und den darauf folgenden Zähler wird sogar angenommen, der Anschlussnehmer sei lediglich Besizdiener des Versorgers! (Hempel, WuM 1998, 646 (648))

Andererseits wollen Ludwig/Odenthal(-Hempel § 6 AVBEltV Rd. 45ff) versorgerfreundlich einen Haftungsausschluss nach § 2 III Nr. 1 HaftPfG annehmen, wenn sich ein Schaden in dem Durchtritt der Leitung durch die Mauer des Gebäudes ereignet. Der genannte Haftungsausschluss knüpfe an die Tatsache an, dass der Grundstückseigentümer im Gebäude „näher dran“ ist. Wie sich das mit der o.g. Behauptung zu den Sachherrschaftsverhältnissen vereinbaren lässt, ist mir schleierhaft.

dings vereinbart werden, dass die Hausanschlussanlage dem Grundstückseigentümer gehören soll (mit den entsprechenden Instandhaltungslasten).

Steht der Hausanschluss im Eigentum des Versorgers, so darf auch dieser nicht überbaut werden<sup>163</sup>.

Bei einer (grundsätzlich zulässigen) pauschalen Kostenberechnung ist eine Billigkeitskontrolle nach § 315 III BGB möglich<sup>164</sup>. Die Kostentragungspflicht wurde mit der Neuregelung der AVBWasserV Anfang der achtziger Jahre entschärft<sup>165</sup>.

Nach BGH NJW 1991, 2134 unterliegen die Hausanschlusskosten der kurzen Verjährung nach § 196 (zwei oder vier Jahre). Eine Ausnahme ist nur denkbar, wenn das Unternehmen nicht in der Absicht dauerhafter Gewinnerzielung handelt, was man auch bei wirtschaftlichen Unternehmen einer Gemeinde feststellen müsse.

Eine solche Feststellung ist bei einem privatisierten Unternehmen viel einfacher zu treffen.

### § 11 Messeinrichtungen an der Grundstücksgrenze

*1. Das Wasserversorgungsunternehmen kann verlangen, dass der Anschlussnehmer auf eigene Kosten nach seiner Wahl an der Grundstücksgrenze einen geeigneten Wasserzählerschacht oder Wasserzählerschrank anbringt, wenn*

*a. das Grundstück unbebaut ist oder*

*b. die Versorgung des Gebäudes mit Anschlussleitungen erfolgt, die unverhältnismäßig lang sind oder nur unter besonderen Erschwernissen verlegt werden können, oder*

*c. kein Raum zur frostsicheren Unterbringung des Wasserzählers vorhanden ist.*

*2. Der Anschlussnehmer ist verpflichtet, die Einrichtungen in ordnungsgemäßem Zustand und jederzeit zugänglich zu halten.*

<sup>162</sup> Beachte: Die Anforderungen der TrinkwasserVO müssen im Zeitpunkt erfüllt sein, in dem das Wasser aus dem Wasserhahn kommt. Das eröffnet den Gesundheitsämtern Kontroll- und Eingriffsbefugnisse auch innerhalb der hauseigenen Anlage; so *Steuer* in: Die Trinkwasserverordnung, 3. Aufl. 1991, S. 62ff (65).

<sup>163</sup> *Seifert R+S* 1994, 5 (6) weist darauf hin, dass bei im Eigentum *des Kunden* stehender Hausanschlussleitung nunmehr aufgrund der Verpflichtung zur Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik (vergl. § 12 II AVBWasserV) ein Überbau grundsätzlich problematisch ist (Gebot der Zugänglichkeit und des Schutzes der Leitung vor Beschädigungen).

<sup>164</sup> BGH NJW 1987, 1828; *Ludwig/Odenthal* plädieren hier für eine eingeschränkte Überprüfbarkeit. „...Dabei sind allerdings an die „Bestimmung nach billigem Ermessen“ keine übertriebenen Anforderungen zu stellen. Der Prüfung nach §§ 9-11 AGBG unterliegen die in den „Ergänzenden Bestimmungen“ festzulegenden Pauschalen im Regelfall allerdings nicht, es sei denn, mangelnde Klarheit der auf den Kunden zukommenden Kosten ließen eine Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG geboten erscheinen.“  
Vergl. Darstellung zu § 315 BGB in Anm. IV 1 zu § 2. *Lukes* (BB 1985, 2258 (2261)) erwähnt selbst, dass § 10 nicht von der BTO Elt erfasst ist und müsste hier tendenziell einer Anwendung des § 315 BGB offener gegenüber stehen.

<sup>165</sup> *Ludwig/Odenthal*, allerdings zur sinngemäß gleichen AVBElt-Regelung: „Im Gegensatz zu den alten AVB beziehen sich die Kostenregelungen allerdings nur noch auf die Erstellung und die im weitesten Sinne vom Abnehmer veranlassten Veränderungen, nicht auch auf die Unterhaltung und Erneuerung des Hausanschlusses, es sei denn, es liegen die Voraussetzungen des § 6 II EnergieG vor. Wenn die Begründung zutreffend den Grundsatz der Kostenverursachung hervorhebt und ausführt, es handele sich bei den Herstellungs- und Änderungskosten um „individuell verursachte und zurechenbare Kosten“, so dass es angemessen sei, „sie nicht über die Allgemeinen Strompreise an die Gesamtheit der Kunden weiterzugeben“, so ist dieser Grundsatz allerdings nicht ganz konsequent durchgeführt. Unter Berücksichtigung dessen hätte den EVU auch die Möglichkeit eröffnet werden müssen, den Anschlussnehmer zu den Unterhaltungskosten heranzuziehen. ... Für die Erstattung der Erneuerungskosten bietet Abs. 5 keine Anspruchsgrundlage.“

*3. Der Anschlussnehmer kann die Verlegung der Einrichtungen auf seine Kosten verlangen, wenn sie an der bisherigen Stelle für ihn nicht mehr zumutbar sind und die Verlegung ohne Beeinträchtigung einer einwandfreien Messung möglich ist.*

*4. § 10 Abs. 8 gilt entsprechend.*

### **Anmerkungen**

Die Norm regelt detailliert, dass Messeinrichtung an der Grundstücksgrenze erforderlich sind, wenn das betreffende Gebäude zu weit davon weg steht. Der Anschlussnehmer muss die zusätzlichen Kosten tragen.

### **§ 12 Kundenanlage**

*1. Für die ordnungsgemäße Errichtung, Erweiterung, Änderung und Unterhaltung der Anlage hinter dem Hausanschluss, mit Ausnahme der Messeinrichtungen des Wasserversorgungsunternehmens, ist der Anschlussnehmer verantwortlich. Hat er die Anlage oder Anlagenteile einem Dritten vermietet oder sonst zur Benutzung überlassen, so ist er neben diesem verantwortlich.*

*2. Die Anlage darf nur unter Beachtung der Vorschriften dieser Verordnung und anderer gesetzlicher oder behördlicher Bestimmungen sowie nach den anerkannten Regeln der Technik errichtet, erweitert, geändert und unterhalten werden. Die Errichtung der Anlage und wesentliche Veränderungen dürfen nur durch das Wasserversorgungsunternehmen oder ein in ein Installateurverzeichnis eines Wasserversorgungsunternehmens eingetragenes Installationsunternehmen erfolgen. Das Wasserversorgungsunternehmen ist berechtigt, die Ausführung der Arbeiten zu überwachen.*

*3. Anlagenteile, die sich vor den Messeinrichtungen befinden, können plombiert werden. Ebenso können Anlagenteile, die zur Kundenanlage gehören, unter Plombenverschluss genommen werden, um eine einwandfreie Messung zu gewährleisten. Die dafür erforderliche Ausstattung der Anlage ist nach den Angaben des Wasserversorgungsunternehmens zu veranlassen.*

*4. Es dürfen nur Materialien und Geräte verwendet werden, die entsprechend den anerkannten Regeln der Technik beschaffen sind. Das Zeichen einer anerkannten Prüfstelle (zum Beispiel DIN-DVGW, DVGW- oder GS-Zeichen) bekundet, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind.*

*5. Die Teile des Hausanschlusses, die in Anwendung von § 10 Abs. 6 im Eigentum des Kunden stehen und zu deren Unterhaltung er verpflichtet ist, sind Bestandteile der Kundenanlage.*

### **Anmerkungen**

Kurz gesagt: Für das Leitungssystem nach dem Hauptabsperrhahn ist der Anschlussnehmer verantwortlich, abgesehen vom Zähler! Anlagenteile zwischen Hauptsperre und Zähler können plombiert werden, um einen unberechtigten Zugriff vor der Messung zu verhindern<sup>166</sup>.

<sup>166</sup> In § 12 I 1 verbirgt sich nach Sicht des OLG Zweibrücken [RdE 1988 162 (163), wengleich auch den Strombereich betreffend] offenbar eine Beweislastverteilungsregel: „Denn der Sachverständige ... hat bei seiner ergänzenden Begutachtung nicht ausschließen können, dass - unabhängig von der Zahl und der Art der vorhandenen elektrischen Geräte - der festgestellte Stromverbrauch auf Defekte der hauseigenen Anlage mit einem hieraus resultierenden (auch vorübergehenden) unkontrollierten Stromabfluss zurückgeführt werden kann. Eine derartige Ursache und Erklärung für den hohen Stromverbrauch liegt auch nach Auffassung des Sachverständigen nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit; dies geht aber gemäß § 12 I S. 1 AVBEitV ausschließlich zu Lasten des Beklagten als Anschlussnehmer.“

Die Hausanlage muss den Druckverhältnissen an der Abnahmestelle angepasst werden. Dafür ist der Anschlussnehmer verantwortlich.

Aus der öffentlichen Versorgungsaufgabe ergibt sich ein weitgehendes Informationsrecht des Versorgers bezüglich der vom Kunden benutzten Geräte<sup>167</sup>. M.E. sollte den Versorger, wenn man schon den Charakter als öffentliche Versorgungsaufgabe betont, auch eine Informationspflicht treffen, insb. z.B. hinsichtlich den Möglichkeiten zum Wassersparen und dem insgesamt umweltschonenden Umgang mit der Ressource. Insbesondere private Anbieter geraten hierbei allerdings in einen Zielkonflikt mit dem eigenen Bestreben, möglichst große Umsätze zu machen. Insoweit ist hier der Gesetzgeber gefragt, eine weitreichende Informationspflicht zu schaffen.

Den Versorger trifft, außer bei gesonderter werkvertraglicher Vereinbarung, keine Verpflichtung zu Unterhaltungs- oder Erneuerungsarbeiten im Bereich der Kundenanlage.

Ein Mieter kann, wenn er den Entstördienst für die Kundenanlage holt, bei tatsächlich vorhandener Störung die entstandenen Einsatzkosten vom Vermieter ersetzt verlangen.

#### *§ 13 Inbetriebsetzung der Kundenanlage*

*1. Das Wasserversorgungsunternehmen oder dessen Beauftragte schließen die Kundenanlage an das Verteilungsnetz an und setzen sie in Betrieb.*

*2. Jede Inbetriebsetzung der Anlage ist beim Wasserversorgungsunternehmen über das Installationsunternehmen zu beantragen.*

*3. Das Wasserversorgungsunternehmen kann für die Inbetriebsetzung vom Kunden Kostenerstattung verlangen; die Kosten können pauschal berechnet werden.*

#### **Anmerkungen**

Die Inbetriebnahme der Anlage muss vom Versorger vorgenommen und (dementsprechend) erst einmal beantragt werden. In diesem Zusammenhang ergibt sich das Problem, ob die Wiederaufnahme der Lieferung nach einer Einstellung der Versorgung nach § 33 oder nach Bezug einer leerstehenden Wohnung eine Inbetriebsetzung im Sinne der Vorschrift ist.

Je nachdem, wie lange der Betrieb ausgesetzt wurde, sollte im Eigeninteresse des Verbrauchers hier eine „Inbetriebnahme“ erfolgen. Ansonsten sind Gesundheitsgefahren wohl nicht auszuschließen.

#### *§ 14 Überprüfung der Kundenanlage*

*1. Das Wasserversorgungsunternehmen ist berechtigt, die Kundenanlage vor und nach ihrer Inbetriebsetzung zu überprüfen. Es hat den Kunden auf erkannte Sicherheitsmängel aufmerksam zu machen und kann deren Beseitigung verlangen.*

*2. Werden Mängel festgestellt, welche die Sicherheit gefährden oder erhebliche Störungen erwarten lassen, so ist das Wasserversorgungsunternehmen berechtigt, den Anschluss oder die Versorgung zu verweigern; bei Gefahr für Leib oder Leben ist es hierzu verpflichtet.*

*3. Durch Vornahme oder Unterlassung der Überprüfung der Anlage sowie durch deren Anschluss an das Verteilungsnetz übernimmt das Wasserversorgungsunternehmen keine Haftung*

---

<sup>167</sup> OLG Hamm R+S 1992, 26

*für die Mängelfreiheit der Anlage. Dies gilt nicht, wenn es bei einer Überprüfung Mängel festgestellt hat, die eine Gefahr für Leib oder Leben darstellen.*

### **Anmerkungen**

Die Berechtigung des Versorgers zur Kontrolle der Anlage und seine etwaig daraus erwachsenden Pflichten sind differenziert:

Der Versorger ist berechtigt, die Anlagen zu überprüfen und verpflichtet, auf erkannte Sicherheitsmängel hinzuweisen<sup>168</sup>.

Der Versorger ist berechtigt, die Beseitigung der erkannten Sicherheitsmängel zu verlangen und ebenso berechtigt, bei Gefährdung der Sicherheit, den Anschluss an das (öffentliche) Versorgungsnetz zu verweigern. Er ist dazu verpflichtet, wenn durch den Mangel Leib oder Leben bedroht sind.

Grundsätzlich trifft den Versorger nach Ludwig/Odenthal keine Haftung bzgl. Mängelfreiheit der Anlage bei Vornahme/Unterlassen der Überprüfung bzw. Vornahme des Anschlusses<sup>169</sup>.

Eine Haftung für die Mängelfreiheit ergibt sich aber, wenn Gefahr für Leib oder Leben festgestellt wurde. Die Haftungsbeschränkung des § 6 kommt hier nicht zum Zuge; erforderlich ist aber eine (wie auch immer gewonnene) positive Kenntnis von der qualifizierten Gefahr.

Die positive Kenntnis ist natürlich schwer nachzuweisen. Legt man das größere Know-how des Versorgers zugrunde, so könnte man an eine *Vermutung* für die positive Kenntnis denken, soweit nachweislich eine qualifizierte Gefahr vorlag und der Versorger zur Tätigkeit des Anschlusses vor Ort war. Jedenfalls aber sollten dem Versorger umfassende Dokumentationspflichten auferlegt werden<sup>170</sup>. Fehlt diese Dokumentation, so wäre nach den Grundsätzen der Beweisverteilung zunächst einmal von der positiven Kenntnis auszugehen. Kommunal getragene Unternehmen mögen in diesem Zusammenhang noch den Nimbus einer gewissen Objektivität haben. Bei der materiellen Privatisierung sollte im Vertragswerk auf eine Verpflichtung zur Dokumentation geachtet werden<sup>171</sup>.

Grundsätzlich ist die Prüfung der Anlagen kostenlos, es sei denn, sie erfolgte auf Veranlassung des Kunden und sie ergibt, dass etwaige Störungen nicht auf den Anlagen des Versorgers beruhen<sup>172</sup>.

### **§ 15 Betrieb, Erweiterung und Änderung von Kundenanlage und Verbrauchseinrichtungen; Mitteilungspflichten**

*1. Anlage und Verbrauchseinrichtungen sind so zu betreiben, dass Störungen anderer Kunden, störende Rückwirkungen auf Einrichtungen des Wasserversorgungsunternehmens oder Dritter oder Rückwirkungen auf die Güte des Trinkwassers ausgeschlossen sind.*

<sup>168</sup> Merke: Die Kundenanlage muss nicht den Regeln der Technik angepasst werden, es reicht, dass sie zum Zeitpunkt der Installation diesen entsprechen (vergl. AG Wuppertal R+S 1984, 44).

<sup>169</sup> Man könnte allenfalls - bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung - an eine Amtspflichtverletzung denken. Die drittschützende Qualität der Überprüfungsregeln ist aber fraglich. Anders ist die Lage natürlich, wenn der Versorger im Rahmen eines Werkvertrages tätig wird. Er haftet dann nach allgemeinem Werkvertragsrecht.

<sup>170</sup> Sofern sich diese nicht ohnehin per Vertragsauslegung ermitteln lassen.

<sup>171</sup> Denkbar wäre auch eine gesetzliche Ausgestaltung. In jedem Fall wäre ein individueller Anspruch des Verbrauchers wünschenswert.

<sup>172</sup> Ein ähnlicher Gedanke findet sich bei der Zählerüberprüfung, s.u..

*2. Erweiterungen und Änderungen der Anlage sowie die Verwendung zusätzlicher Verbrauchseinrichtungen sind dem Wasserversorgungsunternehmen mitzuteilen, soweit sich dadurch preisliche Bemessungsgrößen ändern oder sich die vorzuhaltende Leistung wesentlich erhöht.*

### **Anmerkungen**

Ob Anlagen störungsanfällig sind, kann nach § 14 überprüft werden. Ausdrücklich sind auch Rückwirkung auf die Güte des Trinkwassers zu vermeiden, was zumeist den Einbau von Rückflussventilen bedeutet.

Erweitert oder ändert ein Kunde seine Anlagen wesentlich, so trifft ihn eine Mitteilungspflicht. Dies soll dem Versorger die Tarifeinstufung und die Abschätzung der Kapazitätsentwicklung ermöglichen. Die Verletzung dieser Pflicht führt in der Regel zu Nachforderungen des Versorgers<sup>173</sup>.

Eine wesentliche Änderung der Anlagen ist z.B. auch in dem Wechsel von Haushaltsbedarf zu beruflichem Bedarf zu sehen<sup>174</sup>.

### *§ 16 Zutrittsrecht*

*Der Kunde hat dem mit einem Ausweis versehenen Beauftragten des Wasserversorgungsunternehmens den Zutritt zu seinen Räumen und zu den in § 11 genannten Einrichtungen zu gestatten, soweit dies für die Prüfung der technischen Einrichtungen, zur Wahrnehmung sonstiger Rechte und Pflichten nach dieser Verordnung, insbesondere zur Ablesung, oder zur Ermittlung preislicher Bemessungsgrundlagen erforderlich und vereinbart ist.*

### **Anmerkungen**

Bei der Wahrnehmung sonstiger Rechte und Pflichten handelt es sich z.B. um Zählerablesungen und die Ermittlung tariflicher Bemessungsgrundlagen<sup>175</sup>, aber insbesondere auch um die Durchsetzung von Liefersperrern (Zählerausbau).

Diese Duldung ist Vertragspflicht des Kunden und kann notfalls per einstweiliger Verfügung erzwungen werden (§ 890 ZPO?!<sup>176</sup>). Eine Eilbedürftigkeit wird von den Gerichten insbesondere dann angenommen, wenn die Außenstände des Versorgers sich ständig weiter erhöhen.

Allerdings ist zu bedenken, dass es sich bei der Durchsetzung der Pflicht zur Duldung im Wege der e.V. aus dogmatischer Sicht um eine - nur in besonders dringenden Fällen zulässige - *Leistungsverfügung* handelt<sup>177 178</sup>.

<sup>173</sup> Die Qualifikation dieser Nachforderung (Erfüllungsanspruch, Schadensersatz) und die Anwendung von Ausschluss- und Verjährungsfristen wird im Rahmen des § 21 behandelt.

<sup>174</sup> OLG Hamm RdE 1985, 189

<sup>175</sup> Der Versorger muss sich z.B. nicht auf die stetige Angabe eines Kaufmannes verlassen, die Bemessungsgrundlagen haben sich seit 15 Jahren nicht geändert, sondern er kann sich selbst vergewissern: OLG Hamm RdE 1985, 191

<sup>176</sup> Stellt man primär auf das Öffnen der Tür ab, so kommt auch eine Handlungsvollstreckung nach § 887 ZPO (vertretbare Handlung) in Betracht - für § 890 ZPO hingegen LG Berlin RdE 1992, 122. Wichtig ist jedenfalls, dass die Duldung der Betretung zum Zwecke des Zählerausbaus keine *Durchsuchung* der Wohnung darstellt. Dem Versorger ist bekannt, wo sich der Zähler befindet.

Ein (weiterer) richterlicher Beschluss nach §§ 758, 758 a ZPO erscheint daher entbehrlich. Siehe dazu AG Essen-Steele RdE 1987, 57; AG Hanau, RdE 1988, 191 mit Anm. Grüne.

<sup>177</sup> a.A. LG Heilbronn RdE 1991, 167 mit zustimmender Anmerkung *Rottbauer*. *Rottbauer* ist zuzugeben, dass die Einstellung der Versorgung nach § 33 II AVB auch eine *sichernde* Funktion hat. Es sollen weitere Vorleistungen des Versorgers vermieden werden. Insoweit hat die zur Durchsetzung der Stromsperre übli-



Nach Ludwig/Odenthal ist das Betretungsrecht des Versorgers mit Art 13 GG vereinbar, wenn gleich auch nur mit Einschränkungen, die das LG München wie folgt formuliert hat: „Ein Verstoß gegen Art 13 GG liegt nicht vor, wenn die Besichtigung der Wohnung ... lediglich zu dem genannten Zweck, nach rechtzeitiger vorheriger Anmeldung, werktags zu geschäftsüblichen Zeiten, in Gegenwart des Beklagten stattfindet<sup>179</sup>“.

Die Grundrechte gelten im vertraglichen Bereich zwischen Kunden und *privatem* Anbieter nur mittelbar. M.E. sind die vom LG München formulierten Einschränkungen aber über ergänzende Vertragsauslegung auch hier anwendbar.

Im übrigen ist im Falle einer Liberalisierung die Rechtfertigung eines Betretungsrechtes dritter Anbieter durch den schlichten Verweis auf die LG-Entscheidung nicht mehr tragfähig: Die Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs wird nämlich dort an die Sicherung der öffentlichen Energieversorgung und im weiteren Sinne auch an die öffentliche Sicherheit und Ordnung angeknüpft<sup>180</sup>.

Über die Anwendung des § 1357 BGB (Geschäfte zur Deckung des Lebensbedarfs, „Schlüsselgewalt“) wird die Duldungspflicht auch auf den Ehepartner des Versorgungskunden erstreckt, sofern dieser nicht ohnehin als (konkludenter) Vertragspartner erachtet wird<sup>181</sup>.

---

cherweise erforderliche Betretung der Schuldnerwohnung zum Zwecke des Zählerausbaus einen sicheren Charakter. Das ändert aber nichts an der Tatsache, dass die konkrete Schuld, nämlich die Duldung des Betretens, eine Befriedigung erfährt. Die ständig ansteigenden Versorgungsschulden mögen allerdings eine besondere Eilbedürftigkeit rechtfertigen, insbesondere bei renitenten Schuldnern. Andererseits ist zu beachten, dass die Schulden eines einzelnen Kunden den Versorger üblicherweise nicht existenziell gefährden dürften.

Das LG begrenzt hier die zur Abwendung der Verfügung zu begleichenden Beträge auf diejenigen, die bis zum Zeitpunkt der letzten Mahnung aufgelaufen sind. Denn andere Beträge seien nicht Verfahrensgegenstand geworden. Dagegen wendet sich *Rottnauer*, der auf den umgekehrten Fall hinweist, dass der Schuldner klageweise die Wiederaufnahme der Versorgung begehrt. Hier muss er in der Regel alle bis zur letzten mündlichen Verhandlung aufgelaufenen Beträge begleichen. Ob die Fälle sich vergleichen lassen, ist m.E. zweifelhaft. Denn im letztgenannten Fall hat sich der Schuldner durch die Duldung des Zählerausbaus einer (zwar möglicherweise vertraglich nicht geschützten), aber doch faktisch vorteilhaften Position *freiwillig* begeben.

<sup>178</sup> Vergl. zu dem Fall, dass von der per Verfügung angestrebten Liefersperrung auch Mieter des Versorgungskunden faktisch betroffen sind: Anm. zu § 33 a.E.

<sup>179</sup> LG München I, RdE 1986, 215; die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen (Ent.v. 3. April 1987). Bei Gefahr im Verzug wollen *Ludwig/Odenthal* offenbar ein Betreten auch zur Unzeit zulassen. Auch wenn man für den Zählerausbau keine „Durchsuchung“ als erforderlich erachtet, so erscheint mir dies in Hinblick auf § 758 a ZPO ohne explizite richterliche Anordnung doch sehr bedenklich.

<sup>180</sup> Man könnte hier auch Bedenken auf der Datenschutzebene hegen. *Ludwig/Odenthal*: „... da auch das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Kunden insoweit zurücktreten muss, als es der zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung erforderlichen Festlegung von Leistung und Gegenleistung entgegensteht.“ Den Kunden treffen hier ohnehin Informationspflichten (insb. aus § 15 II AVBWasserV). Dem Versorger wird hier präventiv die Möglichkeit an die Hand gegeben, Pflichtverletzungen durch den Kunden auszukundschaften. Nur solange es sich wirklich um ein Massengeschäft handelt, ist eine Legitimierung dieser für das Vertragsrecht untypischen einseitigen Interessengewichtung überhaupt tragbar.

<sup>181</sup> AG Wuppertal RdE 85, 53; dies dürfte herrschende Meinung sein (*Palandt-Brudermüller* § 1357 Rd 13), wengleich auch der Abschluss eines langfristigen Verhältnisses mit Raten- (hier: Abschlag-) zahlungen ein Geschäft ist, „über das Ehegatten sprechen“. Die Anwendung des § 1357 auf letztgenannte Geschäfte ist streitig. Im Bereich der Wasserversorgung ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass eine einjährige Mindestvertragslaufzeit, anders als in der AVBEitV nicht vorgesehen ist.

Die Kunden haben Anspruch auf Vorlage eines Ausweises mit einem Minimum an Fälschungssicherheit<sup>182</sup>. Der Versorger muss sein Begehren auch begründen.

Wenn der Kunde den Zutritt verweigert, dann ist ein Betreten durch den Versorger (zunächst einmal) verbotene Eigenmacht und Hausfriedensbruch<sup>183</sup>. Allerdings ist zu bedenken, dass in Bezug auf den Zählerstand eine Schätzung nach § 20 II AVBWasserV möglich ist und ggfs auch eine Liefersperre nach § 33 AVBWasserV droht.

#### § 17 Technische Anschlussbedingungen

*1. Das Wasserversorgungsunternehmen ist berechtigt, weitere technische Anforderungen an den Hausanschluss und andere Anlagenteile sowie an den Betrieb der Anlage festzulegen, soweit dies aus Gründen der sicheren und störungsfreien Versorgung, insbesondere im Hinblick auf die Erfordernisse des Verteilungsnetzes notwendig ist. Diese Anforderungen dürfen den anerkannten Regeln der Technik nicht widersprechen. Der Anschluss bestimmter Verbrauchseinrichtungen kann von der vorherigen Zustimmung des Versorgungsunternehmens abhängig gemacht werden. Die Zustimmung darf nur verweigert werden, wenn der Anschluss eine sichere und störungsfreie Versorgung gefährden würde.*

*2. Das Wasserversorgungsunternehmen hat die weiteren technischen Anforderungen der zuständigen Behörde anzuzeigen. Die Behörde kann sie beanstanden, wenn sie mit Inhalt und Zweck dieser Verordnung nicht zu vereinbaren sind.*

#### Anmerkungen

§ 17 ist gleichsam die Ermächtigungsgrundlage für die TAB (Technischen Anschlussbedingungen). Diese Bedingungen sind anzeigepflichtig und öffentlich bekannt<sup>184</sup> zu geben.

Ziel der TAB ist die individuelle Anpassung des (recht starren) Regelwerks der AVB an die örtlichen Gegebenheiten des Versorgers.

Die TAB haben nicht Teil an der Verbindlichkeit der AVB, denn sonst könnte der Versorger Rechtsnormen erlassen! Es handelt sich um einseitige Vertragsbestimmungen, die einer Überprüfung nach § 315 III BGB unterliegen<sup>185</sup>.

Die TAB beziehen sich nur auf den Hausanschluss und die Kundenanlage, aber exklusive der Verbrauchsgeräte.

#### § 18 Messung

*1. Das Wasserversorgungsunternehmen stellt die vom Kunden verbrauchte Wassermenge durch Messeinrichtungen fest, die den eichrechtlichen Vorschriften entsprechen müssen. Bei öffentlichen Verbrauchseinrichtungen kann die gelieferte Menge auch rechnerisch ermittelt oder geschätzt werden, wenn die Kosten der Messung außer Verhältnis zur Höhe des Verbrauchs stehen.*

*2. Das Wasserversorgungsunternehmen hat dafür Sorge zu tragen, dass eine einwandfreie Messung der verbrauchten Wassermenge gewährleistet ist. Es bestimmt Art, Zahl und Größe sowie Anbringungsort der Messeinrichtungen. Ebenso ist die Lieferung, Anbringung, Überwa-*

<sup>182</sup> Also nicht nur ein Button mit der Aufschrift RWE ...

<sup>183</sup> Zu den Unstimmigkeiten im Verhältnis zur Frage des Besitzes am Zähler vergl. Anm. zu § 18.

<sup>184</sup> „Als „privatautonom gesetzte Allgemeine Versorgungsbedingungen, ...“ bedürfen die TAB gemäß .... § 1 IV ...AVBWasserV der öffentlichen Bekanntgabe.“

*chung, Unterhaltung und Entfernung der Messeinrichtungen Aufgabe des Unternehmens. Es hat den Kunden und den Anschlussnehmer anzuhören und deren berechnigte Interessen zu wahren. Es ist verpflichtet, auf Verlangen des Kunden oder des Hauseigentümers die Messeinrichtungen zu verlegen, wenn dies ohne Beeinträchtigung einer einwandfreien Messung möglich ist; der Kunde oder der Hauseigentümer ist verpflichtet, die Kosten zu tragen.*

*3. Der Kunde haftet für das Abhandenkommen und die Beschädigung der Messeinrichtungen, soweit ihn hieran ein Verschulden trifft. Er hat den Verlust, Beschädigungen und Störungen dieser Einrichtungen dem Wasserversorgungsunternehmen unverzüglich mitzuteilen. Er ist verpflichtet, sie vor Abwasser, Schmutz- und Grundwasser sowie vor Frost zu schützen.*

### **Anmerkungen**

Eigentümer der Messeinrichtungen ist der Versorger. Er hat das Recht und die Möglichkeit, sie auszuwechseln. Insbesondere deshalb werden sie keine Wesentlichen Bestandteile oder Zubehörstücke des jeweiligen Grundstücks.

Die Kosten für die Zähler trägt vom Ordnungsregelfall her der Versorger. Die Kosten werden aber üblicherweise auf die Kunden umgelegt, oder - an die Kostentragungsregeln für die Inbetriebnahme (§§ 13 III, 33 III AVBWasserV) anknüpfend - geltend gemacht<sup>186</sup>.

Nach Sicht von *Ludwig/Odenthal* ist der Versorger auch Besitzer des Zählers, der Kunde hingegen nur Besitzdiener<sup>187</sup>. Daraus folgt, dass der Kunde den Besitz stört, wenn er dem Versorger das Zutrittsrecht verweigert<sup>188</sup>.

Auf die Zähler findet die Eichordnung Anwendung; § 6 EichG eröffnet aber die Möglichkeit, dass der Versorger die Eichung selbst übernimmt<sup>189</sup>. Die Kosten der Eichung trägt der Versorger. Bei ihm liegt auch die Verantwortlichkeit für die Messung.

Die Beweislast für behauptete Mess- bzw. Ablesefehler soll nach *Ludwig/Odenthal* jedoch beim Kunden liegen. Nach allgemeinen Regeln müsste jedoch *der Versorger* seine Leistungserbringung als Voraussetzung für seinen Zahlungsanspruch (Vorleistungspflicht!) darlegen und beweisen.

---

<sup>185</sup> Vergl. zu § 315 BGB Anm. IV 1) zu § 2

<sup>186</sup> Hier stellt sich die Frage, ob der Kunde den Zähler nach der (steuerlichen) Abschreibungszeit nicht de facto „erworben“ hat. Insbesondere bei einer dauerhaften Umlegung auf den Bezugspreis ist es fraglich, inwieweit nach der Abschreibung der Zähler weiter in die Kostenberechnung eingeführt werden darf. Vergl. zur Rechtswidrigkeit von Wechselgebühren § 2 Anm V und das dort aufgeführte Urteil des LG Hamburg vom 06. Oktober 2000.

<sup>187</sup> Wie sich das beispielsweise mit der Gefahrtragung bei Münzzählern vereinbaren lassen kann, ist mir schleierhaft: Bei Münzzählern tritt Gefahrübergang und Erfüllung nach Ansicht der Versorger erst mit Abholung der Münzen ein. Werden sie vorher z.B. geraubt, so muss der Kunde also erneut leisten!

<sup>188</sup> Konsequenterweise müsste dann § 861 BGB eingreifen. Wie sich dies mit der auch von *Ludwig/Odenthal* vertretenen Auffassung vereinbaren lässt, dass das Betreten gegen den Willen des Kunden verbotene Eigenmacht darstellt, ist unklar. Im Konflikt der beiden Ansätze ist dem Schutz der Wohnung des Verbrauchers m.E. der Vorrang zu geben. Dies ist aufgrund der grundrechtlichen Überlagerung auch des zivilrechtlichen Vertrages und des Ausnahmecharakters der Selbsthilfenorm des § 861 BGB geboten. Die Position des Verbrauchers ist im direkten Anwendungsbereich der grundrechtlichen Schutznorm natürlich um so stärker, je weiter der Anbieter der kommunalen Kontrolle untersteht und damit der öffentlichen Hand zuzuordnen ist.

<sup>189</sup> „... wenn die Messgeräte von einer staatlich anerkannten Prüfstelle eines Versorgungsunternehmens, eines Herstellerbetriebes oder einer der Gewerbeförderung dienenden Körperschaft des öffentlichen Rechts beglaubigt sind...“ Dazu gleich mehr bei § 19.

sen<sup>190</sup>. Auch Ludwig/Odenthal gestehen dem Verbraucher jedoch den Beweis des ersten Anscheins bei weit überhöhtem Verbrauch trotz ordnungsgemäß gewarteter Kundenanlage zu. Gegenüber einer Beweisbelastung des Versorgers ist dies aber nachteiliger, weil der Anscheinsbeweis schon durch Aufzeigen einer konkreten anderen Möglichkeit erschütterbar ist.

Nach § 18 IV haftet der Kunde für Beschädigung/Abhandenkommen der Messeinrichtung nur bei *nachgewiesenem* Verschulden! Er muss aber zumutbare Sicherungsmaßnahmen treffen<sup>191</sup>.

Beachte: Aufgrund der üblicherweise unterschiedlichen Messmethoden bei Haus- und Wohnungswasserzählern kann es zu Messdifferenzen kommen. Wohnungswasserzähler laufen langsamer an und registrieren dabei Kleinstwasserentnahmen nicht. Die Hauswassermessung ist aber für die Abrechnung grundsätzlich maßgeblich. Nur wenn es zu einer Messdifferenz von mehr als 20 % kommt, muss der Mieter die Differenz *insgesamt* nicht bezahlen<sup>192</sup>.

### § 19 Nachprüfung von Messeinrichtungen

1. Der Kunde kann jederzeit die Nachprüfung der Messeinrichtungen durch eine Eichbehörde oder eine staatlich anerkannte Prüfstelle im Sinne des § 6 Abs. 2 des Eichgesetzes verlangen. Stellt der Kunde den Antrag auf Prüfung nicht bei dem Wasserversorgungsunternehmen, so hat er dieses vor Antragstellung zu benachrichtigen.

2. Die Kosten der Prüfung fallen dem Unternehmen zur Last, falls die Abweichung die gesetzlichen Verkehrsfehlergrenzen überschreitet, sonst dem Kunden.

<sup>190</sup> Dementsprechend wird auch in der Kommentierung zu § 19 ausgeführt, der Versorger habe „im Streitfall über den Umfang des Energie- und Wasserverbrauchs den Nachweis zu erbringen ..., dass eine technisch einwandfrei funktionierende Zähleinrichtung installiert war und ordnungsgemäß abgelesen worden ist.“ Vergl. auch OLG Zweibrücken RdE 1988, 162=NJW-RR 1987, 1340. Das Gericht führt aus: „Will der Abnehmer eine diesbezüglich gelungene Beweisführung des Versorgungsunternehmens erschüttern, obliegt ihm der Nachweis, dass der Stromverbrauch unzutreffend abgerechnet worden oder aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen entstanden ist, wobei er sich allerdings nicht auf etwaige Defekte innerhalb des hauseigenen Stromnetzes berufen kann, da gem. § 12 I 1 AVBEitV der Anschlussnehmer für die ordnungsgemäße Errichtung und Unterhaltung der elektrischen Anlage hinter der Hausanschlussicherung mit Ausnahme der Messeinrichtungen allein verantwortlich ist.“

Die o.g. von Ludwig/Odenthal behauptete Beweislastverteilung beruht offenbar auf der Entscheidung des LG Coburg R+S 1986, 11. Hier ging es um die *Rückforderung* angeblich zuviel bezahlter Beträge durch den Kunden nach § 812 BGB. Sofern die dortige Beweislastverteilung nicht durch die Regelung des § 30 AVBWasserV überlagert wird (siehe dort), ist allerdings tatsächlich der Kunde für den Messfehler beweisbelastet. In ihrer Pauschalität ist die genannte Beweislastverteilung m.E. allerdings unzutreffend.

Hat der Kunde den Zähler manipuliert, so trifft ihn die Beweislast für die Fehlerhaftigkeit der vom - offenbar weiter darlegungsbelasteten - Versorger vorgetragenen Berechnung (OLG Düsseldorf RdE 1994, 196 (197)).

<sup>191</sup> Vergl. z.B. AG Lübeck 30.09.1982 VKU-ND 407, 5: „Angesichts der extrem niedrigen Außentemperaturen ... lag es für den Beklagten nahe, die im Haus befindlichen Zuleitungen und die Wasseruhr in geeigneter Weise vor Frostschäden zu schützen. Dies wäre dem Beklagten ohne besondere Schwierigkeiten möglich gewesen, etwa durch Abdecken mit wärmeisolierendem Material oder kurzfristige Heizung durch Heizstrahler oder dergleichen.“

<sup>192</sup> Vergl. dazu Lohse im Archiv des Tagesspiegels und LG Braunschweig (Az. 6 S 163/98).

## Anmerkungen

Der Kunde kann jederzeit die Überprüfung der Messeinrichtungen verlangen, und zwar vom Eichamt oder einer staatlich anerkannten Prüfstelle. Wird die Überprüfung nicht vom Versorger verlangt, der ja seinerseits staatlich anerkannte Prüfstelle sein kann<sup>193</sup>, so muss dieser zumindest benachrichtigt werden. Schriftlichkeit ist dabei nicht (mehr) zwingend vorgesehen. Der Kunde hat ein Wahlrecht, ob er sich an die Prüfstelle oder das Eichamt selbst wendet.

Die Kostentragung<sup>194</sup> erinnert ans Prozessrecht: wer verliert, zahlt - d.h. bei Überschreitung der Verkehrsfehlergrenzen<sup>195</sup> der Versorger, sonst der Kunde.

Folgendes ist zu beachten: Die AVBWasserV sieht eine Aufbewahrungspflicht des Versorgers für die von ihm turnusmäßig oder in Zusammenhang mit einer Prüfung nach § 19 ausgebaute Messeinrichtung nicht vor. Da aber der Versorger im Streitfall über den Umfang des Energie- und Wasserverbrauchs den Nachweis zu erbringen hat, dass eine technisch einwandfrei funktionierende Zähleinrichtung installiert war und ordnungsgemäß abgelesen worden ist (s.o.), muss die Aufbewahrung je nach Lage des Falles in seinem Interesse liegen. Daraus ergibt sich nach dem Rechtsgedanken des § 444 ZPO (Beweisvereitelung), dass jedenfalls bei sich aufdrängenden Zweifeln an der Funktionstüchtigkeit des Zählers dieser für eine etwaige gerichtliche Auseinandersetzung aufbewahrt werden muss.

Geschieht dies nicht, so gehen die genannten Zweifel zu lasten des Versorgers. Der Verbrauch ist dann zu schätzen<sup>196</sup>.

### § 20 Ablesung

*1. Die Messeinrichtungen werden vom Beauftragten des Wasserversorgungsunternehmens möglichst in gleichen Zeitabständen oder auf Verlangen des Unternehmens vom Kunden selbst abgelesen. Dieser hat dafür Sorge zu tragen, dass die Messeinrichtungen leicht zugänglich sind.*

---

<sup>193</sup> Hier wird letztlich der Versorger zum Richter in eigener Sache gemacht. Je weniger er kommunal angebunden ist, desto bedenklicher ist dieser Umstand. Allerdings ist nicht von der Hand zu weisen, dass der Leiter der Prüfstelle öffentlich bestellt und vereidigt ist. Dies sollte ihm eine gewisse Autonomie in der Unternehmensstruktur verschaffen. Da die Prüfstelle mit hoheitlichen Befugnissen beliehen ist, hat der Prüfbericht wohl den Charakter einer Amtsauskunft (so LG Bayreuth RdE 1986, 203).

Vergl. dazu auch OVG Saarlouis NJW 1994, 2243 f (=R+S 1994, 41). Der Leitsatz lautet: „Von der Richtigkeit der Anzeige einer Wasseruhr ist in aller Regel auszugehen, wenn eine Überprüfung durch eine staatlich anerkannte Prüfstelle für Messgeräte die Einhaltung der Verkehrsfehlergrenzen ergibt“. Im konkreten Fall sah das Gericht aber eine Ausnahme: Die Verbrauchsmengen waren kurzfristig und nur bis zum Austausch des Zählers so exorbitant angestiegen, dass der Sachverständige zwischenzeitlich anzweifelte, dass der Querschnitt des Hausanschlusses überhaupt einen solchen Wasserdurchfluss hergeben konnte.

<sup>194</sup> Kosten der Prüfung sind nicht nur Eich- und Beglaubigungskosten, sondern auch Kosten für Ausbau, Transport etc. der Messeinrichtung.

<sup>195</sup> Verkehrsfehlergrenzen sind doppelt so groß wie Eichfehlergrenzen (vergl. § 9 III EichO i.V.m. Anlagen 7 und 20). Wenn die Verkehrsfehlergrenze überschritten worden ist, dann muss der Versorger „den vollen Wert der Überschreitung“ ausgleichen. Gemeint ist hiermit m.E. die Differenz zur Verkehrsfehlergrenze hin. Die Frage ist, wie die Beweislast hinsichtlich der zeitlichen Komponente verteilt ist. Sprich: Muss der Kunde beweisen, wie lange die fehlerhafte Messung schon zurückreicht? Der erste Anschein dürfte jedenfalls dafür sprechen, dass der Fehler bis zur letzten dokumentierten Kontrolle zurück reicht. Zu den Grenzen einer Rückforderung zuviel gezahlter Beträge durch den Kunden vergl. § 21 AVBWasserV.

<sup>196</sup> VG Saarlouis (R+S 1990, 1), bestätigt durch OVG Saarland R+S 1994, 41) - Wichtig: Grundsätzlich kommt dem Prüfbericht der Prüfstelle eine (widerlegliche) Vermutung für die Richtigkeit zu (§ 10 IV EichG).

*2. Solange der Beauftragte des Unternehmens die Räume des Kunden nicht zum Zwecke der Ablesung betreten kann, darf das Unternehmen den Verbrauch auf der Grundlage der letzten Ablesung schätzen; die tatsächlichen Verhältnisse sind angemessen zu berücksichtigen.*

### **Anmerkungen**

Zählerablesungen müssen möglichst in gleichen Abständen erfolgen. Der Versorger kann verlangen, dass der Kunde die Ablesung selbst vornimmt<sup>197</sup>. Der Kunde muss dafür sorgen, dass die Messeinrichtung zugänglich ist.

Das ist nach *Ludwig/Odenthal* eine vertragliche Pflicht (d.h. selbständig durchsetzbar), nicht bloß eine Obliegenheit, obwohl dem Versorger ähnlich wie bei der Zugangsverweigerung das Instrumentarium der Schätzung und - im Extremfall - der Versorgungseinstellung zusteht. Eine *schuldhafte* Erschwerung des Zugangs ist dafür nicht erforderlich.

Beachte: Eine Schätzung kann ihrerseits auf einer Schätzung beruhen!

Wenn eine spätere Ablesung zeigt, dass die Schätzung zu niedrig war, dann ist eine Nachberechnung möglich. Weil die Schätzung eine zulässige Berechnungsform ist, stellt dies auch keinen Berechnungsfehler dar mit der Folge, dass nach wohl herrschender Meinung die Ausschlussfrist des § 21 II nicht eingreift<sup>198</sup>.

### **§ 21 Berechnungsfehler**

*1. Ergibt eine Prüfung der Messeinrichtungen eine Überschreitung der Verkehrsfehlergrenzen oder werden Fehler in der Ermittlung des Rechnungsbetrages festgestellt, so ist der zuviel oder zuwenig berechnete Betrag zu erstatten oder nachzuentrichten.*

*Ist die Größe des Fehlers nicht einwandfrei festzustellen oder zeigt eine Messeinrichtung nicht an, so ermittelt das Wasserversorgungsunternehmen den Verbrauch für die Zeit seit der letzten fehlerfreien Ablesung aus dem Durchschnittsverbrauch des ihr vorhergehenden und des der Feststellung des Fehlers nachfolgenden Ablesezeitraums oder aufgrund des vorjährigen Verbrauchs durch Schätzung; die tatsächlichen Verhältnisse sind angemessen zu berücksichtigen.*

*2. Ansprüche nach Absatz 1 sind auf den der Feststellung des Fehlers vorhergehenden Ablesezeitraum beschränkt, es sei denn, die Auswirkung des Fehlers kann über einen größeren Zeitraum festgestellt werden; in diesem Fall ist der Anspruch auf längstens zwei Jahre beschränkt.*

### **Anmerkungen**

Sinn der Norm ist es, dass keiner der Beteiligten länger als zwei Jahre mit Nach- oder Rückforderungen soll rechnen müssen<sup>199</sup>. Dabei ist der maßgebliche Zeitpunkt für den Beginn der Rück-

<sup>197</sup> Liest der Kunde dann falsch ab, ist das eine p.V.V. des Vertrages.

<sup>198</sup> Vergl. LG Köln RdE 1985, 107 (das allerdings wieder auf die entsprechende Kommentierung von *Ludwig/Odenthal* verweist ... ein klassischer Fall rekursiver Rechtsfortbildung). Siehe auch Anm. zu § 21.

<sup>199</sup> Im Strombereich wird eine entsprechende Regelung auch in Sonderkundenverträgen für wirksam erachtet. *Ludwig/Odenthal* verweisen hier auf die angebliche Leitbildfunktion der AVB. Der BGH (NJW 1998, 1640 ff) hat eine solche Leitbildfunktion für § 6 AVBEltV zwar angenommen, aber unter dem deutlichen Hinweis, dass diese Entscheidung für den effektiv liberalisierten Markt möglicherweise anders ausfallen würde, vergl. § 6 Anm. III.

In der nachfolgenden Kommentierung heißt es jedoch, ein Verweis auf die gesetzlichen Verjährungsregeln sei ebenfalls zulässig, da eine solche Regelung nicht der Inhaltskontrolle unterworfen sei. Nach dem obigen Hinweis auf die Leitbildfunktion erscheint diese Sichtweise inkonsequent.

rechnung derjenige, an dem der Nachzahlungs- bzw. Rückzahlungsschuldner von der Möglichkeit Kenntnis erlangt, wegen eines Berechnungsfehlers in Anspruch genommen werden zu können<sup>200</sup>. Der Nachzahlungsanspruch ist ein primärer Erfüllungsanspruch, also verschuldensunabhängig. Eine Minderung nach § 254 BGB (beispielsweise bei mangelhafter Information des Kunden durch den Versorger über die tariflichen Mitteilungspflichten) kommt daher wohl nicht in Betracht.

Neben der Überschreitung der Verkehrsfehlergrenzen<sup>201</sup> spielen im § 21 vor allem die Fehler in der Ermittlung des Rechnungsbetrages eine Rolle. Unter der letzteren Rubrik ist auch der bloße Ablesefehler zu fassen<sup>202</sup>, wohl aber nicht die auf Schätzung beruhende Berechnung<sup>203</sup>. Problematisch ist auch der Fall der Einordnung in einen falschen Tarif. Dieses Problem ergibt sich üblicherweise in Verbindung mit (vermeintlich) unzureichender oder fehlerhafter Information durch den Kunden. Das LG Wuppertal<sup>204</sup> wendet hierauf die Ausschlussfrist an<sup>205</sup>. Dies gilt erst recht für Fälle, in denen bei richtiger Information dennoch eine für den Kunden nachteilige Eingruppierung erfolgt ist<sup>206</sup>.

<sup>200</sup> (Kaufvertragliche) Verjährung und die rückwärts gerichtete Ausschlussfrist des § 21 II sind also streng auseinander zu halten. Bei der Verjährung kommt es üblicherweise auf die Kenntnis des *Gläubigers* von seinem Anspruch an. Ergreift er innerhalb der Verjährungsfrist keine Initiative, so geht dies zu seinen Lasten.

Hier kommt es hingegen auf die Kenntnis des *Schuldners* von dem Berechnungsfehler an. Erlangt er Kenntnis, wofür der Gläubiger die Beweislast trägt, kann er sich von nun an auf den Rückrechnungszeitraum einstellen und ist insoweit - aus Sicht des Ordnungsgebers - nicht mehr schutzwürdig. Die Geltendmachung von Ansprüchen verstößt also nicht gegen das Verbot des „venire contra factum proprium“, ganz egal, wieviel gegenteiliges Vertrauen insbesondere der Versorger etwa durch die Formulierung seiner Rechnungen („Abschlussrechnung“ o.ä.) aufgebaut hat [vergl. BGH NJW 1993, 659 (660); 1982, 930 (932)]. Andererseits dürfte diese Sichtweise auch Vorteile für den Kunden haben: Die widerspruchslose Ausgleichung der Rechnung stellt kein Schuldanerkenntnis dar.

<sup>201</sup> Beachtlich ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des OVG Saarland, RdE 1994, 41 (44): „... und auch § 21 I AVBWasserV schließt hier den Einwand fehlerhafter Zähleranzeige nicht aus. Die letztgenannte Norm bezieht sich nämlich nach dem Regelungszusammenhang, wie er sich insbesondere aus dem Bezug auf die Verkehrsfehlergrenzen ergibt, auf Fehlanzeigen ausschließlich infolge von Messungenauigkeiten, nicht aber auch infolge mechanischer Fehler des Zählerwerks.“

<sup>202</sup> BGH NJW 1982, 930 (931); z.B. auch die fehlerhafte Programmierung einer Zählerkonstanten, BGH MDR 1979, 490; KG NJW-RR 1988, 1524 geht sogar davon aus, dass spätere Ablesefehler des Kunden unschädlich sind, wenn sie nur initial auf einem Ablesefehler des Versorgers beruhen.

<sup>203</sup> LG Köln RdE 1985, 107

<sup>204</sup> RdE 1985, 83

<sup>205</sup> *Grüne* greift dies in seiner Anmerkung zum Urteil an: Die Vorschrift erfasse nur Fehler, zu denen der Kunde nichts beigetragen habe, deren Ursache vielmehr allein im Verantwortungsbereich des Versorgungsunternehmens zu suchen sei. Diese Sichtweise ist m.E. nicht zwingend aus der Norm ableitbar. *Grüne* versucht, einen auf schuldhafter Pflichtverletzung beruhenden Tatbestand vom Verschuldenserfordernis loszulösen. Auf die Informationspflichtverletzung wäre zwar § 282 BGB analog anzuwenden, aber dem Kunden wäre der Nachweis des fehlenden Verschuldens doch wenigstens eröffnet. *Grüne* benennt selbst Nachweise für die Gegenansicht, also die Anwendbarkeit des § 21 II.

<sup>206</sup> *Ludwig/Odenthal* führen in diesem Zusammenhang aus: „Unter die Regelung des § 21 fallen Fehler bei der Vertragsanwendung und -auslegung nur, soweit sie die Verbrauchsabrechnung betreffen, z.B. bei der Abrechnung des Verbrauchs zu einem falschen Tarif. ...Hierzu gehört aber nicht die Abrechnung zu einem objektiv unrichtigen Tarif, der nicht mehr den tatsächlichen Verhältnissen entspricht und der aufgrund unterlassener oder verspäteter Mitteilung des Kunden über eine Änderung der für die Tarifeinstufung oder Grundpreisberechnung maßgeblichen Kriterien angewandt worden ist.“ Ziel der Argumentation ist hier, zu *ungunsten* des Kunden die Kappung nach zwei Jahren zu verneinen.

Wie man sieht, ist im Bereich des § 21 jede Argumentation ein zweischneidiges Schwert, denn jede Sichtweise kann sich je nach Fall zugunsten wie zu ungunsten des Kunden auswirken. Ob die Aus-

Die von der Ausschlussfrist zu trennende Verjährung von Nachzahlungsansprüche ergibt sich aus §§ 196, 197 BGB. D.h. die Primärzahlungsansprüche des Versorgers verjähren gegenüber Privatkunden innerhalb von zwei Jahren, gegenüber Gewerbetreibenden in vier Jahren<sup>207</sup>. Wichtig ist dabei, dass die Verjährung nach Ansicht des BGH erst mit Rechnungsstellung hinsichtlich des bislang nicht eingeforderten Anspruchsteils beginnt (§ 198 BGB), weil die *Fälligkeit* der Forderung nach § 27 I AVB erst mit Rechnungsstellung eintritt<sup>208</sup>.

Verbraucheransprüche wegen Überzahlung verjähren nach 4 Jahren (§ 197: Rückabwicklung wiederkehrender Leistungen). Ungerecht ist m.E. die Tatsache, dass der Kunde dafür keine Rechnung stellt/ stellen muss, so dass die Verjährung hier mit Ende des Jahres beginnt, in dem der Rückforderungsanspruch entsteht, also bereits mit Vornahme der Überzahlung<sup>209</sup>!

Merke: Es ist nicht Obliegenheit oder gar Pflicht des Kunden, seine Rechnungen zu prüfen. Die Grenze ist hier die Offensichtlichkeit des Fehlers (z.B. Null-Verbrauch; Verringerung des Jahresverbrauchs auf 1/100)

### § 22 Verwendung des Wassers

*1. Das Wasser wird nur für die eigenen Zwecke des Kunden, seiner Mieter und ähnlich berechtigter Personen zur Verfügung gestellt. Die Weiterleitung an sonstige Dritte ist nur mit schriftlicher Zustimmung des Wasserversorgungsunternehmens zulässig. Diese muss erteilt werden, wenn dem Interesse an der Weiterleitung nicht überwiegende versorgungswirtschaftliche Gründe entgegenstehen.*

*2. Das Wasser darf für alle Zwecke verwendet werden, soweit nicht in dieser Verordnung oder aufgrund sonstiger gesetzlicher oder behördlicher Vorschriften Beschränkungen vorgesehen sind. Das Wasserversorgungsunternehmen kann die Verwendung für bestimmte Zwecke beschränken, soweit dies zur Sicherstellung der allgemeinen Wasserversorgung erforderlich ist.*

---

schlussfrist eine - im liberalisierten Markt streichenswerte - Privilegierung der Versorger darstellt, ist also eher eine statistische Frage.

M.E. sollte man einheitlich von einer Anwendung des § 21 II bei fehlerhafter Tarifeinstufung ausgehen und das Ergebnis über die Einbeziehung - verschuldensabhängiger - Nebenpflichtverletzungen ggf. korrigieren. In einer Variante dieses Gedankens lässt das LG Koblenz (RdE 1990, 89) die (späte) Kenntnis des Kunden von der fehlerhaften Tarifeinstufung nicht gelten, weil der Kunde seine Informationspflichten verletzt hatte.

<sup>207</sup> Vergl. BGH NJW 1982, 930 (931), BGH NJW 84, 2086 (zur Herleitung der Anwendung des § 196 BGB), für Tarifkunden bestätigt in RdE 1987, 69

<sup>208</sup> Hält man dann auch noch § 21 II für nicht einschlägig, kann es zu einer fast unbegrenzten Inanspruchnahme zur Nachzahlung kommen. Dieser Konsequenz versucht das OLG Karlsruhe (RdE 1992, 32) entgegenzuwirken, indem es die Forderung für den Zeitraum an als *verwirkt* ansieht, in dem der Kunde (als Vermieter) seinen Mietern gegenüber keine eigene Nachberechnung mehr vornehmen konnte. Für die Verwirkung komme es nur darauf an, dass der Berechtigte von der Forderung habe Kenntnis erlangen können. Dadurch wird eine Verwirkung eröffnet, obwohl das Gericht zugleich davon ausgeht, dass der Kunde seine Mitwirkungspflichten fahrlässig verletzt hatte!

In diesem Zusammenhang könnte man auf die Überlegung kommen, dem Versorger eine Verletzung der Pflicht zur fehlerfreien Messung anzulasten und Schadensersatz zu fordern. Die Bezifferung des Schadens ist problematisch und wird z.T. z.B. in dem gerade genannten Verlust der Umlegungsmöglichkeit auf Mieter gesehen. *Ludwig/Odenthal* schlagen hier vor (Schadensminderungspflicht?!), der Vermieter könne das doch auf künftige Mieten umlegen. Die mietrechtliche Zulässigkeit dieses Vorgehens ist m.E. aber fragwürdig.

<sup>209</sup> vergl. BGH NJW-RR 89, 1013 (1016)



*3. Der Anschluss von Anlagen zum Bezug von Bauwasser ist beim Wasserversorgungsunternehmen vor Beginn der Bauarbeiten zu beantragen. Der Antragsteller hat dem Wasserversorgungsunternehmen alle für die Herstellung und Entfernung des Bauwasseranschlusses entstehenden Kosten zu erstatten. Die Sätze 1 und 2 gelten für Anschlüsse zu sonstigen vorübergehenden Zwecken entsprechend.*

*4. Soll Wasser aus öffentlichen Hydranten nicht zum Feuerlöschen, sondern zu anderen vorübergehenden Zwecken entnommen werden, sind hierfür Hydrantenstandrohre des Wasserversorgungsunternehmens mit Wasserzählern zu benutzen.*

### **Anmerkungen**

Die Norm statuiert u.a. mögliche Verwendungsbeschränkungen. Diese knüpfen an den Gedanken des Polizeirechts an (bis hin zum Verteidigungsfall), erfassen aber auch Versorgungspässe, denen der Versorger selber ausgesetzt ist (Wasserknappheit). Diese Regelung ist auf die monopolistische öffentliche Wasserversorgung zugeschnitten. Polizeirechtliche Eingriffsbefugnisse dürfen aufgrund des Gewaltmonopols des Staates m.E. nicht einmal im Wege der Beleihung auf Private übertragen werden. Die Übertragung der Versorgung auf einen nicht mehr kommunal beherrschten privaten Anbieter ist hier sehr bedenklich. Erst recht gilt das für etwaige nur punktuell im Markt auftretende dritte Anbieter im Rahmen einer Liberalisierung.

### **§ 23 Vertragsstrafe**

*1. Entnimmt der Kunde Wasser unter Umgehung, Beeinflussung oder vor Anbringung der Messeinrichtungen oder nach Einstellung der Versorgung, so ist das Wasserversorgungsunternehmen berechtigt, eine Vertragsstrafe zu verlangen. Dabei kann höchstens vom Fünffachen desjenigen Verbrauchs ausgegangen werden, der sich auf der Grundlage des Vorjahresverbrauchs anteilig für die Dauer der unbefugten Entnahme ergibt. Kann der Vorjahresverbrauch des Kunden nicht ermittelt werden, so ist derjenige vergleichbarer Kunden zugrunde zu legen. Die Vertragsstrafe ist nach den für den Kunden geltenden Preisen zu berechnen.*

*2. Eine Vertragsstrafe kann auch verlangt werden, wenn der Kunde vorsätzlich oder grob fahrlässig die Verpflichtung verletzt, die zur Preisbildung erforderlichen Angaben zu machen. Die Vertragsstrafe beträgt das Zweifache des Betrags, den der Kunde bei Erfüllung seiner Verpflichtung nach den für ihn geltenden Preisen zusätzlich zu zahlen gehabt hätte.*

*3. Ist die Dauer der unbefugten Entnahme oder der Beginn der Mitteilungspflicht nicht festzustellen, so kann die Vertragsstrafe nach vorstehenden Grundsätzen über einen festgestellten Zeitraum hinaus für längstens ein Jahr erhoben werden.*

### **Anmerkungen**

Es handelt sich um eine rigide Vertragsstrafenregelung<sup>210</sup>.

Tatbestandlich ist zum einen das Abzapfen von Wasser unter Umgehung der Messung. Verwirkt werden kann hier eine Strafe bis zum fünffachen Entgelt des Vorjahresverbrauchs.

Zum anderen wird auch die Verletzung von Informations- und Mitwirkungspflichten sanktioniert. Erfasst sind Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Verwirkt wird bis zum Zweifachen des Betrages, den der Kunde infolgedessen zuwenig bezahlt hat.

§ 343 BGB gilt, d.h. die Höhe der Vertragsstrafe kann gerichtlich auf Angemessenheit überprüft werden.

<sup>210</sup>Siehe dazu z.B. OLG Hamm WuM 1992, 274; NJW-RR 1990, 502; BGH NJW 1957, 627

Es handelt sich um eine echte Vertragsstrafe, nicht etwa um pauschalierten Schadensersatz<sup>211</sup>, wengleich neben der Abschreckung auch eine erleichtere Realisierung von Schadensersatzansprüchen des Versorgers bei Beweisproblemen intendiert ist. Die Verwirkung ist verschuldensabhängig. Allerdings sind nach allgemeinen Regeln Zu-rechnungen möglich<sup>212</sup>.

Die Beweislast für die Tatbestandsvoraussetzungen und Bemessungsgrundlagen der Vertragsstrafe liegt beim Versorger. Die Rechtsprechung „hilft“ hier aber mit Beweiserleichterungen nach dem black-box-Prinzip<sup>213</sup>.

Insbesondere Abs. 3 der Regelung ist verbraucherfeindlich. Ludwig/Odenthal gehen bei festgestelltem Vertragsverstoß davon aus, dass für die *Dauer* der unbefugten Entnahme der *Kunde* darlegungs- und beweispflichtig sei. Dies habe den Effekt, dass wenn der Beweis misslingt, der vom Versorger behauptete Zeitraum als festgestellt gilt<sup>214</sup>! Auch diese harte Regelung ist im Kontext der Sicherstellung der öffentlichen Versorgung zu sehen, dient also letztlich dem Schutz der Liquidität des (alleinigen) Versorgers. Die Legitimation der Regelung auch für neue Anbieter am Markt ist damit sehr zweifelhaft.

#### § 24 Abrechnung, Preisänderungsklauseln

*1. Das Entgelt wird nach Wahl des Wasserversorgungsunternehmens monatlich oder in anderen Zeitabschnitten, die jedoch zwölf Monate nicht wesentlich überschreiten dürfen, abgerechnet.*

*2. Ändern sich innerhalb eines Abrechnungszeitraumes die Preise, so wird der für die neuen Preise maßgebliche Verbrauch zeitanteilig berechnet; jahreszeitliche Verbrauchsschwankungen*

<sup>211</sup> Schadensersatzansprüche bleiben ebenso wie (weitergehende) Erfüllungsansprüche unberührt, ebenso das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund. Ludwig/Odenthal: „...Dem entspricht auch § 340 II S.2 BGB, der Schadensersatzansprüche neben einer Vertragsstrafe nicht ausschließt, sondern Ersatz eines darüber hinausgehenden Schadens vorsieht. Die Vertragsstrafe ist in diesem Fall Mindestbetrag des Schadens (§§ 341 II, 340 II S.1 BGB), den das Versorgungsunternehmen ohne Nachweispflicht geltend machen kann. Darüber hinaus kann ein weiterer Schadensersatz geltend gemacht werden, für den dann aber das Versorgungsunternehmen im vollen Umfang die Beweislast hat.“

<sup>212</sup> Insbesondere z.B. Installateurfehler. Diese werden über § 278 BGB dem Versorgungskunden zugerechnet.

<sup>213</sup> Ludwig/Odenthal: „Es muss daher zulässig sein, bei der Berechnung der Vertragsstrafe die Art der typischerweise genutzten Verbrauchsgeräte heranzuziehen und Annäherungswerte für ihre durchschnittliche tägliche Nutzung der Berechnung zugrunde zu legen.“

Es ist zu bedenken, dass dem Kunden damit letztlich der Beweis für ein Nichttun, nämlich den (geringeren) Verbrauch, auferlegt wird. Das ist beweisrechtlich ausgesprochen bedenklich. M.E. sollte die Situation besser so gehandhabt werden: Die Darlegungslast trägt im Ansatz der Versorger. Sodann muss der Kunde konkretisieren, aber die letztendliche Beweislast liegt wieder beim Versorger.

<sup>214</sup> Das würde - theoretisch durchdacht - zu einer Rekursion führen, weil der Versorger dann ja erneut ein Jahr über den - nunmehr - „festgestellten“ Zeitraum hinaus fordern könnte. Der Kunde würde im Zweifel auch für diesen Zeitraum auch wieder beweispflichtig bleiben. Das kann aber nicht Sinn der Regelung sein, die ja laut Ordnungsgeber (zumindest auch) Verbraucherschützend sein soll. Dies wird aber offenbar von der Rechtsprechung nicht so gesehen: OLG Düsseldorf RdE 1994, 196 (197): „Zwar lässt sich nicht feststellen, wann der Beklagte die Manipulationen vorgenommen hat und damit auch nicht zu klären, seit wann der Beklagte den nicht gemessenen Strom bezogen hat. Da aber feststeht, dass der Beklagte die Nichtaufzeichnung des verbrauchten Stroms verursacht hat und damit eine korrekte Aufzeichnung des tatsächlich verbrauchten Stroms unmöglich gemacht hat, hat er gemäß § 282 BGB zu beweisen, dass der von der Klägerin in ihrer Berechnung zugrunde gelegte Zeitraum nicht den Tatsachen entspricht.“

sind auf der Grundlage der für die jeweilige Abnehmergruppe maßgeblichen Erfahrungswerte angemessen zu berücksichtigen. Entsprechendes gilt bei Änderung des Umsatzsteuersatzes.

3. Preisänderungsklauseln sind kostennah auszugestalten. Sie dürfen die Änderung der Preise nur von solchen Berechnungsfaktoren abhängig machen, die der Beschaffung und Bereitstellung des Wassers zuzurechnen sind. Die Berechnungsfaktoren müssen vollständig und in allgemein verständlicher Form ausgewiesen werden.

### **Anmerkungen**

Die Norm regelt Abschlagszahlungen, Berechnungszeiträume und insbesondere den Bereich der Tarifänderungen. Letzterer soll näher betrachtet werden.

#### I) Information über preisbildende Faktoren

Nach *Ludwig/Odenthal* besteht kein Informationsanspruch des Kunden bzgl. der preisbildenden Faktoren und Kalkulation. Dies lässt sich m.E. mit dem Stichwort „Betriebsgeheimnis“ im kommunal kontrollierten Bereich nur vordergründig herleiten. Denn es muss im bis dato konkurrenzlosen Zustand nicht befürchtet werden, dass Kalkulationsdaten von der Konkurrenz aufgegriffen werden. Vielmehr ist die Offenlegung ein Gebot des demokratischen Prinzips und der Teilhabe des Bürgers an der kommunalen Entscheidungsfindung<sup>215</sup>. Dies wäre m.E. auch vom Wortlaut des Abs. III eher gedeckt.

Findet eine Konkurrenz um den Markt oder gar im Markt statt, so ist das Argument des Betriebsgeheimnisses gewichtiger. Dies verdeutlicht zugleich, dass mit fortschreitender Privatisierung bzw. gar Liberalisierung ein Verlust demokratischer Kontrolle stattfindet.

Das zitierte AG Moers versucht den Konflikt hier über eine Vorlage der entsprechenden Kalkulationsgrundlagen *an das Gericht* zu entschärfen. Es erkennt selbst die Problematik, dass nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen der Klagegegner bei Einführung der Daten in den Prozess eigentlich einen Anspruch auf Einsichtnahme hat.

Im konkreten Fall hatte der Versorger die Informationen nicht vorgelegt. Das Gericht hat die Klage daher konsequent als un schlüssig zurückgewiesen, denn der Versorger trägt die Darlegungslast hinsichtlich der Billigkeit der von ihm einseitig festgelegten Preise.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang noch zweierlei: Erstens ersetzt nach zutreffender Sicht des Gerichtes die (angebliche) Kontrolle durch politische Gremien nicht die gerichtliche Kontrolle nach § 315 III BGB. Zweitens muss der Kunde nicht innerhalb der zweijährigen Frist aus § 30 AVBWasserV gegen gestellte Rechnungen Einspruch erheben.

Diese Norm befasst sich nämlich nur mit der richtigen Berechnung anhand der bestehenden Preisfaktoren (Bereitstellungspreis/Arbeitspreis), nicht mit der vorgelagerten Frage der Bestimmung des „billigen“ Preises.

---

<sup>215</sup> Interessanterweise verweist in der Entscheidung AG Moers, DWW 89, 264 die Klägerin, eine kommunal beherrschte GmbH, selbst darauf, dass der Aufsichtsrat mit kommunalen Entscheidungsträgern besetzt und damit eine Kontrolle durch politische Gremien gewährleistet sei. „Die jeweiligen Preiserhöhungen seien ordnungsgemäß aufgrund entsprechender Kalkulationen vom Aufsichtsrat genehmigt worden. *Jeder Kunde der Klägerin habe insoweit die Möglichkeit, an diesen Kontrollinstanzen teilzunehmen und entsprechende Auskunft zu verlangen.*“ Die kommunale Wirklichkeit dürfte da anders aussehen (nicht öffentliche Sitzungen etc.).

## II) Preisänderungsklauseln

Auf der AVBWasserV basierende Preisänderungsklauseln<sup>216</sup> bedürfen keiner Genehmigung (z.B. nach dem Währungsgesetz). Es finden sich im Wesentlichen zwei Typen von Klauseln: diejenigen, die eine automatische Anpassung an bestimmte Faktoren (Änderung der Einkaufspreise etc.) vorsehen und sogenannte Preisänderungsvorbehaltsklauseln.

Das Wirksamwerden von Preisanpassungen ist in beiden Fällen problematisch.

*Ludwig/Odenthal* führen dazu aus: „Da es sich bei der Inanspruchnahme der Preisänderungsklausel lediglich um einen Fall der Vertragsanwendung handelt, bedarf es hierfür keiner öffentlichen Bekanntgabe nach § 4 II. Die Bekanntgabe ist nur dann geboten, wenn die Klausel selbst (als Bestandteil der Allgemeinen Versorgungsbedingungen) geändert wird.“ Das heißt im Klartext, dass bei vorhandener Preisanpassungsklausel<sup>217</sup> eine Preisänderung nicht einmal mehr gemäß § 4 II AVBWasserV öffentlich bekannt gemacht werden müsste, um wirksam zu werden.

Zwar kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass Preise als solche eine Allgemeine Versorgungsbedingung i.S.d. § 4 II AVB sind und deshalb der Bekanntmachung bedürfen. Damit ist aber immer noch nicht festgestellt, dass (erst) die Bekanntmachung konstitutive Wirkung hat<sup>218</sup>.

Diese Situation läßt sich m.E. nicht einmal mit den Besonderheiten des Massenverkehrs begründen und wäre in einem liberalisierten Markt schlicht unhaltbar: Dem Verbraucher muss die Möglichkeit gegeben werden, zeitnah sein Verbrauchsverhalten der neuen Preislage anzupassen oder das Versorgungsverhältnis zu kündigen und auf einen günstigeren Anbieter auszuweichen.

Bei Tarifänderungen während des Berechnungszeitraums ist im übrigen eine Abrechnung pro rata zulässig, auch wenn es da im Einzelfall zu Ungenauigkeiten kommen kann.<sup>219</sup>

### § 25 Abschlagszahlungen

*1. Wird der Verbrauch für mehrere Monate abgerechnet, so kann das Wasserversorgungsunternehmen für die nach der letzten Abrechnung verbrauchte Wassermenge Abschlagszahlung verlangen. Diese ist anteilig für den Zeitraum der Abschlagszahlung entsprechend dem Verbrauch im zuletzt abgerechneten Zeitraum zu berechnen. Ist eine solche Berechnung nicht möglich, so bemisst sich die Abschlagszahlung nach dem durchschnittlichen Verbrauch vergleichbarer Kunden. Macht der Kunde glaubhaft, dass sein Verbrauch erheblich geringer ist, so ist dies angemessen zu berücksichtigen.*

<sup>216</sup> Vergl. allgemein zur Wirksamkeit von Anpassungsregeln in langfristigen Verträgen: Horn, NJW 1985, 1118 (insbesondere 1124).

<sup>217</sup> Sofern bestehende Verträge keine Preisänderungsklausel haben, muss die Preisänderung ganz normal öffentlich bekannt gemacht werden (wohl str., vergl. Kommentierung von *Ludwig/Odenthal* zu § 4 AVB-Fernwärme)

*Ludwig/Odenthal* führen in diesem Zusammenhang aus: „Preisänderungsklauseln sind in der Vergangenheit im Bereich der Wasserversorgung bezüglich der laufenden Benutzungsentgelte (anders bezüglich der Baukostenzuschüsse und Hausanschlusskosten) nur in Verträgen mit Sonderkunden üblich gewesen. Ob die in § 24 generell eröffnete Möglichkeit der Verwendung von Preisänderungsklauseln für alle Kundengruppen genutzt wird, bleibt abzuwarten.“

<sup>218</sup> Vergleiche zum Fragenkomplex v. *Hesler* ET 86, 70 (73)

<sup>219</sup> BGH RdE 87, 69

2. Ändern sich die Preise, so können die nach der Preisänderung anfallenden Abschlagszahlungen mit dem Vomhundertsatz der Preisänderung entsprechend angepasst werden.

3. Ergibt sich bei der Abrechnung, dass zu hohe Abschlagszahlungen verlangt wurden, so ist der übersteigende Betrag unverzüglich zu erstatten, spätestens aber mit der nächsten Abschlagsforderung zu verrechnen. Nach Beendigung des Versorgungsverhältnisses sind zuviel gezahlte Abschläge unverzüglich zu erstatten.

### **Anmerkungen**

Abschlagzahlungen sind grundsätzlich auf den *vergangenen* Verbrauch gerichtet. Der Regelfall ist also die Vorleistungspflicht des Versorgers.

Hat der Kunde zuviel geleistet, dann ist ihm der entsprechende Betrag unverzüglich zurückzuerstatten, bzw. spätestens mit der nächsten Abschlagsforderung zu verrechnen.

### *§ 26 Vordrucke für Rechnungen und Abschläge*

*Vordrucke für Rechnungen und Abschläge müssen verständlich sein. Die für die Forderung maßgeblichen Berechnungsfaktoren sind vollständig und in allgemein verständlicher Form auszuweisen.*

### **Anmerkungen**

Der Versorger hat die Pflicht, verständliche Abrechnungen zu machen. Maßstab ist hier der verständige Laie, der sich die Zeit nimmt, die Rechnung durchzuarbeiten<sup>220</sup>. Jedenfalls muss die Rechnung so substantiiert sein, dass der Verbraucher die Berechtigung des Anspruchs prüfen und gegebenenfalls anerkennen kann.

Auch der Vorjahresverbrauch muss (daneben) angegeben werden (zwecks Vergleichsmöglichkeit). Dies gilt offenbar nicht für Abschlagsanforderungen.

### *§ 27 Zahlung, Verzug*

1. *Rechnungen und Abschläge werden zu dem vom Wasserversorgungsunternehmen angegebenen Zeitpunkt, frühestens jedoch zwei Wochen nach Zugang der Zahlungsaufforderung fällig.*

2. *Bei Zahlungsverzug des Kunden kann das Wasserversorgungsunternehmen, wenn es erneut zur Zahlung auffordert oder den Betrag durch einen Beauftragten einziehen lässt, die dadurch entstandenen Kosten auch pauschal berechnen.*

---

<sup>220</sup> Vergl. BGH ET 79, 280, der sich allerdings in der Argumentation auch darauf stützt, dass der Rechnungsempfänger Gewerbetreibender war und „als solcher mit wie hier komplizierteren Rechnungsstellungen vertraut sein“ musste. Daraus rückschließend könnte man für „echte“ Laien noch transparentere Rechnungen fordern. Abstrakte Kriterien lassen sich hier aber kaum entwickeln. Im Strombereich bietet die BTOEit inhaltliche Anhaltspunkte. Auch das mag für die Einführung einer BTOWasser sprechen.

Das OLG Hamburg (NJW-RR 1988, 1519) formuliert im übrigen wie folgt: „Die Rechnungen sind für denjenigen, der sich gebührend mit ihnen beschäftigt und die Bedeutung der darin verwendeten Faktoren aus dem Formularvertrag kennt, verständlich.“ Aus sich heraus muss die Rechnung also augenscheinlich nicht erklärlich sein, was aus Verbrauchersicht sehr misslich ist.

**Anmerkungen:**

Fälligkeit tritt zwei Wochen nach Zugang der Zahlungsaufforderung ein. Der Zugang erfolgt dabei nach allgemeinen Spielregeln. Dies gilt auch im Lastschriftverfahren<sup>221</sup>. Die Rechnung muss also zwei Wochen vor Abbuchung zugehen. § 27 gilt auch für Nachberechnungen aus § 21 AVBWasserV und insbesondere auch für jede einzelne Abschlagszahlung.

Problematisch ist die Festlegung eines pauschalierten Mahnentgelt. Dies wäre ein Verstoß gegen § 11 Nr. 5 AGBG, wenn dieser anwendbar wäre<sup>222</sup>. Eine dem § 13 BTOElt entsprechende Genehmigungspflicht gibt es im Bereich der Wasserversorgung nicht. Dies wäre im Rahmen einer gesetzlichen Neuordnung des Wassermarktes anzuregen.

*§ 28 Vorauszahlungen*

*1. Das Wasserversorgungsunternehmen ist berechtigt, für den Wasserverbrauch eines Abrechnungszeitraums Vorauszahlung zu verlangen, wenn nach den Umständen des Einzelfalls zu besorgen ist, dass der Kunde seinen Zahlungsverpflichtungen nicht oder nicht rechtzeitig nachkommt.*

*2. Die Vorauszahlung bemisst sich nach dem Verbrauch des vorhergehenden Abrechnungszeitraumes oder dem durchschnittlichen Verbrauch vergleichbarer Kunden. Macht der Kunde glaubhaft, dass sein Verbrauch erheblich geringer ist, so ist dies angemessen zu berücksichtigen. Erstreckt sich der Abrechnungszeitraum über mehrere Monate und erhebt das Wasserversorgungsunternehmen Abschlagszahlungen, so kann es die Vorauszahlung nur in ebenso vielen Teilbeträgen verlangen. Die Vorauszahlung ist bei der nächsten Rechnungserteilung zu verrechnen.*

*3. Unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 kann das Wasserversorgungsunternehmen auch für die Erstellung oder Veränderung des Hausanschlusses sowie in den Fällen des § 22 Abs. 3 Satz 1 Vorauszahlung verlangen.*

**Anmerkungen**

Ein Vorauszahlungsanspruch des Versorgers besteht, wenn nach den Umständen des Einzelfalls<sup>223</sup> zu besorgen ist, dass Kunde der Zahlungspflicht nicht oder nicht rechtzeitig nachkommt. Beispiele sind nach *Ludwig/Odenthal* der bekannte Energiedieb, der Konkursbetroffene bzw. Kunden, die in der Vergangenheit nicht oder nur „schleppend“ bezahlt haben<sup>224</sup>. Als eine Einschränkung vom Regelfall der Vorleistungspflicht des Versorgers ist diese Ausnahme m.E. eng auszulegen.

<sup>221</sup> Das Lastschriftverfahren ist ein heftig umkämpfter Nebenkriegsschauplatz: Die Begründung der Pflicht zur Teilnahme am Lastschriftverfahren (Einzugsermächtigungsverfahren) ist in AGB wohl zulässig (BGH NJW 1996, 988), aber in Tarifkundenverträgen nicht, weil der Kunde grundsätzlich die Wahl hat, auf welchem Wege er erfüllt. Würde ihm das Wahlrecht per ergänzenden Bestimmung genommen, wäre das ein Verstoß gegen den Regelungsgehalt der AVB (vergl. OLG Koblenz NJW-RR 1994, 689 (691)). Die Vergabe eines Bonus bei Teilnahme ist wohl zulässig (LG Köln DB 77, 273), ein Malus hingegen ist problematisch - jedenfalls im Tarifbereich, im Sonderkundenbereich darf er jedenfalls nicht prohibitiv sein (AG Bonn R+S 1988, 40). Die Abrechnung zusätzlicher administrativer Kosten ist zulässig (OLG Düsseldorf, NJW-RR 97, 374, 377). Die genannten Entscheidungen betreffen den Strommarkt und sind für den Wasserbereich z.T. nur relevant, sofern man eine mögliche Differenzierung nach Tarif- und Sonderkunden für möglich hält.

<sup>222</sup> Dies ließe sich mit folgender Überlegung bejahen: Die Festlegung wäre eine „ergänzende Vertragsbestimmung“ und auf diese ist das AGBG vollständig anwendbar. Im übrigen lassen sich die Wertungen des § 11 Nr. 5 AGBG auch in die Prüfung nach § 9 AGBG ziehen, vergl. BGH NJW 1984, 2941.

<sup>223</sup> Also nicht ausreichend: eine pauschale Einordnung.

<sup>224</sup> „schleppend“, ein unbestimmter Rechtsbegriff der besonderen Art ...

Vorleistung kann unter den genannten Umständen auch für Hausanschlusskosten verlangt werden<sup>225</sup>.

Eine besondere Variante der Vorauszahlung ist der Münzzähler. Dieser kann offenbar sogar zur Tilgung von Rückständen eingesetzt werden<sup>226</sup>.

### § 29 Sicherheitsleistung

*1. Ist der Kunde oder Anschlussnehmer zur Vorauszahlung nicht in der Lage, so kann das Wasserversorgungsunternehmen in angemessener Höhe Sicherheitsleistung verlangen.*

*2. Barsicherheiten werden zum jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank verzinst.*

*3. Ist der Kunde oder Anschlussnehmer in Verzug und kommt er nach erneuter Zahlungsaufforderung nicht unverzüglich seinen Zahlungsverpflichtungen aus dem Versorgungsverhältnis nach, so kann sich das Wasserversorgungsunternehmen aus der Sicherheit bezahlt machen. Hierauf ist in der Zahlungsaufforderung hinzuweisen. Kursverluste beim Verkauf von Wertpapieren gehen zu Lasten des Kunden oder Anschlussnehmers.*

*4. Die Sicherheit ist zurückgegeben, wenn ihre Voraussetzungen weggefallen sind.*

### Anmerkungen

Die Sicherheitsleistung ist die verschärfte Variante der Vorleistung: Wenn der Kunde zur Vorleistung nicht in der Lage ist, kommt sie zur Anwendung. Zur Verwertung muss sich der Kunde in Verzug befinden und eine erneute Zahlungsaufforderung mit Hinweis auf die Verwertungsabsicht erhalten haben. Zahlt der Kunde daraufhin nicht unverzüglich, hat der Versorger ein Befriedigungsrecht.

### § 30 Zahlungsverweigerung

*Einwände gegen Rechnungen und Abschlagsberechnungen berechtigen zum Zahlungsaufschub oder zur Zahlungsverweigerung nur,*

*1. soweit sich aus den Umständen ergibt, dass offensichtliche Fehler vorliegen, und*

*2. wenn der Zahlungsaufschub oder die Zahlungsverweigerung innerhalb von zwei Jahren nach Zugang der fehlerhaften Rechnung oder Abschlagsberechnung geltend gemacht wird.*

### Anmerkungen

Ziel der Norm ist, Rechtsstreit um die vielen kleinen Zahlungsansprüche des Versorgers erst einmal zu vermeiden. Dazu zwingt man dem Kunden auf, ggf. in den Rückabwicklungsprozess einzutreten.

Eine Zahlungsverweigerung ist nur bei offensichtlichen<sup>227</sup> Fehlern und nur innerhalb von zwei Jahren<sup>228</sup> nach Zugang der fehlerhaften Rechnung zulässig.

<sup>225</sup> Baukostenzuschüsse sind trotz bekannter Streitfrage in der Norm nicht mit aufgeführt und daher wohl auch nicht erfasst.

<sup>226</sup> Ansatz ist hier wohl, dass diese Maßnahme ein milderes Mittel darstellt als die absolute Liefersperre. Wenn man bedenkt, dass diese Sperre unter der Voraussetzung der Erforderlichkeit steht, ist die Liefersperre vielleicht häufiger als bislang angenommen angreifbar ...

<sup>227</sup> Die Beweislast für die Offensichtlichkeit liegt beim Verbraucher, OLG Hamburg NJW-RR 1988, 1518.

<sup>228</sup> In der AVB von 1942 betrug die Frist noch zwei Wochen!

Ein offensichtlicher Fehler ist ein solcher, der sich ohne nähere Prüfung aus der Rechnung selbst heraus aufdrängt und keine Zweifel an der Fehlerhaftigkeit lässt. Abgestellt wird dabei auf den Erkenntnishorizont einer mit den näheren Umständen vertrauten Person zum Zeitpunkt der Zahlungsverweigerung<sup>229</sup>.

Einwendungen gegen die Preishöhe, soweit diese nach § 315 III BGB gerichtlich überprüfbar sind<sup>230</sup>, fallen nicht unter den Einwendungsausschluss des § 30<sup>231</sup>. Dies hat Konsequenzen für die etwaige (prozessuale) Vorgehensweise des Kunden<sup>232</sup>.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass der Verbraucher auch die Möglichkeit der Zahlung unter Vorbehalt hat. *Klein*<sup>233</sup> weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass in der Rechtsprechung zwei Typen von Vorbehalt unterschieden werden. Zum einen gibt es den einfachen Vorbehalt, der lediglich den Schein eines Schuldanerkenntnisses zerstören und den Einwand der bewussten Zahlung auf nicht bestehende Schuld (§ 814 BGB) verhindern soll. Dieser Vorbehalt ändert an der Beweislastverteilung im Kondiktionsprozess nichts, d.h. der Kläger muss die Rechtsgrundlosigkeit der Leistung zeigen. Zum anderen den Vorbehalt des Bestehens einer Schuld, bei dem der Schuldner das Bestehen der Schuld bestreitet und nur unter der *Bedingung* ihres Bestehens leistet. Nimmt der Gegner hier den Vorbehalt an, so kehrt sich die gerade genannte Beweislast um<sup>234</sup>. Eine Leistung unter einfachem Vorbehalt muss der Gläubiger anneh-

<sup>229</sup> Vergleiche dazu OLG Rostock MDR 1997, 812: Keine Offensichtlichkeit liegt vor, wenn über die Fehlerhaftigkeit Beweis erhoben werden müsste! Diesen Ansatz verfolgt auch das KG, R+S 1984, 43 ff, allerdings unter dem Hinweis, dass diese empfindliche Einschränkung der Allgemeinen vertraglichen Ansprüche des Verbrauchers nur durch die Wahrnehmung der öffentlichen Versorgungsaufgabe legitimiert ist. Vergl. zudem OLG Düsseldorf RdE 1985, 144 (145): „Die außergewöhnliche, mit normalem Verbrauch kaum erklärbare Steigerung des Wasserverbrauchs gegenüber der bei dem Beklagten üblichen Abnahme lässt sich nicht als offensichtlich fehlerhaft bewerten. Sie kann auch mit einem oder mehreren Rohrbrüchen im Risikobereich des Beklagten erklärt werden. Siehe auch LA Hanau R+S 1986 30 (31): „...soweit sich aus den Umständen offensichtliche Fehler ergeben hätten (§ 30 Nr.1 AVBGasV). Ein solcher Fall liegt hier indes nicht vor. Soweit der Beklagte seine Zweifel an der Richtigkeit der Ablesung auf ein auffälliges Missverhältnis zwischen den Verbrauchszahlen für die Jahre ... einerseits sowie das Jahr ... andererseits stützt, wird hierdurch der Anschein der Richtigkeit der anhand geeichter Messeinrichtungen erfolgten Verbrauchsfeststellung schon deshalb nicht erschüttert, weil die hierfür maßgeblichen Werte in den früheren Verbrauchszeiträumen eben nicht ausschließlich durch Ablesung, sondern auch durch Schätzung ermittelt worden sind...“.

OLG Hamm, NJW-RR 1989, 1455 im redaktionellen Leitsatz: „Zu den offensichtlichen Fehlern in den Abrechnungen eines Fernwärmeversorgungsunternehmens, die zu einer Zahlungsverweigerung des Abnehmers führen könnten, gehören weder eine nicht auf den ersten Blick erkennbar fehlerhafte Preisgestaltung, noch der Aufschlag der Netzverluste auf die Strichzahlen der Heizkörperverbrauchsanzeigen, noch die unterschiedliche Bemessung von Heizwärme und der für Brauchwasser benötigten Fernwärme.“  
Merke: Auffällige Verbrauchszahlenschwankungen allein reichen in der Regel noch nicht für die Offensichtlichkeit aus.

<sup>230</sup> Siehe Anm. IV 1) zu § 2.

<sup>231</sup> AG Moers DWW 89, 264, OLG Düsseldorf R+S 1996, 1

<sup>232</sup> Siehe § 2 Anm. IV) 1) und OLG Düsseldorf R+S 1996, 1 (2)

<sup>233</sup> *Klein*, Die Zahlung von Energieabrechnungen unter Vorbehalt, RdE 1990, 46

<sup>234</sup> Vergl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1989, 27f.

Soweit es sich bei der Rückforderung um einen Anspruch auf Minderung des (schon gezahlten) Kaufpreises handelt, liegt die Beweislast für die Mangelhaftigkeit des Wassers nach Allgemeinen Regeln beim Kunden. Der qualifizierte Vorbehalt kann zwar die Beweislastumkehr im Rahmen des § 812 BGB verhindern, sofern die Beweislage vorher für den Kunden günstig war. Die ohnehin negative Beweislastverteilung bei der Mängelgewährleistung nach Gefahrübergang kann hier m.E. aber nicht ins Gegenteil verkehrt werden. Diese Frage ist noch nicht abschließend geklärt. Man könnte allerdings argumentieren, dass der Kunde wegen der lebenswichtigen Bedeutung des Wassers gar nicht anders kann, als es abzunehmen und



men, sonst gerät er in Annahmeverzug. Eine bedingte Leistung im letztgenannten Sinne ist hingegen keine ordnungsgemäße Erfüllung.

Da im Zweifel bei der Auslegung ermittelt werden wird, dass unter „Leistung unter Vorbehalt“ der einfache Vorbehalt zu verstehen ist, empfiehlt es sich aus Verbrauchersicht, die Bedingtheit der Leistung deutlich zu machen. Zugleich ist aber zu bedenken, dass der Versorger dieses Leistungsangebot zurückweisen und Sanktionen ergreifen kann (Versorgungseinstellung!)<sup>235</sup>.

### § 31 Aufrechnung

*Gegen Ansprüche des Wasserversorgungsunternehmens kann nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenansprüchen aufgerechnet werden.*

### Anmerkungen

Hier wird ein materielles Aufrechnungsverbot zu Lasten des Kunden statuiert, das nur rechtskräftige oder unbestrittene Forderungen nicht erfasst<sup>236</sup>. Dies soll (wie immer) im Interesse einer möglichst kostengünstigen Wasserversorgung ungerechtfertigte Verzögerungen beim Inkasso vermeiden, wobei „ungerechtfertigt“ natürlich Definitionssache ist.

Nach *Ludwig/Odenthal* soll sich dies auf alle Ansprüche des Kunden oder Anschlussnehmers beziehen, sofern sie nur im Gegenseitigkeitsverhältnis zu dem Zahlungsanspruch des Versorgungsunternehmens stehen, also auch bei unerlaubter Handlung oder p.V.V. (z.B. unrichtige fachliche Beratung).

Allerdings ist eine Einführung per Widerklage im Prozess möglich. Ob Prozessaufrechnung zulässig ist, ist umstritten.

### § 32 Laufzeit des Versorgungsvertrages, Kündigung

*1. Das Vertragsverhältnis läuft so lange ununterbrochen weiter, bis es von einer der beiden Seiten mit einer Frist von einem Monat auf das Ende eines Kalendermonats gekündigt wird.*

*2. Bei einem Umzug ist der Kunde berechtigt, den Vertrag mit zweiwöchiger Frist auf das Ende eines Kalendermonats zu kündigen.*

*3. Wird der Verbrauch von Wasser ohne ordnungsmäßige Kündigung eingestellt, so haftet der Kunde dem Wasserversorgungsunternehmen für die Bezahlung des Wasserpreises für den von der Messeinrichtung angezeigten Verbrauch und für die Erfüllung sämtlicher sonstiger Verpflichtungen.*

*4. Ein Wechsel in der Person des Kunden ist dem Wasserversorgungsunternehmen unverzüglich mitzuteilen und bedarf dessen Zustimmung. Das Unternehmen ist nicht verpflichtet, dem*

---

insofern die durch den Gefahrübergang herbeigeführte Beweislastumkehr hinsichtlich der Mangelhaftigkeit nach § 242 BGB korrigiert werden muss.

<sup>235</sup> *Klein* empfiehlt den Versorgern, die Zahlung anzunehmen und den (qualifizierten) Vorbehalt zurückzuweisen. M.E. ist dies vergleichbar mit der Einlösung eines Schecks, der einem Vergleichsangebot beigefügt war und dessen Hingabe unter der Bedingung der Annahme des Angebotes erfolgte. Eine Einlösung unter Ablehnung des Angebotes ist als „venire contra factum proprium“ anzusehen. Folge ist, dass der Leistende die Leistung als ohne Rechtsgrund erlangt zurückverlangen kann, wobei hier der fehlende Rechtsgrund ausschließlich in der Nichteinlassung auf den Vergleich oder im Versorgerfall auf den Vorbehalt zu sehen ist.

<sup>236</sup> *Ludwig/Odenthal* erklären das für eine abschließende Regelung, was heißen soll, dass dem Versorger damit seinerseits eine vertraglich nicht zu beseitigende Aufrechnungsmöglichkeit an die Hand gegeben wird! Mit Vertragsparität hat das nichts mehr zu tun.

*Eintritt des Dritten in die sich aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten zuzustimmen.*

*5. Tritt anstelle des bisherigen Wasserversorgungsunternehmens ein anderes Unternehmen in die sich aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein, so bedarf es hierfür nicht der Zustimmung des Kunden. Der Wechsel des Wasserversorgungsunternehmens ist öffentlich bekanntzugeben.*

*6. Die Kündigung bedarf der Schriftform.*

*7. Der Kunde kann eine zeitweilige Absperrung seines Anschlusses verlangen, ohne damit das Vertragsverhältnis zu lösen.*

### **Anmerkungen**

Anders als bei Strom und Gas sieht die AVBWasserV keine Mindestlaufzeit des Vertrages vor. Der Ordnungsgeber hat andererseits wegen der besonderen Bedeutung der Wasserversorgung darauf verzichtet, dem Kunden bei Änderung der Tarife und bei einem Wechsel des Wasserversorgungsunternehmens ein außerordentliches Kündigungsrecht einzuräumen<sup>237</sup>.

Nach Abs. 7 kann der Kunde die zeitweilige Absperrung verlangen, ohne den Vertrag zu lösen<sup>238</sup>. Der Versorger kann allerdings inaktive Leitungen vollständig abtrennen, um Keimeinbrüche zu verhindern. Dies begründet keine Schadensersatzansprüche des Kunden<sup>239</sup>.

### **§ 33 Einstellung der Versorgung, fristlose Kündigung**

*1. Das Wasserversorgungsunternehmen ist berechtigt, die Versorgung fristlos einzustellen, wenn der Kunde den Allgemeinen Versorgungsbedingungen zuwiderhandelt und die Einstellung erforderlich ist, um*

- a. eine unmittelbare Gefahr für die Sicherheit von Personen oder Anlagen abzuwenden,*
- b. den Verbrauch von Wasser unter Umgehung, Beeinflussung oder vor Anbringung der Messeinrichtungen zu verhindern oder*
- c. zu gewährleisten, dass Störungen anderer Kunden, störende Rückwirkungen auf Einrichtungen des Unternehmens oder Dritter oder Rückwirkungen auf die Güte des Trinkwassers ausgeschlossen sind.*

*2. Bei anderen Zuwiderhandlungen, insbesondere bei Nichterfüllung einer Zahlungsverpflichtung trotz Mahnung, ist das Wasserversorgungsunternehmen berechtigt, die Versorgung zwei Wochen nach Androhung einzustellen. Dies gilt nicht, wenn der Kunde darlegt, dass die Folgen der Einstellung außer Verhältnis zur Schwere der Zuwiderhandlung stehen und hinreichende Aussicht besteht, dass der Kunde seinen Verpflichtungen nachkommt. Das Wasserversorgungsunternehmen kann mit der Mahnung zugleich die Einstellung der Versorgung androhen.*

*3. Das Wasserversorgungsunternehmen hat die Versorgung unverzüglich wieder aufzunehmen, sobald die Gründe für ihre Einstellung entfallen sind und der Kunde die Kosten der Einstellung und Wiederaufnahme der Versorgung ersetzt hat. Die Kosten können pauschal berechnet werden.*

*4. Das Wasserversorgungsunternehmen ist in den Fällen des Absatzes 1 berechtigt, das Vertragsverhältnis fristlos zu kündigen, in den Fällen der Nummern 1 und 3 jedoch*

<sup>237</sup> § 32 II, VI AVBEltV bzw GasV sehen dies hingegen vor.

<sup>238</sup> Z.B., wenn er nur im Sommer im Schrebergarten Wasser braucht. Gezahlt wird dann nicht einmal mehr der Grundpreis, wohl aber die Kosten für das An- und Abklemmen.

<sup>239</sup> AG Rheine, 27.02.1998, R+S 1998, 31

*nur, wenn die Voraussetzungen zur Einstellung der Versorgung wiederholt vorliegen. Bei wiederholten Zuwiderhandlungen nach Absatz 2 ist das Unternehmen zur fristlosen Kündigung berechtigt, wenn sie zwei Wochen vorher angedroht wurde; Absatz 2 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.*

### **Anmerkungen**

Die Liefersperre<sup>240</sup> wird als besondere Ausgestaltung des Zurückbehaltungsrechts (§§ 273, 320 BGB) erachtet<sup>241</sup>.

Dieses Zurückbehaltungsrecht gilt auch hinsichtlich aller *Zahlungsrückstände*. Es ist auch in einem monopolistisch ausgestalteten Markt grundsätzlich zulässig<sup>242 243</sup>.

Grundsätzlich muss der Kunde etwaige Sozialhilfebeträge für die Begleichung der Rechnungen aufwenden<sup>244 245</sup>.

Interessant ist, dass eine an sich parallele Beziehung, nämlich das Verhältnis von Vermieter und Mieter, hinsichtlich des Zurückbehaltungsrechts z.T. anders beurteilt wird: Wasserlieferung wird

<sup>240</sup> Vergl. dazu insbesondere *Derleder*, Ökologische Vertragsgestaltung zwischen Vermieter, Mieter und Versorgungsträger, NZM 1999, 729; *Hempel*, Schutz der Mieter gegen die Einstellung der zentralen Energie- und Wasserversorgung eines Mietshauses, WuM 1998, 646

<sup>241</sup> Ob der Versorger auch Rückstände aus *früheren Vertragsverhältnissen* per Liefersperre erzwingen kann, ist ausgesprochen umstritten. Tendenziell wird dies jedoch eher verneint. Insbesondere weist der BGH darauf hin, dass neben den Voraussetzungen des § 33 AVBV auch noch die Voraussetzungen des § 273 BGB vorliegen müssen, also insbesondere das Beruhen auf „demselben rechtlichen Verhältnis“ (NJW 1991, 2645). Vergl. auch LG Göttingen, NJW-RR 1988, 1520 (1521): „... als Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft vermag die AVBEItV durch Gesetz geschaffenes Recht wie § 273 BGB nicht zu derogieren.“

<sup>242</sup> BGH NJW 1991, 2645; OVG Münster NJW 1993, 414: Der Anschluss- und Benutzungszwang lässt sich mit der Möglichkeit der Liefersperre vereinbaren, da diese ja das Vertragsverhältnis als solche unberührt lässt. Wie sich dies mit dem Begriff „*Benutzungszwang*“ vereinbaren lassen soll, ist mir nicht ganz klar. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts verstößt nach Sicht des OLG Hamburg (NJW-RR 1988, 1519 (1520)) auch dann nicht gegen Treu und Glauben, wenn der Verbraucher sich gegen eine „objektiv zweifelhafte“ Forderung durch Zahlungsverweigerung zur Wehr setzt. Hier sei der gleiche Maßstab anzusetzen wie bei § 30 AVB (Offensichtlichkeit des Fehlers).

<sup>243</sup> Die Legitimation des Zurückbehaltungsrechts ist, weil es dem *Allgemeinen* Vertragsrecht entstammt, um so stärker, je weiter der Versorger von der kommunalen Trägerschaft losgelöst ist. Allerdings darf bei Feststellung der „Erforderlichkeit“ i.S.d. Vorschrift niemals außer Acht gelassen werden, dass es sich bei der Wasserversorgung um Daseinsvorsorge handelt.

<sup>244</sup> Vergl. § 15 a BSHG. Etwaige Gefahren für die öffentliche Sicherheit werden nicht durch Verfügungen gegen den Versorger, sondern eben durch Gewährung der Sozialhilfe „oder Inanspruchnahme des für den Anlass der Liefersperre Verantwortlichen“ beseitigt. Vergl: LG Bonn MDR 1987, 844 f, LG Osnabrück NJW-RR 1988, 498 (499) (und direkt anschließend LG Aachen): Der Versorger sei keine soziale Einrichtung.

Beachte: LG Augsburg RdE 1998, 161: „Stromabschlagszahlungen des Sozialamtes an den Kunden rechtfertigen keine „hinreichende Aussicht“ iSv AVBEItV § 33 II.“ (Leitsatz)!! Es wäre zu prüfen, ob der Schwerpunkt der Aussage nicht darauf liegt, dass an den Kunden gezahlt wird, ob also eine direkte Zahlung durch das Sozialamt an den Versorger anders zu bewerten wäre.

Interessant ist, dass die scharfe Ausgestaltung der AVB im Wesentlichen damit begründet wird, dass der Versorger im Allgemeininteresse liquide bleiben soll. Die Vergabe von Sozialhilfe steht aber auch im Gemeininteresse. Denkbar wäre also eine staatliche finanzielle Absicherung des Versorgers für solche Ausfälle. Allerdings besteht Missbrauchsgefahr, mit der Folge, dass die Ausfälle ähnlich geprüft werden wie der Anspruch auf Sozialhilfe selbst. Der Unterschied läge also eher darin, aus welchen Mitteln jeweils finanziert wird.

<sup>245</sup> Sogar rückständige Abschläge können vom Sozialamt bezahlt werden. Das gilt allerdings nicht für den Vermieter, der gegenüber dem Versorger die Versorgungskosten für ein ganzes Mietshaus zu tragen hat (s.u.).

als echte Fixschuld erachtet. Die Anwendung des § 320 BGB würde wegen des sofortigen Unmöglichkeitseintritts von der vorübergehenden zur dauernden Einrede, was mit dem Regelungszweck der Vorschrift nicht zu vereinbaren ist<sup>246</sup>.

Dass *Versorger* sich hiervon abweichend auf § 320 BGB sollen berufen können, erscheint insofern inkonsequent. § 33 AVBWasserV muss von daher schon als Spezialregelung begriffen werden.

Das größte Problem ist allerdings, dass die Liefersperre bei Mietshäusern faktisch auch gegen die Mieter wirkt.

Diese faktischen Auswirkungen sind laut Ludwig/Odenthal als vom Ordnungsgeber bewusst in Kauf genommen hinzunehmen<sup>247 248 249</sup>.

Dass den *Versorger* keine Kontrahierungspflichten gegenüber den Mietern treffen, wurde bereits oben als angreifbar dargestellt<sup>250</sup>.

Ziel dieser Betrachtung ist auf *Versorger*seite, die Mieter mittelbar dazu zu zwingen, von der Möglichkeit des § 267 BGB Gebrauch zu machen, d.h. die Forderungen des *Versorger*s gegen den Vermieter selbst zu begleichen<sup>251</sup>. Deshalb werden diese von der drohenden Einstellung üblicherweise mit informiert.

*Hempel*<sup>252</sup> versucht darzulegen, dass den Mietern aus dieser Konstruktion kein Nachteil erwächst. Zunächst müssten sich die Mieter auf die Aufteilung der Kosten einigen. Die aufgewendeten Summen könnten diese dann mit (zukünftigen) Mietansprüchen verrechnen.

Diese Überlegung ist in mehrfacher Hinsicht angreifbar. Es lässt sich keine eindeutige Insolvenzzusammenverteilung ausmachen: Beide, d.h. die Mieter und der *Versorger*, haben mit dem sich als insolvent bzw. zahlungsunwillig herausstellenden Vermieter kontrahiert. Es ist nicht einzusehen, warum die Last der Uneinbringlichkeit ausschließlich bei den Mietern liegen soll.

<sup>246</sup> OLG Hamburg WuM 1978, 169 (170); Kraemer in Bub/Treier III B Rd. 1312 mit Nachweisen; a.A. Palandt/Putzo § 535 Rd. 25 (für Heizung)

<sup>247</sup> Eine solche Sichtweise müsste in einem liberalisierten Markt jedenfalls für die neuen Anbieter vermieden werden. Sie lässt sich dann nicht mehr mit der Behauptung legitimieren, der (allgemeine) *Versorger* sei auf dieses harte Druckmittel angewiesen, um seiner Versorgungsaufgabe effektiv nachkommen zu können. Im monopolisierten Bereich macht das hingegen durchaus Sinn: Der kontrahierungspflichtige Anbieter muss zwingend auch die „faulen Eier“ versorgen.

<sup>248</sup> Hier hilft auch der Verweis auf etwaige Sozialhilfeansprüche nicht mehr. Das Sozialamt wird sich hüten, zur Finanzierung von aufgelaufenen Stromkosten etwas beizusteuern, wenn diese ein ganzes Mietshaus betreffen. Ggfs. ist der Vermieter darauf verwiesen, sein Grundstück kurzfristig zu veräußern, womit im Zweifel ein beträchtlicher Wert zerschlagen werden dürfte.

<sup>249</sup> Das OLG Düsseldorf geht sogar davon aus, dass den *Versorger* keine Informationspflichten hinsichtlich der mittelbar Betroffenen trifft, R+S 1985, 5. Im vorliegenden Fall hatte der *Versorger* offenbar einen eigenen Vertrag mit dem Mieter und hatte bei *diesem* die Versorgung eingestellt, ohne den Vermieter darüber zu informieren. Daraufhin nahm die Heizungsanlage des Vermieters Schaden.

Das OLG hat eine Ersatzpflicht mangels Informationsanspruch des mittelbar betroffenen Hauseigentümers verneint. Eine solche Verpflichtung ergebe sich auch nicht aus dem mit dem Vermieter geschlossenen Hausanschlussvertrag. Das könnte man sicher auch anders sehen - zwischen Vertragsparteien gelten nach § 242 ja auch gewisse Schutzpflichten.

<sup>250</sup> Siehe Anm. I) zu § 2

<sup>251</sup> Zu der untergerichtlichen Rechtsprechung vgl. exemplarisch: pro *Versorger*: LG Gera, NJW-RR 1998, 1466; LG Frankfurt a.M. im direkten Anschluss; AG Jena NZM 1999, 123 (Einsender und Autor der Leitsätze ist bezeichnenderweise Herr Dr. *Hempel*, der bereits häufig erwähnte Hauptkommentator von *Ludwig/Odenthal*); pro Mieter: LG Aachen NJW-RR 1988, 1522.

<sup>252</sup> WuM 1998, 646

Diese können zwar grundsätzlich mit Mietforderungen aufrechnen, haben aber ihrerseits (in der Regel) bereits Miet- und Nebenkostenzahlungen an den Vermieter erbracht. Die Aufrechnung ist also nur gegenüber zukünftigen Forderungen denkbar. Ob diese Forderungen ihrerseits in vollem Umfang gerechtfertigt sind, würde sich erst in Zukunft herausstellen. Den Mietern wird also ihrerseits entweder das Druckmittel eines Zurückbehaltungsrechts genommen oder sie bleiben auf ihren uneinbringlichen „Ersatz“forderungen aus § 267 BGB sitzen<sup>253</sup>.

Zudem ist zu bedenken, dass aus Sicht der Versorger eben nicht nur die Zahlung der zukünftigen Nebenkosten sichergestellt sein muss, sondern auch die Begleichung aufgelaufener alter Rechnungen. Dies dürfte in vielen Fällen bei den Mietern zu eigenen Liquiditätsschwierigkeiten führen. Im Extremfall müssen einzelne Mieter auch noch die Anteile ihrer Mitmieter mit finanzieren, eventuell gar Zinskosten aufwenden. Das wiederum sprengt nun vollends das Gefüge der Insolvenzrisikoverteilung: Die Mieter haben *untereinander* nicht kontrahiert, sie bilden keine rechtliche Risikogemeinschaft<sup>254</sup>.

Für die Mieter bietet sich auch noch ein anderer argumentativer Ansatz, nämlich die Besitzstörung. Dieser Ansatz wird von *Schmitz-Justen* ausführlich dargestellt<sup>255</sup>: „Eine Besitzstörung ist eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung des unmittelbaren Besitzers im ruhigen Genuße des Besitzes in der Weise, dass der befriedete Zustand in einen solchen der Rechtsunsicherheit verwandelt wird, ohne dass der Besitz entzogen wird.“ Die Einstellung der Wasserversorgung entzieht dem Mieter einen erheblichen Teil der durch die Wohnungsinnehabung vermittelten Lebensqualität. Die Gegenauffassung verkennt, wie *Schmitz-Justen* zutreffend feststellt, „dass es sich bei der Wohnung des Mieters nicht um eine bloße Ansammlung von Räumen handelt, sondern um eine Wohnung. Ihr Besitz schließt die Bewohnbarkeit ein. Wer diese stört, etwa durch Sperrung der Wasserzufuhr, begeht eine Besitzstörung.“

Auch der Ansatz über eine Schutzwirkung des Vertrages zwischen Vermieter und Versorger zugunsten des Mieters ist nicht so einfach abzutun, wie *Hempel* dies versucht:

Zwar hat der BGH<sup>256</sup> ausgeführt, dass eine solche Schutzwirkung nur eingreifen kann, wenn das Interesse des Dritten nicht bereits durch andere vertragliche Ansprüche voll abgedeckt ist. Aber dem Mieter nützt ein etwaiger Zahlungsanspruch gegen seinen Vermieter im Zweifel nichts (s.o.). Von einer vollen Abdeckung kann daher nicht die Rede sein.

Eine Kompromisslösung wäre, dass die Mieter sich zusammentun, aber nur die *zukünftigen* Nebenkosten direkt an den Versorger bezahlen. Dann vergrößert sich der Schaden des Versorgers nicht. Dies hätte den Vorteil, dass der Hauptansatzpunkt<sup>257</sup> für eine einstweilige Verfügung auf Duldung des Betretens (§ 16 AVBWasserV) gegen den Vermieter zerschlagen würde. Mangels einstweiliger Verfügung könnte der Versorger die Versorgungseinstellung tatsächlich nicht vornehmen. Den Mietern bliebe damit zumindest bis zum Abschluss der Hauptverhandlung gegen

---

<sup>253</sup> *Schmitz-Justen*, WuM 1998, 520 weist zutreffend noch darauf hin, dass § 267 BGB nur eingreift, wenn der Schuldner nicht widerspricht. Der Vermieter könnte hier aber durchaus auf diese Idee kommen. Vielleicht hegt er Zweifel an der Rechnungshöhe und zahlt deshalb nicht, vielleicht ist er aber - in einer illiquiden Lage - auch daran interessiert, nicht (auch noch) die Mietzinsansprüche gegen seine Mieter durch die drohende Aufrechnung zu verlieren.

<sup>254</sup> Aus diesem Grund geht auch der vergleichende Hinweis *Hempels* fehl, dass bei Insolvenz des Haushaltsvorstands die einzelnen Familienmitglieder alle unzweifelhaft von der Versorgungseinstellung mitbetroffen sind. Hier lässt sich eine Risikogemeinschaft aus dem Gesetz ableiten, nämlich aus den familienrechtlichen Sorge- und Beistandsbestimmungen.

<sup>255</sup> WuM 1998, 520 ff inklusive zahlreicher Nachweise zum Streitstand.

<sup>256</sup> BGH NJW 1978, 883

<sup>257</sup> Eben regelmässig der Aspekt der fortlaufenden Schadensvertiefung!

den Vermieter die Sperre erspart und sie zahlen lediglich soviel, wie sie auch sonst an Nebenkosten aufzuwenden gehabt hätten.

Im Bereich öffentlicher Versorgung ist die Sperrandrohung ein Verwaltungsakt, der sich mit dem entsprechenden Instrumentarium angreifen lässt (§ 80 VwGO<sup>258</sup>). Die Sperrung ist eine Ermessensentscheidung<sup>259</sup>.

Ob ein zur Durchsetzung der Sperre erforderliches Betretungsrecht per Duldungsverwaltungsakt oder erst im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO herbeigeführt werden kann, ist noch ungeklärt.

### § 34 Gerichtsstand

*1. Der Gerichtsstand für Kaufleute, die nicht zu den in § 4 des Handelsgesetzbuchs bezeichneten Gewerbetreibenden gehören, juristische Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtliche Sondervermögen ist am Sitz der für den Kunden zuständigen Betriebsstelle des Wasserversorgungsunternehmens.*

*2. Das gleiche gilt,*

- a. wenn der Kunde keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat oder*
- b. wenn der Kunde nach Vertragsschluss seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort aus dem Geltungsbereich dieser Verordnung verlegt oder sein Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht bekannt ist.*

### Anmerkungen

Hier wird, soweit zivilprozessual zulässig, eine Gerichtsstandvereinbarung getroffen. Ihr Ziel ist, wenig Kosten für auswärtige Prozesse anfallen zu lassen.

### § 35 Öffentlich-rechtliche Versorgung mit Wasser

*1. Rechtsvorschriften, die das Versorgungsverhältnis öffentlich-rechtlich regeln, sind den Bestimmungen dieser Verordnung entsprechend zu gestalten; unberührt bleiben die Regelungen des Verwaltungsverfahrens sowie gemeinderechtliche Vorschriften zur Regelung des Abgabenrechts.*

*2. Bei Inkrafttreten dieser Verordnung geltende Rechtsvorschriften, die das Versorgungsverhältnis öffentlich-rechtlich regeln, sind bis zum 1. Januar 1982 anzupassen.*

### Anmerkungen

Die Anpassungspflicht für öffentliche Versorgungssatzungen findet ihre Grenze in den zwingenden Verwaltungsverfahrensregelungen und auf Landesrecht beruhenden gemeinde-rechtlichen

<sup>258</sup> Ein Widerspruch hat aufschiebende Wirkung, die Verwaltung kann aber die sofortige Vollziehung anordnen, gegen die dann der Antrag auf Wiederherstellung derselben nach § 80 V VwGO statthaft ist.

<sup>259</sup> Die - nach § 35 AVBWasserV in die Ortsatzung umzusetzenden - tatbestandlichen Voraussetzungen des § 33 AVBV sind natürlich auch hier tatbestandlich und nicht erst auf der Ermessenseite zu überprüfen. Es ist im übrigen zu beachten, dass die öffentliche Hand - bei entsprechender Satzungsregelung und Ermächtigungsgrundlage - Zahlungsansprüche eigenständig auf dem Verwaltungsaktswege titulieren kann. Dieser einfache Weg könnte bei der Ermessensentscheidung einer Liefersperre zu berücksichtigen sein. OLG Hamburg NJW 1988, 1600 und *Huba/Burmeister* NJW 1988, 1657 sehen den Regelungszweck des § 33 darauf beschränkt, den Versorger im Interesse der Allgemeinheit stets leistungsfähig zu halten. *Ludwig/Odenthal* gehen hier weiter: Die Norm diene auch zur Erzwingung zukünftiger Zahlungsmoral. Die Entscheidung dieser Frage ist für die Ermessensentscheidung wichtig. Man könnte ja behaupten, die Ermessensausübung sei deshalb fehlerhaft, weil der Versorger nicht ernsthaft finanziell gefährdet ist.

Vorschriften zur Regelung des Abgabenrechtes. Letztere Grenze ist in einzelnen Bereichen schwierig zu greifen.

Stichwort Hausanschlussbeiträge: § 10 AVBWasserV geht davon aus, dass der Hausanschluss zu den Betriebsanlagen gehört. Nach dem KommunalabgabenG NW dürfen aber ausdrücklich „Anlagenteile, die zur öffentlichen Einrichtung gehören“, nicht mehr in die Hausanschlusskostenrechnung einbezogen werden. Die Auflösung dieses Konflikts ist streitig, soll hier aber nicht weiter dargestellt werden<sup>260</sup>.

*§ 36: Berlinklausel  
gegenstandslos*

*§ 37: Inkrafttreten  
01. April 1980*

---

<sup>260</sup> Vergl. dazu BVerwG Urt.v.06.10.1989, DÖV 1990, 228 = KStZ 1990, 131 mit Anm. Odenthal;

## D. Normenaufstellung

Folgende Normen regeln zurzeit im Wesentlichen die Wasserversorgungswirtschaft:

### EU-Ebene:

1. Richtlinie 2000/ /EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 18. Juli 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik (Wasserrechtsrahmenrichtlinie)
2. Richtlinie 98/83/EG des Rates vom 3. November 1998 über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch (Trinkwasserrichtlinie)
3. Richtlinie 91/271/EWG des Rates vom 21. Mai 1991 über die Behandlung von kommunalem Abwasser (Abwasserrichtlinie)

### Bundesebene:

1. *Gesetze*
  - a) Wasserhaushaltsgesetz (WHG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12.09.1986 (BGBl. I S. 1695, zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.08.1998, BGBl. I S. 2455) Sartorius OrdNr. 845
  - b) Abwasserabgabengesetz (AbwAG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 03.11.1994 (BGBl. I S. 3370), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.08.1998 (BGBl. I S. 2455)
  - c) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Auszug: § 103) vom 27. Juli 1957 (BGBl. I S. 1081) in der Fassung vom 20.02.1990.  
§ 103 GWB wurde durch das Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24.04.1998 (BGBl. I S. 2546) für Elektrizität und Gas, nicht aber für Wasser aufgehoben. Hier gilt nach § 131 VIII GWB n.F. § 103 in der Fassung vom 20.02.1990 fort. Instruktive Kommentierung der alten Fassung in Ludwig/Odenthal Band II, Teil IV.
  - d) Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten bei Menschen (Bundes-Seuchengesetz) in der Neufassung vom 18.12.1979 (BGBl. I S. 2263, berichtigt BGBl. 1980 S.151), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.09.1990 (BGBl. I S. 2018) - im wasserrechtlich relevanten Auszug: §§ 10, 11, 64, 69-71, 80 BSeuchenG.  
Das Bundesseuchengesetz wurde mit Wirkung zum 01.01.2001 ersetzt durch das Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), Abschnitt Wasser (§§ 37- 41 ISG)
  - e) Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz (LMBG) in der Fassung vom 9.9.1997 (BGBl. S. 2296), zuletzt geändert durch das Siebte Gesetz zur Änderung des Arzneimittelgesetzes vom 25.2.1998 (BGBl. I S. 374)



- f) Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates vom 7. Juni 1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt (Art. 1: Umweltinformationsgesetz) vom 08. Juli 1994 (BGBl. I S. 1490)

## 2. Verordnungen

- a) Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV) vom 20.06.1980 (BGBl. I S. 750) [vereinigungsspezifische Änderungen durch Gesetz vom 25.09.1990 (BGBl. I S.2106) - für NRW unerheblich]
- b) Verordnung über Trinkwasser und über Wasser für Lebensmittelbetriebe (TrinkwVO) in der Fassung vom 05.12.1990 (BGBl. I S. 2612), berichtigt am 23. Januar 1991 (BGBl. I S. 227), zuletzt geändert durch Verordnung vom 01.04.1998 (BGBl. I S. 699)
- c) Verordnung zur Novellierung der Trinkwasserverordnung: Verordnung über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch (TrinkwasserVO 2000) - Inkrafttreten: 01. Januar 2003
- d) Verordnung über die Statistik in der öffentlichen Wasserversorgung und im öffentlichen Abwasserwesen vom 22.08.1969 (BGBl. I S. 1437)
- e) Verordnung über wassergefährdende Stoffe bei der Beförderung in Rohrleitungsanlagen vom 19.12.1973 (BGBl. I S. 1946), geändert am 05.04.1976 (BGBl. I S. 915),
- f) Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände (KAE) vom 4.03.1941 (RAnz. Nr. 57 und Nr.120) in der Fassung vom 07.03.1975 (BAnz. Nr. 49) sowie die Ausführungsanordnung zur Konzessionsabgabenanordnung (A/KAE) vom 27.02.1943 (RAnz. Nr. 75) sowie die Durchführungsbestimmungen zur Konzessionsabgabenanordnung (D/KAE) vom 27.02.1943 (RAnz. Nr. 75) gelten auch nach Erlass der KonzessionsabgabenVO vom 01.01.1992 für Wasser fort!  
(abgedruckt in: Münch/Morell/Steinhauer, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 3. Aufl., Stand 2000)

## Landesebene:

### 1. Gesetze

- a) Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (LWG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.06.1995 (GV NW S. 926)  
Hippel/Rehborn OrdNr. 125

### 2. Verordnungen

- a) Verordnung zur Umsetzung der Richtlinie 91/271/EWG des Rates vom 21.05.1991 über die Behandlung von kommunalem Abwasser - vom 30.09.1997 (GV NW S. 372)  
Hippel/Rehborn OrdNr. 125a

- b) Ordnungsbehördliche Verordnung über die Genehmigungspflicht für die Einleitung von Abwasser mit gefährlichen Stoffen in öffentliche Abwasseranlagen (VGS) in der Fassung vom 25.09.1998 (GV NW S. 564), Hippel/Rehborn OrdNr. 125d
  
- c) Mustersatzung zur Lieferung von Wasser aus öffentlicher Hand nach Ludwig/Odenthal (auf der Basis von §§ 2, 6 KAG i.V.m. § 9 GO: Anschluss und Benutzungszwang)

**E. Literaturverzeichnis**

Abend, Kerstin	Berliner Beispiel nachahmenswert? Teilverkauf der Berliner Wasserbetriebe in: AKP 2/2000
Agenda 21	Kapitel 18: Schutz der Güte und Menge der Süßwasserressourcen: Anwendung integrierter Ansätze zur Entwicklung, Bewirtschaftung und Nutzung der Wasserressourcen
Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände / Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände (BVZV)	Stellungnahme zum vorläufigen Thesenpapier: „Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung“ des BMWi, <a href="http://www.agv.de">www.agv.de</a> -> Politik -> Ernährung, Gesundheit, Umwelt: Liberalisierung des Wassermarktes - Risiko für Gesundheit und Umwelt
Baur, Jürgen/ Herrmann, Bodo	Vom gebundenen Abnehmer zum unabhängigen Kunden - Auswirkungen der Energierechtsnovelle für den Verbraucher; BB 2000, Beilage 6, 10 ff
Bender, Michael u.a.	„Positionspapier zur Liberalisierung und Privatisierung in der Wasserwirtschaft“ des Netzwerks UNSER Wasser
Böge, Ulf	Markteintritt mit Hindernissen - Kartellrechtliche Probleme für die neuen Stromanbieter; AgV Forum 2001, 53 ff
Bontjer u.a.	„Positionspapier zur Liberalisierung und Privatisierung“ des AK Liberalisierung der Arbeitsgruppe West des BGW
Böwing, Andreas/ Rosin, Peter	Aktuelle Probleme der Gestaltung von Stromlieferverträgen; ET 2000, 74 ff
Brackemann, Holger	Umweltaspekte einer Liberalisierung der Wasserwirtschaft in Deutschland; anlässlich: International Conference „Environmental Aspects of Privatising Water Services in Germany“ Berlin 20./21. November 2000
Bub, Wolf-Rüdiger/ Treier, Gerhard	Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3., überarbeitete Auflage München 1999

Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit	Entwurf einer BMU-Broschüre zum Thema: „Umweltaspekte einer Privatisierung der Wasser- ver- und Abwasserentsorgung in Deutschland“ nebst Stellungnahmen von: - Michael Beckereit, Eurawasser, Berlin - Nikolaus Geiler, Nundesverband Bürgerinitiativen Umweltschutz - Roland Hartung, MVV-Energie AG, Mannheim - Thomas Mecke; Berlinwasser Holding AG - H. Mehlhorn, Zweckverband Bodensee- Wasserversorgung, Stuttgart - Christian Frhr.v. Steinaecker, Wasserverbands- tag e.V. , Hannover, Bonn, November 2000
Bundeswirtschaftsministerium	Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasser- wirtschaft Vorläufiges Thesenpapier: Stand 21. Februar 2001
Bündnis 90/ Die Grünen	Positionspapier der Bundestagsfraktion: Nachhaltige Wasserwirtschaft im Zeichen von Liberalisierung und Privatisierung; Fraktionsbeschluss vom 10.10.2000
Daiber, Hermann	Wasserpreise und Kartellrecht - Zur Fortentwick- lung der Missbrauchsaufsicht über Wasserver- sorgungsunternehmen; VIK-Mitteilungen 2000, 78 ff
Derleder, Peter	Ökologische Vertragsgestaltung zwischen Ver- mieter, Mieter und Versorgungsträger; N ZM 1999, 729 ff
Ebel, Hans-Rudolf	Preisgestaltung im neuen Energiewirtschaftsrecht; BB 2000, Beilage 6, 15 ff
Ebel, Hans-Rudolf	Elektrizitäts- und Gasversorgungsbedingungen für kaufmännische Sonderabnehmer; BB 1980, 477 ff
Emmerich, Volker	Die Neuregelung der AVB; Energiewirtschaft 1980, 110 ff
Engelhardt, Torsten	Kampf ums Wasser FTD vom 20.03.2000
Erichsen, Hans-Uew	Kommunalrecht des Landes NRW; 2. Auflage Siegburg 1997
European Environmental Bureau (Hrsg.) Autoren: Klaus Lanz und Stefan Scheuer	Handbuch zur EU Wasserpolitik im Zeichen der Wasser-Rahmenrichtlinie

Fleischle, Frank u.a.	Pressemitteilung zur Kienbaum-Studie zur Auswirkung der Liberalisierung
Geiler, Nikolaus u.a.	Eine „Optimierungskampagne“ für die kommunale Wasserwirtschaft als Alternative zur Privatisierung und „Liberalisierung“ des „Wassermarktes“
Giefers, Patrick	Durchleitung und einstweilige Verfügung; ET 1999, 481 ff
Giermann, Heiko	Der diskriminierungsfreie Durchleitungsanspruch gemäß § 6 Abs. 1 EnWG und die Verweigerung der Durchleitung in der Praxis
Hanse-Wasser	Darstellung des Public-Private-Partnership <a href="http://www.hansewasser.de">www.hansewasser.de</a>
Hamburg	Informationsblock zum Thema Wohnungswasserzähler
Heidemann-Peuser, Helke	Neu am Markt mit alten Tricks - Die AGB der Stromanbieter auf dem liberalisierten Strommarkt; AgV-Forum 2001, 47 ff
Hempel, Dietmar	Schutz der Mieter gegen die Einstellung der zentralen Energie- und Wasserversorgung bei Leistungsstörungen und Abwehrmöglichkeiten gegen die Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 BGB? WuM 1998, 646 ff
Herrman, Bodo/ Dick, Claudia	Die Bündelung der Stromnachfrage als kartell- und energierechtliches Problem; Baden Baden 2000
Hesler, Wolfdieter v.	Rechtsfragen der Fernwärmeversorgung; ET 1986, 70 ff
Heymann, Erich	Wasserwirtschaft im Zeichen von Liberalisierung und Privatisierung; Gutachten der „Deutsche Bank Research“ vom 25. August 2000 (Nr. 176)
Horn, Norbert	Vertragsbindung unter veränderten Umständen - zur Wirksamkeit von Anpassungsregelungen in langfristigen Verträgen; NJW 1985, 1118 ff
Huba, Hermann/ Burmeister, Thomas	Gleichbehandlung durch öffentliche Versorgungsunternehmen; NJW 1989, 1657 ff
Institut für sozial-ökologische Forschung (ISOE) GmbH Autoren: Thomas Kluge, Alexandra Lux und Engelbert Schramm	Marktöffnung in der Trinkwasserversorgung - Entwicklung von Verbraucherschutzpositionen Gutachten vom 11. April 2001

Kionka, Tom	Im Kreuzfeuer der Kritik: Die neue TrinkwasserVO; UmweltMagazin in September/Oktober 2000, 24 ff
Klein, Wolfgang	Die Zahlung von Energieabrechnungen unter Vorbehalt; RdE 1990, 46 ff
Kluge, Thomas	Wenn Wasser zum „normalen“ Wirtschaftsgut wird (Wiedergabe des FAZ-Artikels vom 05.01.2000)
Kommission der Europäischen Ge- meinschaften	Mitteilung der Kommission: Leistungen der Da- seinsvorsorge in Europa; KOM(2000) 580; Brüssel, den 20.09.2000
Kraus, Michael/ Turgoose, Bob	Entwicklungen bei wettbewerblichen Strommärkten - Reformbedarf in England/Wales und Deutsch- land; ET 1999, 64 ff
Kühne, Gunther	Die Rolle des Staates im neuen Energiewirtschafts- recht; BB 2000, Beilage 6, 4 ff
Lattmann, Jens	Daseinsvorsorge contra Wettbewerb; Kommunalwirtschaft 2000, 512 ff
Leist Hans-Jürgen/ Magoulas, Georgios	Die Preisstruktur ist nicht sozialverträglich - Vom Umgang mit der Ressource Trinkwasser in Deutschland; Frankfurter Rundschau vom 22.12.2000
Lohse, Andreas	Betriebskosten Artikel im tagesspiegel.de/archiv/2000/06/16
Ludwig, Wolfgang/ Odenthal, Hans	Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserver- sorgung Stand: 62. Lieferung Dez. 2000 zit: Ludwig/Odenthal
Ludwig, Wolfgang/ Odenthal, Hans	Recht der öffentlichen Wasserversorgung zit: Ludwig/Odenthal, Recht der öffentlichen Was- serversorgung
Lukes, Rudolf	§ 315 BGB bei dem Energieliefervertrag (Elektrizität) zwischen EVU und Tarifabnehmer; BB 1985, 2258 ff
Lukes, Rudolf	Richtlinienkonformität der Netzzugangsregelung im Neuregelungsgesetz; ET 1999, 80 ff
Lukes, Rudolf	Die Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts; BB 1998, 1217 ff
Martinek, Michael	Langfristige Laufzeitklauseln als Wettbewerbs- instrumente in Gasversorgungsverträgen; BB 1989, 1277 ff

Micklitz, Hans-W./ Rott, Peter	Die rechtliche Stellung des Verbrauchers bei der Durchleitung von Strom; VuR 2000, 389 ff
Möschel, Wernhard	Strompreis und kartellrechtliche Kontrolle; WuW 1999, 5 ff
Münch, Paul/ Morell, Klaus-Dieter/ Steinhauer, Bernd	Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben 3. Auflage Wiesbaden, Stand 2000
MUNLV NRW	Zuständigkeitsliste Gewässerschutz
ÖTV	Bewertung des vorläufigen Thesenpapiers zum BMWi-Forschungsvorhaben (11/00) „Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserwirtschaft“
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch 60., neubearbeitete Auflage München 2001
Pencereci, Turgut	Privatisierung öffentlicher Aufgaben und Kommunalabgabenrecht - das Beispiel Abwasserentsorgung; NordÖR 1998, 220 ff
Reinholz, Hans	Die rechtliche Einordnung des Energieliefervertrages; RdE 1999, 64 ff
Riechmann, Christoph	Netznutzungsentgelte - Kontrolle im liberalisierten Energiemarkt; VIK-Mitteilungen 2000, 2 ff
Röhl, Matthias	Der Anspruch auf Direktabrechnung des Wasserbezugs zwischen Mietern und Versorgern; NZM 1999, 101 ff
Rossi, Matthias	Das Umweltinformationsgesetz in der Rechtsprechung - ein Überblick; UPR 2000, 175 ff
Sächsisches Staatsministerium für Umwelt und Landwirtschaft	Pressemitteilung: Wasser und Abwasser: Staatsregierung schafft Voraussetzungen für Privatisierung <a href="http://www.sachsen.de">www.sachsen.de</a>
Schmitter, Philippe	Introducing the debate for a conference in Florence on „Achieving sustainable and innovative policies through participatory governance in a multi-level context“

Schmitz-Justen, Ursula	Zum Problem der Liefersperre des Versorgungsunternehmens für Wasser, Gas, Elektrizität oder Fernwärme bei Zahlungsrückständen des Vermieters von Wohnraum; WuM 1998, 520 ff
Schoch, Friedrich	Privatisierung von Verwaltungsaufgaben; DVBI 1994, 962 ff
Scholtka, Boris	Das Konzessionsabgabenrecht nach der Reform des Energiewirtschaftsrechts; RdE 1999, 184 ff
Schramm, Engelbert u.a.	Rationelle Wasserverwendung in privaten Haushalten
Schulze, Olaf	Die Haftung der Versorgungsnetzbetreiber und deren Drittschädiger bei Schädigung von Netzkunden durch Verursachung von Störungen und Unterbrechungen der Elektrizitätsversorgung durch die Drittschädiger; ZNER 2000, 194 ff
Schweers, Elmar	Vertragsbeziehungen und Haftung im novellierten Energiewirtschaftsrecht Dissertation Köln 2000
Seifert, Andreas	Aktuelle Rechtsfragen aus dem Bereich der Wasserversorgungsrechts; R+S 1993, 13 ff und R+S 1994, 5 ff
SPD-Bundestagsfraktion	Pressemitteilung der AG Nachhaltige Entwicklung: „Klare Botschaft aus Brüssel: Keine Liberalisierung des Wassermarktes“, 13.12.2000
Steckert, Uwe	Wieviel „Stadt“ brauchen die Stadt-Werke? Der Städtetag 2000, 24 ff
Steuer, W.	Aufgaben und Erfahrungen der Überwachungsbehörden bei der Durchführung der Trinkwasserverordnung; in: Die Trinkwasserverordnung- Einführung und Erläuterungen für Wasserversorgungsunternehmen und Überwachungsbehörden; S. 62 ff 3. Auflage; Berlin 1991
Theobald, Christian/ Zenke, Ines	Aktuelle Rechtsprechung zu Fragen der Nutzung von Stromnetzen; VuR 2000, 405 ff
Ulmer, Peter/ Brandner, Hans Erich/ Hensen, Horst-Diether	AGB-Gesetz 9. umfassend überarbeitete Auflage Köln 2001
Umweltbundesamt	Alles Gute aus dem Wasserhahn; Presse-Info Nr. 42/2000 zur neuen DIN 2000 „Leitsätze für Anforderungen an Trinkwasser“



Umweltbundesamt	Pressemitteilung zur Studie „Wasserpreise in Deutschland nicht außergewöhnlich hoch“ (1998)
Umweltbundesamt	„Tierarzneimittel in der Massentierhaltung können Boden und Grundwasser belasten“, Pressemitteilung 47/00
Umweltbundesamt (Holger Brackemann u.a.)	„Liberalisierung der deutschen Wasserversorgung - Auswirkungen auf den Gesundheits- und Umweltschutz, Skizzierung eines Ordnungsrahmens für eine wettbewerbliche Wasserwirtschaft“, Berlin, November 2000; nebst Pressemitteilung 44/2000 vom 15.11.2000 und Kurzzusammenfassung, <a href="http://www.umweltbundesamt.de/wasser">www.umweltbundesamt.de/wasser</a>
Verband kommunaler Unternehmen	Anmerkung zur BMU-Fachtagung zu Umweltaspekten der Privatisierung der Wasserwirtschaft (21.11.2000)
Verbraucher Initiative	Wasser ist anders (Artikel vom 18.11.2000)
Verbraucher-Zentrale NRW	Positionspapier der Verbraucher-Zentrale NRW zur Anhörung „Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge“ des Ausschusses für Europa- und EinWelt-Politik des Landtags Nordrhein-Westfalen am 31. Januar 2001 <a href="http://www.vz-nrw.de">www.vz-nrw.de</a> →Dokumente→öff. Daseinsvorsorge
Wichmann, Peter	Sonderabnehmerverträge über Elektrizität und AGB-Gesetz; insbesondere die Problematik der Eigenanlagen und der Preisgleitklauseln; ZIP 1983, 393 ff
Wolf, Manfred/ Horn, Norbert/ Lindacher, Walter	AGB-Gesetz 4., völlig neubearbeitete Auflage 1999 München 1999
Wolfers, Benedikt	Privatisierung unter Wahrung der öffentlich-rechtlichen Rechtsform: Der Modellfall Berliner Wasserbetriebe; NVwZ 2000, 765 ff
Wummel, Jürgen	Quo vadis, Wasserwirtschaft? WWT (Wasserwirtschaft und -technik) 6/2000



## **Zusammenfassung des rechtlichen Gutachtens der Verbraucher-Zentrale NRW**

### **Einführung**

Die Betrachtung der gegenwärtigen Rechtslage im Wasserbereich und der Vergleich zu den Entwicklungen im liberalisierten Strommarkt zeigen, dass es bei einer Liberalisierung - aber auch schon im Bereich der Privatisierung - einer erheblichen normativen Anpassung zum Schutze der Verbraucher bedarf.

### **Zur Privatisierung**

Die AVBWasserV n.F., 1980 bei ihrer Einführung noch als erhebliche Verbesserung für die Belange der Verbraucher gelobt, muss der Tatsache angepasst werden, dass eine ganze Reihe von versorgerfreundlichen Regeln sich nur dadurch legitimieren lassen, dass die Versorgung in der öffentlichen Hand liegt bzw. von kommunal beherrschten privatrechtlichen Unternehmen vorgenommen wird, noch dazu in einem monopolistisch strukturierten Markt.

Die hieraus sich ergebende demokratische Legitimation und Kontrolle wird immer weiter zurück gedrängt, je weiter sich die Kommune aus dem Versorgungsgeschehen zurückzieht. Es muss die Frage gestellt werden, ob Bereiche der Daseinsvorsorge wie die Wasserversorgung vollständig in die Hand Privater entlassen werden dürfen. In einem so zentralen Bereich wie der Wasserversorgung darf die Bindung des öffentlichen Versorgers insbesondere an die Grundrechte (Menschenwürde, Recht auf Unversehrtheit der Wohnung), an das Sozialstaatsprinzip, aber ganz konkret auch an die Amtshaftungsgrundsätze (§ 839 BGB, 34 GG) nicht leichtfertig in Frage gestellt werden.

Zumindest eine rudimentäre Kontrolle muss fortbestehen, gepaart mit der Verpflichtung der Kommune, bei einem Versagen des privaten Anbieters die entstehende Versorgungslücke zu kompensieren. Die dafür vorzuhaltenden Mittel sind aus dem Privatisierungserlös zu entnehmen und dürfen keinesfalls dazu führen, dass die Verbraucher nunmehr die (schlechte) Wahl der Kommune bei der Privatisierung durch erhöhte Gebühreuzahlungen ausgleichen müssen.

Um dem Verlust der demokratischen Kontrolle entgegenzuwirken, müssen den Verbrauchern weitergehende Partizipationsmöglichkeiten eingeräumt werden. Dies gilt zunächst für den Akt der Privatisierung als solcher. Zu denken ist an eine ähnliche Prozedur wie beim Erlass eines Bebauungsplans. Sodann könnte das Umweltinformationsgesetz von seinem Anwendungsbereich dergestalt auch auf die privaten Anbieter erstreckt werden, dass diese jedem einzelnen Verbraucher hinsichtlich ihrer Umweltdaten Rede und Antwort stehen müssen. Abgesehen von einer gesetzgeberischen Verpflichtung kann nur durch einen solchen Zwang zur Öffentlichkeit ein so großer Rechtfertigungsdruck erzeugt werden, dass auch private Anbieter sich in der Umwelt engagieren (z.B. die Kooperation mit den Landwirten vor Ort fortsetzen).

Rein privatrechtliche Anbieter werden den Geboten der Ökonomie folgend, einen möglichst hohen Gewinn erzielen wollen. Insbesondere steht zu befürchten, dass sie bei der Preisbildung das Kostendeckungsprinzip der öffentlichen Hand verlassen werden. Es ist darauf hinzuwirken, dass die Kommunen die privaten Anbieter in den Privatisierungsverträgen möglichst eng an dieses

Preisbildungsprinzip anbinden. Um Unklarheiten zu beseitigen, sollte der Gesetzgeber regeln, ob überhaupt und inwieweit private Anbieter über die Eigenkapitalverzinsung hinaus Gewinne erwirtschaften dürfen.

Allgemein steht zu befürchten, dass die privaten Versorger zwar auf Privilegierungen in der AVB beharren werden, privatrechtliche Gestaltungsspielräume aber voll ausschöpfen werden. Dies gilt nicht nur für die Ausschöpfung der Grenzwerte der TrinkwasserVO statt Einhaltung des Minimierungsgebotes, sondern z.B. auch für die Berufung auf die zwischen den Parteien beschränkte Rechtskraftwirkung bei einer zivilgerichtlichen Preiskorrektur.

Um die privaten Anbieter daran zu hindern, den informellen Konsens des Minimierungsgebotes zu unterwandern, sollte dieses Kriterium zum „muss“-Kriterium erhoben werden. Preiskorrekturentscheidungen im Bereich der Daseinsvorsorge könnten mit einer verallgemeinernden Rechtskraftwirkung versehen werden.

### **Zur Liberalisierung**

Die für eine Liberalisierung des Wassermarkts erforderlichen gesetzlichen Rahmenbedingungen bestehen noch nicht.

Es muss insbesondere eine ausdrückliche Regelung geschaffen werden, welchen Anbieter am Markt die allgemeine Versorgungspflicht trifft.

Die Durchleitung muss detailliert geregelt werden. Insbesondere ist darüber nachzudenken, ob der verhandelte Netzzugang angesichts der problematischen und schleppenden Umsetzung der Anbieter im Strom- und Gasbereich noch das Mittel der Wahl ist. Zumindest muss eine verbindliche Frist zur Umsetzung festgelegt werden. Verstreicht diese fruchtlos, so muss eine Regulierungsbehörde eingesetzt werden. Dem Verbraucher muss ein individueller Anspruch auf den Abschluss eines Netzdurchleitungsvertrages gegeben werden, um zusätzlichen Umsetzungsdruck zu erzeugen.

Anders als im Strombereich ist auch eine Regelung für den Mindestdurchsatz zu treffen. Es kann nicht angehen, dass sich einige Anbieter lukrative Großkunden herauspicken und aufgrund des zu geringen Netzdurchflusses der allgemeine Anbieter daraufhin das Wasser verchloren muss.

Im liberalisierten Markt stellt sich die Frage, ob die AVBWasserV, die für eine solche Entwicklung gar nicht konzipiert war, noch haltbar ist. Mit guten Gründen lässt sich zunächst vertreten, dass es auch im Wasserbereich „Sonderkunden“ gibt, deren Verträge einer (zumindest eingeschränkten) Überprüfung durch das AGBG unterliegen. Sodann sind zahlreiche Privilegierungen der AVBWasserV auf den monopolistischen Markt mit einer entsprechenden Versorgungspflicht zugeschnitten. Für neue Marktteilnehmer, die dieser Pflicht nicht unterliegen, lassen sich diese Privilegierungen zumeist nicht rechtfertigen. Die Insolvenz eines Anbieters, der nur wenige Kunden beliefert, würde die Wasserversorgung als solche nicht beeinträchtigen. Warum sollte er also seinen Kunden z.B. Aufrechnungsverbote und Haftungsbeschränkungen auferlegen dürfen? Die Aufspaltung der AVB in eine AVBDurchleitung, die den Netzbetreiber als allgemeinen Versorger (in Maßen) privilegiert, und eine AVBLieferung, wie sie zurzeit im Strombereich diskutiert wird, ist daher naheliegend.

Im übrigen darf der Verbraucher nicht dadurch benachteiligt werden, dass ihm auf einmal mehrere Anbieter gegenüberstehen, von denen jeder potenziell das Wasser eines ganzen Netzes verunreinigen könnte. Hier müssen die Anbieter dem Verbraucher als Haftungsgemeinschaft gegenüberstehen. Nur so kann das Risiko vermieden werden, dass der Verbraucher hinterher den

tatsächlichen Schädiger nicht nachweisen kann und damit insgesamt mit seinem Schaden ausfällt.

Hinsichtlich der Preiskalkulation ist schließlich festzustellen, dass bei einer „Konkurrenz im Markt“ die Kalkulationsdaten - berechtigterweise - nicht mehr in einem Maße publik gemacht werden können, als dies - im Rahmen der demokratischen Kontrolle - bei einem von der Kommune getragenen Unternehmen der Fall war. Dieser Einwand ist auch im einen zivilrechtlichen Preiskorrekturprozess zu erwarten, so dass wohlmöglich eine Preiskorrektur nur noch per kartellbehördlicher Missbrauchskontrolle stattfinden kann. Hier bleibt der Verbraucher außen vor, weil die kartellrechtlichen Normen ihm keine individuelle Initiativrechte einräumen. Ein solches individuelles Antragsrecht würde die Stellung des Verbrauchers weiter stärken.