

Unwirksamkeit von Abwassergebührensätzen wegen Verstoßes gegen die Pflicht zum fristgerechten Ausgleich von Über- oder Unterdeckungen

Normen:

NKAG 2 I 3; NKAG 5 II 3; NKAG 5 II 4

Suchworte:

Abwassergebühr; Ausgleich; Betriebsführung; Einrichtung, öffentliche; Fehlertoleranzgrenze; Fremdleistungsentgelt; Fremdwasser; Gebührenperiode; Gebührensatz; Geringfügigkeit; Gewinnzuschlag, kalkulatorischer; Kalkulation; Preisprüfungsrecht; Selbstkostenerstattungspreise; Selbstkostenfestpreise; Sondergebühr; Überdeckung; Unterdeckung; Unternehmerwagnis, allgemeines; Wagniszuschlag

Leitsätze/-sätze:

- 1. Fehler bei der Entscheidungsfindung über einen fristgerechten Ausgleich nach § 5 Abs. 2 Satz 3 NKAG führen dazu, dass nach Ablauf der Ausgleichsfrist die Gebührensätze im dritten, ausgleichspflichtigen Jahr unwirksam sind. Hierfür kommt es nicht darauf an, in welcher Höhe sich ein eventueller Ausgleich auf die Höhe des Gebührensatzes ausgewirkt hätte, also ob der Gebührensatz bei einer fehlerfreien Ausgleichsentscheidung im Ergebnis nur geringfügig überhöht wäre bzw. unterhalb einer Fehlertoleranzgrenze läge.**
- 2. Betreibt ein kommunaler Einrichtungsträger jeweils eine eigenständige öffentliche Einrichtung für die Schmutz- und die Niederschlagswasserbeseitigung, sind in der Kalkulation für die Schmutz- und die Niederschlagswassergebühr auch die grundsätzlich als Fremdleistungen gemäß § 5 Abs. 2 Satz 4 NKAG gebührenfähigen Betriebsführungskosten für jede öffentliche Einrichtung separat auszuweisen und nachvollziehbar aufzuschlüsseln, selbst wenn sich die Betriebsführung auf die Abwasserbeseitigung insgesamt, also auf den Betrieb beider öffentlichen Einrichtungen erstreckt.**
- 3. Ein Wagniszuschlag in Höhe von 3 % auf die mit der betriebsführenden Eigengesellschaft vereinbarten Selbstkostenerstattungspreise ist nicht gebührenfähig.**

Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht
Urteil vom 17.07.2012 - 9 LB 187/09

Die Klägerin begehrt im Berufungsverfahren die Aufhebung von zwei Gebührenbescheiden der Beklagten, mit denen sie zu Gebühren für die Schmutz- und Niederschlagswasserbeseitigung in den Jahren 2006 und 2007 herangezogen wurde.

Mit Bescheid vom 20. Januar 2006 setzte die Beklagte gegenüber der Klägerin zunächst für den Zeitraum ab dem 1. Januar 2006 u. a. für eine auf ihrem Grundstück (D. in E.) bezogene Wassermenge von 260 m³ eine Schmutzwassergebühr in Höhe von 452,40 Euro und für eine zu entwässernde Fläche von 134 m² eine Niederschlagswassergebühr in Höhe von 107,16 Euro fest (insgesamt 559,56 Euro).

Die Beklagte betreibt nach Maßgabe ihrer Satzung über die Abwasserbeseitigung (Abwasserbeseitigungssatzung) vom 17. Dezember 2002 - ABS - zur Beseitigung des in ihrem Entsorgungsgebiet anfallenden Abwassers jeweils eine rechtlich selbständige Anlage zur zentralen Schmutzwasserbeseitigung, eine rechtlich selbständige Anlage zur zentralen Niederschlagswasserbeseitigung und eine rechtlich selbständige Anlage zur dezentralen Schmutzwasserbeseitigung als eigenständige öffentliche Einrichtung (vgl. § 1 Abs. 1 ABS). Gemäß § 1 Abs. 2 ABS bedient sie sich zur Erfüllung ihrer Abwasserbeseitigungspflicht unter Bezugnahme auf § 149 Abs. 9 NWG a. F. der Stadtwerke Osnabrück AG, die namens und im Auftrag der Beklagten die sich aus dem Niedersächsischen Wassergesetz und dieser Satzung ergebenden Rechte und Pflichten im Rahmen der Abwasserbeseitigung wahrnimmt. Nach § 1 der Satzung der Beklagten vom 15. Dezember 1992 über die Erhebung von Beiträgen, Gebühren und Kostenerstattungen für die Abwasserbeseitigung (Abgabensatzung für die Abwasserbeseitigung) in der zuletzt geänderten Fassung vom 21. September 2004 - AAS 2004 - erhebt die Beklagte nach Maßgabe dieser Satzung neben Abwasserbeiträgen und Kostenerstattungen für Grundstücksanschlüsse auch Benutzungsgebühren für die Inanspruchnahme "der zentralen öffentlichen Abwasseranlage" (Abwassergebühren). Die Abwassergebühr wird gemäß § 12 Abs. 1 AAS 2004 für Schmutzwasser, Niederschlagswasser und sonstiges in die Kanalisation eingeleitetes Wasser (z. B. Drainagewasser, Grundwasser) getrennt und nach verschiedenen Maßstäben berechnet. Die jährlichen Gebührensätze für die Schmutz- und Niederschlagswasserbeseitigung werden nach § 13 AAS 2004 vor Beginn eines jeden Haushaltsjahres für das kommende Jahr vom Rat der Stadt durch besondere Satzung festgesetzt.

Mit der am 13. Dezember 2005 beschlossenen Satzung über die Höhe der Gebühren für die Benutzung der Abwasserbeseitigung für das Haushaltsjahr 2006 (bekannt gemacht im Amtsblatt für die Stadt Osnabrück vom 23. Dezember 2005) legte der Stadtrat der Beklagten entsprechend der Beschlussvorlage Nr. 6776 die Gebühren für die Ableitung häuslicher und

gewerblicher Schmutzwasser auf 1,74 Euro/ m³ und für die Ableitung des Niederschlagswassers auf 0,80 Euro/m² fest.

Mit ihrer Klage vom 25. Januar 2006 hat die Klägerin erstinstanzlich die Aufhebung des Bescheides vom 20. Januar 2006 begehrt, soweit damit eine Abwassergebühr in Höhe von 559,56 Euro festgesetzt wurde. Sie hat die Klage im Wesentlichen mit Mängeln der Gebührenkalkulation, insbesondere im Hinblick auf die auf der Grundlage des Betriebsführungsvertrages mit den Stadtwerken Osnabrück AG eingestellten Kosten begründet. Die Übertragung der Betriebsführung auf die Stadtwerke Osnabrück AG sei ohne Ausschreibung auch nicht zulässig gewesen.

Unter dem 24. Januar 2007 hat die Klägerin ihre Klage auf den zwischenzeitlich erlassenen Bescheid der Beklagten vom 19. Januar 2007 erweitert, mit dem ihr gegenüber ab dem 1. Januar 2007 u. a. auf der Grundlage der Satzung der Beklagten vom 12. Dezember 2006 über die Höhe der Gebühren für die Benutzung der Abwasserbeseitigung für das Haushaltsjahr 2007 eine Abwasserbeseitigungsgebühr für 390 m³ Schmutzwasser in Höhe von 698,10 Euro festgesetzt worden war und für 134 m² zu entwässernde Fläche eine Niederschlagswassergebühr in Höhe von 115,24 Euro (insgesamt 813,24 Euro). In diesem Zusammenhang hat die Klägerin zusätzlich zum bisherigen Vortrag die in Ansatz gebrachte Abwassermenge gerügt und angegeben, dass wegen der teilweisen Nutzung von Frischwasser zum Zwecke der Gartenbewässerung die angegebene bezogene Wassermenge zu reduzieren sei.

In der mündlichen Verhandlung des Verwaltungsgerichts vom 20. November 2007 hat die Klägerin angegeben, im Frühjahr 2006 vermehrt Wasser zum Befüllen eines neu angelegten Gartenteichs verbraucht zu haben. Der im Juli 2006 eingebaute Wasserzähler habe nunmehr einen Zählerstand von 222,30 m³, woraus sich eine jährliche Absetzung von 140 m³ ergebe. Die Beklagte hat sich daraufhin bereiterklärt, die nachzuweisenden 222,30 m³ jeweils anteilig für den streitgegenständlichen Bescheid für 2007 und den Bescheid, der für das Jahr 2008 ergehen werde, anzurechnen. Im Hinblick darauf haben die Beteiligten den Rechtsstreit insoweit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt.

Der Kläger hat im Übrigen beantragt,

die Bescheide der Beklagten vom 20. Januar 2006 und 19. Januar 2007 aufzuheben, soweit darin Gebühren für Schmutz- und Niederschlagswasserbeseitigung festgesetzt worden sind.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Verwaltungsgericht - 1. Kammer - hat daraufhin mit dem angefochtenen Urteil vom 20. November 2007 das Verfahren eingestellt, soweit es die Beteiligten in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, und die Klage im Übrigen abgewiesen. Zur Begründung im Einzelnen wird auf die Entscheidungsgründe des Urteils verwiesen.

Mit Änderungsbescheid vom 22. November 2007 reduzierte die Beklagte die Festsetzung der Schmutzwasserbeseitigungsgebühr für das Jahr 2007 gegenüber der Klägerin auf 499,41 Euro und legte dabei eine Schmutzwassermenge von nur noch 279 m³ zugrunde.

Auf den Antrag der Klägerin vom 4. Januar 2008 hat der Senat mit Beschluss vom 16. Oktober 2009 - 9 LA 5/08 - die Berufung wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils zugelassen.

Im Berufungsverfahren macht die Klägerin geltend, dass die Gebührenkalkulationen für die Jahre 2006 und 2007 schon deshalb fehlerhaft seien, weil keine einrichtungsbezogene Personalkostenaufschlüsselung erfolgt sei, aus der sich entsprechend den Ausführungen des Senats im Zulassungsbeschluss ergebe, welche Personalkosten bei der Stadtwerke Osnabrück AG im Bereich Schmutzwasser und welche im Bereich Niederschlagswasser angefallen seien. Sie gehe davon aus, dass eine einrichtungsbezogene Personalkostenaufschlüsselung bis heute nicht existiere. Im Hinblick auf die von der Beklagten im Berufungsverfahren nachgereichte Personalkostenaufschlüsselung rügt die Klägerin, dass Vollzeit- und Halbzeitstellen nicht ausdifferenziert und Personen nicht namentlich benannt würden. Außerdem werde die Straßen- und Oberflächenentwässerung nicht ausgegliedert. Die Beklagte sei gehalten, im Einzelnen das Personal anzugeben, welches (ganz oder teilweise) für die Abwasserbeseitigung bei den Stadtwerken tätig sei. Dabei sei eine Feindifferenzierung in die Bereiche Schmutzwasserbeseitigung, Oberflächenwasser und Straßenentwässerung vorzunehmen. Gleiches gelte für die Personalkostenangaben betreffend Mitarbeiter der Beklagten. Ferner seien die Ausführungen des Verwaltungsgerichts fehlerhaft, soweit es den Ansatz eines Wagniszuschlages in Höhe von 3 % des Umsatzes betreffe. Dieser im Betriebsführungsvertrag zwischen der Beklagten und der Stadtwerke Osnabrück AG vereinbarte Unternehmerwagniszuschlag verstoße gegen das gebührenrechtliche Erforderlichkeitsprinzip. Durch die Einbeziehung des Wagniszuschlages in die Kalkulation seien die Gebührenansätze für Schmutzwasser- und Niederschlagswasserbeseitigung

nichtig. Die Gebührenkalkulation weise darüber hinaus weitere Mängel auf, insbesondere betreffend den Ansatz für kalkulatorische Abschreibungen und Zinsen.

Die Klägerin beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern und den Bescheid der Beklagten vom 20. Januar 2006 bezogen auf die Schmutzwasser- und Niederschlagswasserbeseitigung in vollem Umfang und den Bescheid der Beklagten vom 19. Januar 2007 in der Fassung des Änderungsbescheids vom 22. November 2007, soweit darin eine Schmutzwassergebühr von 499,41 Euro und eine Niederschlagswassergebühr von 115,24 Euro festgesetzt sind, aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie vertritt die Auffassung, dass die Gebührenkalkulation keine Rechtsfehler aufweise. Soweit es den Ausgleich von Über- und Unterdeckungen aus dem Gebührenzeitraum 2003 betreffe, sei anzunehmen, dass dieser bereits vor der Kalkulation der Gebühren für das Jahr 2006 erfolgt sei, da Über- oder Unterdeckungen vergangener Gebührenzeiträume immer ausgeglichen worden seien. Hierzu bezieht sie sich auf eine in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Beschlussvorlage für die Gebührenkalkulation 2005 vom 27. Oktober 2004. Im Hinblick auf die einrichtungsbezogene Zuordnung der Personalkosten bei der Stadtwerke Osnabrück AG legt sie im Berufungsverfahren eine Personalkostenaufschlüsselung vor, aus der ersichtlich sein soll, welche Mitarbeiter bei der Stadtwerke Osnabrück AG mit der Aufgabe der Abwasserbeseitigung befasst seien. Jeweils zum Stand 31.12.2005, 31.12.2006 und 31.12.2007 sei die Anzahl der Mitarbeiter, aufgeschlüsselt nach Berufsgruppen und Beschäftigungsgrad, wiedergegeben. Hierdurch werde der Betriebsabrechnungsbogen der Stadtwerke Osnabrück AG für die Sparte Stadtentwässerung für die Jahre 2006 und 2007 hinsichtlich der Kostenarten Löhne und Gehälter vollständig aufgeschlüsselt. Aus den Unterlagen für die Gebührenkalkulation sei auch ersichtlich, dass Personalkosten für Mitarbeiter der Beklagten in die Gebührenkalkulation eingeflossen seien. Hierzu gibt sie an, um welche Berufsgruppen (Beamte, Angestellte, Arbeiter) es sich dabei handle. Die Beklagte sei nicht gehalten, für jedes Jahr eine Personalkostenaufstellung bei der Betriebsführerin anzufordern, um die Kalkulation rechtmäßig gestalten zu können. Der Entwässerungsbetrieb unterliege personell nur marginalen Schwankungen, und die Beklagte habe von der Wirtschaftlichkeit der Übertragung ausgehen dürfen, auch betreffend die Zahl der beschäftigten Mitarbeiter. Die Beklagte verteidigt die Gebührenkalkulation auch im Hinblick auf den in Ansatz gebrachten Wagniszuschlag in Höhe von 3 % des Umsatzes und gibt hierzu an, der Gewinn verbleibe zunächst bei den Stadtwerken. Bei einer Gewinnausschüttung würden 75 % vom Gesamtjahresgewinn der Stadtwerke Osnabrück AG

an die Beklagte verteilt, die übrigen 25 % würden bei der Stadtwerke AG thesauriert. Die Rügen der Klägerin hinsichtlich sonstiger Kalkulationsmängel weist die Beklagte zurück.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte und die Verwaltungsvorgänge der Beklagten Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe

Die zugelassene Berufung der Klägerin ist zulässig und begründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage gegen die angegriffenen Gebührenbescheide der Beklagten für die Schmutz- und Niederschlagswasserbeseitigung in den Jahren 2006 und 2007 zu Unrecht abgewiesen. Der Bescheid für das Jahr 2006 ist rechtswidrig und gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufzuheben, weil er nicht auf eine wirksame satzungsrechtliche Grundlage gestützt werden kann. Die Gebührensätze für die Schmutz- und Niederschlagswasserbeseitigung im Jahr 2006 sind unwirksam, da ihre Kalkulation gegen landesgesetzliche Vorgaben verstößt (hierzu nachfolgend unter I.). Auch der Gebührenbescheid für das Jahr 2007 erweist sich mangels wirksamer satzungsrechtlicher Grundlage als rechtswidrig und ist aufzuheben, weil die für dieses Jahr festgelegten Gebührensätze nicht auf einer ihre Höhe rechtfertigenden und nachvollziehbaren Kalkulation beruhen (hierzu nachfolgend unter II.).

I.

Der Gebührenbescheid der Beklagten vom 20. Januar 2006 kann nicht auf eine wirksame Satzungsgrundlage gestützt werden, weil die Gebührensätze für die Schmutz- und Niederschlagswasserbeseitigung in der Satzung der Beklagten vom 13. Dezember 2005 über die Höhe der Gebühren für die Benutzung der Abwasserbeseitigung für das Haushaltsjahr 2006 unwirksam sind.

Rechtsgrundlage für die Erhebung von Schmutz- und Niederschlagswassergebühren im Jahre 2006 ist § 5 NKAG in der vor dem 1. Januar 2007 geltenden Fassung i.V.m. §§ 11 ff. AAS 2004 der Beklagten sowie der Satzung der Beklagten vom 13. Dezember 2005 über die Höhe der Gebühren für die Benutzung der Abwasserbeseitigung für das Haushaltsjahr 2006. Nach § 14 Abs. 3 AAS 2004 ist Erhebungsjahr das Kalenderjahr, an dessen Beginn die Gebührenschuld entsteht. Die der Festlegung der Gebührensätze für das Jahr 2006 durch den Beschluss des Stadtrates der Beklagten vom 13. Dezember 2005 zugrunde liegende

Gebührenkalkulation weist mehrere Fehler auf, die die Unwirksamkeit der Gebührensätze zur Folge haben:

1. Die Gebührensätze für die Schmutz- und Niederschlagswasserbeseitigung im Jahr 2006 sind bereits unwirksam, weil bei ihrer Festlegung gegen die gesetzlichen Anforderungen in § 5 Abs. 2 Satz 3 NKAG verstoßen wurde. Danach sind die Gemeinden verpflichtet, Kostenüberdeckungen innerhalb der nächsten 3 Jahre auszugleichen, wenn am Ende des Kalkulationszeitraums die tatsächlichen von den kalkulierten Kosten mit der Folge einer Überdeckung abweichen; Kostenunterdeckungen sollen innerhalb dieses Zeitraums ausgeglichen werden. Diese Regelung geht davon aus, dass nach Ablauf des gewählten Kalkulationszeitraums, der in der Regel bis zu drei Jahre betragen kann (vgl. § 5 Abs. 2 Satz 2 NKAG), eine Nachberechnung (Betriebsabrechnung) vorgenommen wird, die nicht mehr von den voraussichtlichen Kosten und Maßstabseinheiten der Gebührenkalkulation, sondern von den tatsächlichen Kosten (bei kalkulatorischen Kosten von den rechtsfehlerfrei prognostizierten Ansätzen) und den tatsächlichen Maßstabseinheiten des zurückliegenden und abgeschlossenen Kalkulationszeitraums ausgeht (vgl. das Urteil des Senats vom 15.04.2011 - 9 LB 146/09 - NdsVBl. 2011, 253 = NordÖR 2011, 333; Lichtenfeld in Driehaus, Kommunalabgabenrecht, 46. Ergänzungslieferung 2012, § 6 Rn. 726 d). Die ermittelten Kostenüber- bzw. -unterdeckungen müssen bzw. sollen innerhalb von drei Jahren nach Ende des Kalkulationszeitraums dergestalt ausgeglichen werden, dass der Ausgleich innerhalb der Frist wirksam wird, wobei ansatzfähige Kostenunterdeckungen in diesem Sinne nur solche sind, die ungewollt (d.h. nur schätzungs- oder prognosebedingt) sind (hierzu ebenfalls das Urteil des Senats vom 15.04.2011 - 9 LB 146/09 - a. a. O.; im Einzelnen auch: Lichtenfeld in Driehaus, a. a. O., § 6 Rn. 726 d - h; Brüning in Driehaus, a. a. O., § 6 Rn. 103 ff.; Rosenzweig/Freese, NKAG, Stand: Dezember 2011, § 5 Rn. 78; Becker, Abwassergebührenkalkulation in der Praxis, KStZ 2000, 8, 9; Quaas, Rechtsprobleme der Abwassergebühr, KStZ 2000, 181, 187 f.; Giebler, Gebührenrechtliche Überdeckungen im Kommunalabgabenrecht, KStZ 2007, 167, 169; Nds. Landtag, Drucks. 12/2275, S. 13).

Daraus folgt unter Zugrundelegung des von der Beklagten in §§ 13, 14 Abs. 3 AAS 2004 vorgegebenen einjährigen Kalkulationszeitraums, dass die Beklagte spätestens bei der Festlegung der Gebührensätze für das Jahr 2006 verpflichtet war, die sich aus einer Nachberechnung ggf. ergebenden Kostenüberdeckungen aus dem Kalkulationszeitraum 2003 auszugleichen bzw. eine Entscheidung über den Ausgleich ansatzfähiger Kostenunterdeckungen aus dem Jahr 2003 zu treffen. Dies verlangt, dass dem Stadtrat bei der Beschlussfassung über die Gebührensätze für das Jahr 2006 eine Gebührenkalkulation vorliegt, die die tatsächliche Höhe etwaiger ansatzfähiger Über- oder Unterdeckungen aus

dem Kalkulationszeitraum 2003 ausweist. Denn nur bei Kenntnis etwaiger Kostenüber- oder Unterdeckungen kann der Stadtrat die nach § 5 Abs. 2 Satz 3 NKAG gebotene und ihm vorbehaltene Entscheidung darüber treffen, wie der fristgerechte Ausgleich erfolgen soll (vgl. hierzu auch Lichtenfeld in Driehaus, a. a. O., § 6 Rn. 729).

Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass der Stadtrat der Beklagten bei der Festlegung der Gebührensätze am 13. Dezember 2005 Kenntnis von Über- oder Unterdeckungen aus dem Kalkulationszeitraum 2003 hatte. Denn bei der Beschlussfassung über die Gebührensätze für 2006 lag offensichtlich keine Nachberechnung für den Kalkulationszeitraum 2003 vor. So enthält die vom Fachdienst Finanzen und Controlling der Beklagten unter dem 27. Oktober 2005 erstellte Gebührenkalkulation keinerlei Angaben über Kostenüber- oder -unterdeckungen aus den vorangegangenen einjährigen Kalkulationszeiträumen seit 2003. Dementsprechend heißt es in der dem Stadtrat bei seiner Beschlussfassung über die Gebührensätze für 2006 vorliegenden Beschlussvorlage Nr. 6776 ausdrücklich sowohl betreffend die Kalkulation für den Bereich Schmutzwasser als auch betreffend die Kalkulation für den Bereich Niederschlagswasser, dass Über- oder Unterdeckungen aus den Vorjahren derzeit nicht bekannt seien.

Der Senat kann auch nicht davon ausgehen, dass eine Entscheidung über einen Ausgleich im Sinne des § 5 Abs. 2 Satz 3 NKAG bei der Beschlussfassung über die Gebührensätze für das Jahr 2006 entbehrlich gewesen sein könnte, weil es im ausgleichspflichtigen Kalkulationszeitraum 2003 keine Über- oder Unterdeckungen gegeben hätte oder ein Ausgleich bereits in einer vorangegangenen Gebührenperiode erfolgt wäre. Es entspricht schon nicht der Wahrscheinlichkeit, dass die für einen zukünftigen Zeitraum prognostizierten Kosten und Maßstabseinheiten jemals deckungsgleich sein werden mit den tatsächlich in diesem Zeitraum entstandenen Kosten und Maßstabseinheiten. Jedenfalls könnte dieses - unwahrscheinliche - Ergebnis aber auch nur auf der Grundlage einer Nachberechnung festgestellt werden, die im Zeitpunkt der Gebührenkalkulation für das Jahr 2006 gerade nicht vorlag.

Die Beklagte konnte in der mündlichen Verhandlung auch nicht nachweisen, dass - wie von ihr vermutet - ein Ausgleich von Kostenüber- oder -unterdeckungen aus dem Kalkulationszeitraum 2003 bereits in einer früheren Gebührenperiode erfolgt sei. Über- oder Unterdeckungen aus dem Kalkulationszeitraum 2003 hätten sich frühestens aus einer im Laufe des Jahres 2004 erstellten Nachberechnung ergeben können und damit erst bei der Gebührenkalkulation für das Gebührenjahr 2005 berücksichtigt werden können. Aus der von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung überreichten Beschlussvorlage Nr. 6721 vom

27. Oktober 2004 zur Gebührenkalkulation für 2005 ergibt sich jedoch zur Berechnung der Schmutzwassergebühr, dass eine im Rahmen der vorliegenden Nachkalkulation für das Jahr 2002 ermittelte Unterdeckung noch mit einem vorhandenen Restüberschuss verrechnet werden müsse, weitere Über- oder Unterdeckungen aus den Folgejahren bis 2005 seien zur Zeit aber nicht bekannt. Ähnlich heißt es in derselben Beschlussvorlage zur Berechnung der Niederschlagswassergebühr, dass sich aufgrund der vorliegenden Nachkalkulation für das Jahr 2002 ein in 2005 zu berücksichtigendes Defizit in Höhe von 0,3 Mio Euro ergebe, weitere Über- oder Unterdeckungen aus den Folgejahren bis 2005 seien zur Zeit aber nicht bekannt. Daraus ergibt sich für den Senat zweifelsfrei, dass Über- oder Unterdeckungen aus dem Jahr 2003 weder bei der Kalkulation für die Gebührensätze im Jahr 2005 noch bei der Kalkulation für die Gebührensätze im Jahr 2006 bekannt waren und eine fristgerechte Entscheidung des Rates über den Ausgleich etwaiger Über- oder Unterdeckungen aus dem Gebührenjahr 2003 folglich unterblieben ist.

Kennt der Rat die wirkliche Höhe einer Kostenüber- oder -unterdeckung aus vorangegangenen Kalkulationszeiträumen im Sinne des § 5 Abs. 2 Satz 3 NKAG nicht spätestens im dritten Jahr, so führt dies nicht nur zu - grundsätzlich heilbaren - Fehlern bei der Berechnung, sondern bringt Mängel im Rahmen der Willensbildung mit sich, da der Rat daran gehindert wird, seiner gesetzlich vorgeschriebenen Verpflichtung zum Ausgleich von Kostenüberdeckungen fristgerecht zu genügen bzw. die notwendige Entscheidung über den vollständigen oder teilweisen Ausgleich der Kostenunterdeckung sachgerecht zu treffen. In diesem Sinne hat der Senat bereits im Zusammenhang mit einer fehlerhaften Ermittlung auszugleichender Über- bzw. Unterdeckungen ausgeführt, dass sich der Ortsgesetzgeber bei dem Ausgleich von Kostenüber- oder -unterdeckungen vergangener Kalkulationszeiträume - anders als bei bloßen Rechenfehlern - nicht in einem seinem Einschätzungsspielraum unterliegenden, sondern in einem gesetzlich determinierten Bereich bewegt, der dem Prozess der Entscheidungsfindung eine selbständige Bedeutung beimisst (vgl. den Senatsbeschluss vom 5. März 2010 - 9 LA 409/08 -; zustimmend Lichtenfeld in Driehaus, a. a. O., Rdnr. 731 c).

Daran ist mit der Folge festzuhalten, dass Fehler bei der Entscheidungsfindung über einen fristgerechten Ausgleich nach § 5 Abs. 2 Satz 3 NKAG dazu führen, dass es nach Ablauf der Ausgleichsfrist an einer wirksamen Festlegung der Gebührensätze im dritten, ausgleichspflichtigen Jahr fehlt. Zu solchen Fehlern bei der Entscheidungsfindung gehört die Unkenntnis über auszugleichende Kostenüber- oder -unterdeckungen ebenso wie der bewusst oder irrtümlich unterlassene Ausgleich einer Überdeckung oder die auf unrichtiger Grundlage getroffene Entscheidung über einen Ausgleich ansatzfähiger Unterdeckungen

spätestens im dritten Jahr. Für diese, sich unmittelbar aus der landesgesetzlichen Ausgleichspflicht ergebende Rechtsfolge kommt es auch nicht darauf an, in welcher Höhe sich ein eventueller Ausgleich auf die Höhe des Gebührensatzes ausgewirkt hätte, also ob der Gebührensatz bei einer fehlerfreien Ausgleichsentscheidung im Ergebnis nur geringfügig überhöht wäre bzw. unterhalb einer Fehlertoleranzgrenze läge (ebenso: BayVGH, Urteil vom 25.02.1998 - 4 B 97.399 - KStZ 1999, 170 = NVwZ-RR 1998, 774; Lichtenfeld in Driehaus, a. a. O., § 6 Rn. 731c; zur Rechtswidrigkeit der Gebührensätze bei einem fehlerhaften Ausgleich vor Inkrafttreten der Gebührensatzobergrenze in § 2 Abs. 2 Satz 1 KAG BW: VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 15.02.2008 - 2 S 2559/05 - ZKF 2008, 260; zustimmend: Rosenzweig/Freese, a. a. O., § 5 Rn. 78; zur Beachtlichkeit der Fehlertoleranzgrenze dagegen: Brüning in Driehaus, a. a. O., § 6 Rn. 105 b zum KAG NW und Rn. 853 zum KAG SH; Rieger in Driehaus, a. a. O., § 6 Rn. 565 zum KAG BW):

Die Unanwendbarkeit der Fehlerfolgenregelung in § 2 Abs. 1 Satz 3 NKAG, durch die seit dem 1. Januar 2007 landesgesetzlich eine relativierte Ergebniskontrolle mit einer Fehlertoleranzgrenze von 5 % vorschrieben wird, ergibt sich vorliegend schon daraus, dass diese Norm im Zeitpunkt der Festlegung der Gebührensätze für 2006 noch nicht galt. Allerdings hat der erkennende Senat mit Blick darauf, dass es für die Rechtmäßigkeit von Normen im Allgemeinen und des Abgabensatzes im Besonderen regelmäßig nur auf das Ergebnis des Rechtsetzungsverfahrens und - mangels entsprechender Rechtsvorschriften - nicht auf den Vorgang der Willensbildung ankommt, bereits vor Inkrafttreten der gesetzlichen Regelung in § 2 Abs. 1 Satz 3 NKAG angenommen, dass einzelne Fehler bei einer Kalkulation unbeachtlich sind, wenn sie nicht zu einer nennenswerten Erhöhung des Abgabensatzes führen (zum Gebührenrecht: NdsOVG, Urteile vom 04.11.2002 - 9 LB 215/02 - ZKF 2003, 153 und vom 18.09.2003 - 9 LB 390/02 - NVwZ-RR 2004, 681). Diese Rechtsprechung kann jedoch - ebenso wie § 2 Abs. 1 Satz 3 NKAG - nur Anwendung finden auf Fehler im Rechenvorgang betreffend einzelne Kostenbestandteile. Die Entscheidung über das "ob", "wie" und "wann" eines Ausgleichs von Über- oder Unterdeckungen abgelaufener Kalkulationszeiträume betrifft jedoch nicht die rein rechnerische Ermittlung der prognostizierten Kosten für die bevorstehende Gebührenperiode. Vielmehr gibt § 5 Abs. 2 Satz 3 NKAG für die Entscheidung über den fristgerecht zu treffenden Ausgleich im Einzelnen vor, wie mit Kostenüber- und Kostenunterdeckungen zu verfahren ist, belässt es dabei aber insbesondere bei einem einjährigen Kalkulationszeitraum der Ermessensentscheidung des Ortsgesetzgebers, wann der Ausgleich innerhalb des zur Verfügung stehenden Dreijahreszeitraums bewirkt werden soll (vgl. auch Rosenzweig/Freese, a. a. O., § 5 Rn. 78). Insofern hat die gesetzliche Verpflichtung, die als Folgen einer vorangegangenen Prognose entstandenen Über- oder Unterdeckungen

gegenüber den Gebührenpflichtigen zeitnah (d.h. innerhalb von drei Jahren) auszugleichen, insbesondere bei einem einjährigen Kalkulationszeitraum keinen unmittelbaren Bezug zu der konkret anstehenden Gebührenkalkulation für ein bestimmtes Gebührenjahr (hierzu auch BayVGH, Urteil vom 25.02.1998 - 4 B 97.399 - a. a. O.). Hinzu kommt, dass insbesondere die Entscheidung, ob, wann und in welcher Höhe eine etwaige Unterdeckung ausgeglichen werden soll, vom beschließenden Rat eine bewusste Entscheidungsfindung mit weitreichender finanzieller Tragweite verlangt. Entscheidet er sich gegen den grundsätzlich durchzuführenden Ausgleich ansatzfähiger Kostenunterdeckungen aus vergangenen Kalkulationszeiträumen oder nur für einen teilweisen Ausgleich spätestens im dritten Jahr, können diese Unterdeckungen auch später nicht mehr ausgeglichen werden (vgl. das Urteil des Senats vom 15.04.2011 - 9 LB 146/09 - a. a. O. unter Bezugnahme auf Lichtenfeld in Driehaus, a. a. O., § 6 Rn. 726e; Rosenzweig/Freese, a. a. O., § 5 Rn. 78). Fehler bei der Entscheidungsfindung über einen Ausgleich nach § 5 Abs. 2 Satz 3 NKAG sind daher anders als bloße Rechenfehler nur durch eine nachgeholt, fehlerfreie Entscheidung in Kenntnis der ausgleichspflichtigen Über- oder Unterdeckungen heilbar.

2. Die Gebührensätze für die Schmutz- und Niederschlagswasserbeseitigung im Jahr 2006 erweisen sich zudem deshalb als unwirksam, weil die Beklagte bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht nachvollziehbar erläutern konnte, wie und in welcher Höhe die in ihrer Gebührenkalkulation in Ansatz gebrachten Personalkosten der Stadtwerke Osnabrück AG für die Betriebsführung der jeweils rechtlich eigenständigen öffentlichen Einrichtung für die Schmutzwasserbeseitigung einerseits und der öffentlichen Einrichtung für die Niederschlagswasserbeseitigung andererseits zuzuordnen waren.

Nach § 1 Abs. 1 a und b ABS der Beklagten betreibt diese zur Beseitigung des in ihrem Entsorgungsgebiet anfallenden Abwassers mehrere rechtlich selbständige öffentliche Einrichtungen, nämlich u. a. eine rechtlich selbständige Anlage zur zentralen Schmutzwasserbeseitigung sowie eine rechtlich selbständige Anlage zur zentralen Niederschlagswasserbeseitigung. Damit entspricht sie den Anforderungen an die rechtliche Verselbständigung verschiedener Einrichtungen, die unterschiedlichen, nicht deckungsgleichen Funktionen dienen (vgl. § 149 Abs. 3 Nr. 1 NWG a. F.). Rechtliche Folge des satzungsrechtlich festgelegten Betriebs getrennter öffentlicher Einrichtungen ist, dass auch bei geringfügigen Kosten der Niederschlagswasserbeseitigung gesonderte Gebührenmaßstäbe und -sätze für die Beseitigung von Schmutzwasser und Niederschlagswasser in der Gebührensatzung vorzunehmen sind (vgl. auch hierzu Lichtenfeld in Driehaus, a. a. O., § 6 Rn. 707 a).

Die satzungsrechtliche Vorgabe getrennter öffentlicher Einrichtungen für die Schmutz- und die Niederschlagswasserbeseitigung in der ABS der Beklagten wird schon in der Abwasserabgabensatzung der Beklagten nur unzureichend umgesetzt, weil in § 1 b und § 11 Satz 1 AAS 2004 von der Gebührenerhebung für die Inanspruchnahme der zentralen öffentlichen Abwasseranlage die Rede ist, also von einer einzelnen Einrichtung statt von zwei getrennten Einrichtungen für die Schmutz- und die Niederschlagswasserbeseitigung. Aber selbst, wenn diese ungenaue Formulierung im Hinblick auf die in § 12 Abs. 2 bis 4 AAS 2004 getrennten Gebührenmaßstäbe für die Schmutz- und die Niederschlagswasserbeseitigung so ausgelegt werden kann, dass damit nach dem erkennbaren Willen der Beklagten Gebühren getrennt für jede einzelne öffentliche Einrichtung erhoben werden sollen, sind die Kosten gemäß § 5 Abs. 2 NKAG für jede öffentliche Einrichtung getrennt zu ermitteln. Dies bedeutet, dass in der Kalkulation für die Schmutzwassergebühr und die Niederschlagswassergebühr auch die grundsätzlich als Fremdleistungen gemäß § 5 Abs. 2 Satz 4 NKAG gebührenfähigen Betriebsführungskosten der Stadtwerke Osnabrück AG für jede öffentliche Einrichtung separat auszuweisen und nachvollziehbar aufzuschlüsseln sind, selbst wenn sich die Betriebsführung - wie hier - auf die Abwasserbeseitigung insgesamt, also auf den Betrieb beider öffentlichen Einrichtungen erstreckt.

Die Aufteilung der Betriebsführungskosten der Stadtwerke Osnabrück AG in der Gebührenkalkulation auf die beiden getrennten öffentlichen Einrichtungen der Beklagten ist jedenfalls im Hinblick auf die enthaltenen Personalkosten nicht nachvollziehbar. Hierzu hat der Senat bereits im Zulassungsbeschluss vom 16. Oktober 2009 - 9 LA 5/08 - ausgeführt:

"Aus den von der Beklagten zur Verfügung gestellten Kalkulationsunterlagen ist nicht ersichtlich, welche Personalkosten bei der Stadtwerke Osnabrück AG in Bezug auf die öffentliche Einrichtung Abwasserbeseitigung angefallen sind. Weder aus den Betriebsabrechnungsbögen der Stadtwerke Osnabrück AG, die die Löhne und Gehälter pauschal in einer Summe ausweisen, noch aus dem Vermerk des Fachdienstes Controlling vom 27. Oktober 2005 geht hervor, welche Kosten in dem Einsatzbereich Schmutzwasser und im Bereich Niederschlagswasser angefallen sind.

Eine einrichtungsbezogene Personalkostenaufschlüsselung kann nicht im Hinblick darauf entfallen, dass die Beklagte sich zur Abwasserbeseitigung eines Dritten bedient. Zwar ist es bei der Inanspruchnahme von Fremdleistungen im Allgemeinen üblich und zulässig, den in Rechnung gestellten Aufwand des Dritten nicht näher zu überprüfen, sondern pauschal in Ansatz zu bringen. Die Beklagte nimmt hier jedoch nicht Fremdleistungen eines sonstigen, mit ihr nicht verflochtenen Dritten, sondern eines unter ihrer vollständigen Kontrolle stehenden hundertprozentigen Tochterunternehmens in Anspruch, auf das sie die

Wahrnehmung verschiedener öffentlicher Aufgaben übertragen hat. In einer solchen Konstellation erscheint es erforderlich, dass die veranschlagten Personalkosten des Dritten einrichtungsbezogen derart aufgeschlüsselt werden, dass nachvollziehbar ist, welche Kosten in den einzelnen Tätigkeitsbereichen, u. a. im Rahmen der öffentlichen Einrichtung Abwasserbeseitigung, angefallen sind. Da die Stadtwerke Osnabrück AG eine Vielzahl von Dienstleistungen neben dem Betrieb der Abwasserbeseitigung anbietet, muss gewährleistet sein, dass über die Abwassergebühr allein derjenige Aufwand für das Personal refinanziert wird, der bezogen auf die öffentliche Einrichtung Abwasserbeseitigung angefallen ist. Die Vorlage bzw. Erstellung einer konkreten Aufschlüsselung der Personalkosten ist für die Beklagte gerade wegen ihrer Stellung als Alleinaktionärin der Stadtwerke Osnabrück AG und der bestehenden vertraglichen Beziehungen mit der Stadtwerke Osnabrück AG weder tatsächlich noch rechtlich unmöglich."

Die vom Fachdienst Controlling der Beklagten erstellte und dem Stadtrat vorgelegte Gebührenkalkulation für 2006 vom 27. Oktober 2005 genügt den Anforderungen an eine nachvollziehbare einrichtungsbezogene Zuordnung der Betriebsführungskosten nicht, weil sie zwar eine getrennte Gebührenkalkulation für die Leistungsbereiche Schmutzwasser und Niederschlagswasser enthält, in der für die Personalkosten, die von der Beklagten selbst in Ansatz gebracht werden, getrennte Summen für Schmutzwasser (0,6 Millionen Euro) und Niederschlagswasser (0,2 Millionen Euro) ausgewiesen werden. Allerdings ist weder auf Grund der erstellten Gebührenkalkulation noch durch andere Unterlagen der Beklagten nachvollziehbar, welche der im Zusammenhang mit der Betriebsführung der Stadtwerke Osnabrück AG in Ansatz gebrachten Personalkosten, deren Höhe die Klägerin gerügt hat, der öffentlichen Einrichtung Schmutzwasserbeseitigung und welche der öffentlichen Einrichtung Niederschlagswasserbeseitigung zuzuordnen sind und ob die Ansätze für diese Fremdleistungen sich im Sinne des § 5 Abs. 2 Satz 4 NKAG in dem vom kostenbezogenen Erforderlichkeitsprinzip gezogenen Rahmen bewegen. Wie hoch der Anteil der Personalkosten an den Betriebsführungskosten der Stadtwerke Osnabrück AG ist, ergibt sich aus der "Hochrechnung der Betriebsführungskosten 2006 für die Stadtentwässerung", wonach 3,3 Mio Euro der insgesamt mit 14,5 Mio Euro (netto) veranschlagten Betriebsführungskosten auf den Personalaufwand entfallen. Diese hochgerechneten Betriebsführungskosten werden jedoch für die Stadtentwässerung insgesamt ausgewiesen und nicht in die Bereiche Schmutzwasser- und Niederschlagswasserbeseitigung aufgeteilt. Eine auf diese beiden Bereiche bezogene Aufteilung der Betriebsführungskosten erfolgt lediglich in einer Tabelle der Beklagten, in der der dargestellte Gesamtbetrag von 14,5 Millionen Euro für "die Stadtentwässerung 2006" rechnerisch, aber ohne erkennbaren Schlüssel auf die Bereiche Schmutzwasser- und Niederschlagswasser aufgeteilt wird. Dem daraus resultierenden Gesamtbetrag von 10,9 Mio Euro für Schmutzwasser und 3,6 Mio

Euro für Niederschlagswasser ist jedoch keinerlei Unterteilung in die Bereiche Sachkosten, Personalkosten, Abschreibungen oder Zinsen zu entnehmen.

Wie der Senat im Zulassungsbeschluss bereits ausgeführt hat, kann jedoch eine einrichtungsbezogene Aufschlüsselung, aus der sich z.B. die Aufteilung der Personalkosten bei der Stadtwerke Osnabrück AG auf die Leistungsbereiche Schmutzwasser und Niederschlagswasser ergibt, nicht deshalb entfallen, weil sich die Beklagte zur Betriebsführung eines Dritten bedient. Gerade im Hinblick darauf, dass die Stadtwerke Osnabrück AG eine Vielzahl von Dienstleistungen neben dem Betrieb der Abwasserbeseitigung anbieten, muss eine Zurechnung der auf die verschiedenen Einrichtungen der Schmutzwasser- und der Niederschlagswasserbeseitigung bezogenen Betriebsführungskosten nachvollziehbar sein. Dies ist - wie die Klägerin zu Recht einwendet - insbesondere bei der vorliegenden Ausgestaltung der Betriebsführung erforderlich, wo das eingesetzte Personal auch in anderen Leistungsbereichen der Stadtwerke Osnabrück AG tätig sein kann.

Die Zuordnung insbesondere der Personalkosten der Betriebsführerin zu den unterschiedlichen öffentlichen Einrichtungen der Beklagten wird auch durch die von der Beklagten im Berufungsverfahren nachgereichte Aufstellung über die Personalkosten der betriebsführenden Stadtwerke Osnabrück AG im Bereich "Stadtentwässerung" nicht nachvollziehbar:

Diese enthält zwar Angaben über die Anzahl der im Bereich Entwässerung eingesetzten Mitarbeiter sowie ihren Beschäftigungsgrad und den in Ansatz gebrachten Personalaufwand von insgesamt 3.378.694,- Euro. Daraus ergibt sich jedoch nicht, welche Mitarbeiter in den getrennten öffentlichen Einrichtungen Schmutzwasser- und Niederschlagswasserbeseitigung eingesetzt sind und wie die insgesamt für die Abwasserbeseitigung aufgewendeten Personalkosten auf die beiden Einrichtungen zu verteilen sind. Hierfür ist zwar entgegen der Auffassung der Klägerin nicht zu verlangen, die in den verschiedenen öffentlichen Einrichtungen eingesetzten Mitarbeiter namentlich zu benennen. Jedoch wäre erforderlich gewesen, den Mitarbeiterbestand anteilig entsprechend der Tätigkeit in der jeweiligen öffentlichen Einrichtung aufzuschlüsseln, z. B. die im Bereich der Klärwerke eingesetzten Mitarbeiter ausschließlich bzw. überwiegend entsprechend ihrem Einsatz dem Bereich Schmutzwasser zuzuordnen, die Mitarbeiter im Bereich der Kanalinstandsetzung anteilig nach ihren Einsätzen für die Schmutzwasser-, Mischwasser- oder Regenwasserkanalisation etc.. Eine entsprechende Differenzierung müsste auch eine Abgrenzung zu den anderen

Tätigkeitsbereichen der Stadtwerke erkennen lassen (Energieversorgung, Nahverkehr, Bäder und Hafen).

Lässt demnach die Kalkulation für die Schmutzwassergebühr und die Niederschlagswassergebühr keine einrichtungsbezogene Aufteilung der Betriebsführungskosten insbesondere im Bereich der Personalkosten erkennen bzw. ist der einrichtungsbezogene Ansatz dieser Kosten im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung des Senats nicht nachvollziehbar, ist die Gebührenkalkulation nicht geeignet, die festgelegten Gebührensätze in ihrer Höhe zu rechtfertigen und diese sind folglich unwirksam, weil der Senat nicht feststellen kann, dass die bei der Ermittlung der ansatzfähigen Aufwendungen angestellten Wertungen und Prognosen auf begründeten Annahmen beruhen und sich der Satzungsgeber innerhalb des ihm zuzubilligenden Einschätzungsspielraums bewegt hat (zu diesen Anforderungen allgemein das Senatsurteil vom 22.06.2009 - 9 LC 409/06 - OVGE MüLü 52, 455 = NdsVBI 2009, 310 m. w. Nw.).

3. Der Senat teilt auch die Bedenken der Klägerin an einem rechtmäßigen Ansatz eines sog. Gewinnzuschlags in Höhe von 3 %, den die Stadtwerke Osnabrück ausweislich des Betriebsabrechnungsbogens für 2004 bei ihrer Hochrechnung der Gebühren für 2006 in Ansatz gebracht haben und der in die Kostenansätze für die Gebührenkalkulation eingeflossen ist, die der Beschlussfassung über die Höhe der Gebührensätze für das Jahr 2006 zugrunde lag. Allerdings kommt es darauf für die Entscheidung im Berufungsverfahren letztlich nicht an:

Das von der Beklagten an die Stadtwerke Osnabrück AG gezahlte Betriebsführungsentgelt ist grundsätzlich als Fremdleistung gemäß § 5 Abs. 2 Satz 4 NKAG gebührenfähig. Dritter im Sinne der gesetzlichen Vorschrift kann nach der Senatsrechtsprechung auch eine von der Gemeinde beherrschte Gesellschaft sein (zur Berücksichtigung von Fremdleistungen Dritter als gebührenfähige Kosten ausführlich das Senatsurteil vom 22.06.2009 - 9 LC 409/06 - OVGE MüLü 52, 455 = NdsVBI 2009, 310; zur Beauftragung Dritter: § 149 Abs. 9 NWG a. F. und § 12 NKAG). Entgelte für Fremdleistungen können im Sinne von § 5 Abs. 2 Satz 4 NKAG in die Gebührenkalkulation eingestellt werden, wenn eine rechtliche Zahlungsverpflichtung der gebührenerhebenden Kommune gegenüber dem die Fremdleistung erbringenden Dritten besteht und sich dessen Entgelt in dem vom kostenbezogenen Erforderlichkeitsprinzip vorausgesetzten Rahmen bewegt (hierzu ausführlich die Senatsurteile vom 22.06.2009, a. a. O. und vom 24.06.1998 - 9 L 2722/96 - ZKF 1999, 161; Lichtenfeld in Driehaus, a. a. O., § 6 Rn. 736 und 737; Rosenzweig/Freese, a. a. O., § 5 Rn. 84). Eine rechtliche Zahlungsverpflichtung der Beklagten gegenüber der

Stadtwerke Osnabrück AG besteht aufgrund des vorgelegten Betriebsführungsvertrages vom 13.12.2000, der zum 1.1.2001 in Kraft getreten ist.

Der Wirksamkeit dieses Vertrages steht entgegen der Auffassung der Klägerin nicht entgegen, dass dem Vertragsschluss kein Vergabeverfahren vorausgegangen ist. Unabhängig davon, ob es sich dabei um ein sogenanntes In-house-Geschäft handelt, für das keine Ausschreibungspflicht nach Maßgabe des Vergaberechts besteht, weil die Beklagte alleinige Gesellschafterin der Stadtwerke Osnabrück AG ist, oder ob die Voraussetzungen hierfür wegen der weiteren Geschäftsbereiche der Stadtwerke Osnabrück AG und ihrer Tätigkeit nicht nur für den öffentlichen Auftraggeber nicht vorliegen (hierzu Schulte/Wiesemann in Driehaus, a. a. O., § 6 Rn. 131 a), würde eine unterbliebene Ausschreibung die Gebührenfähigkeit der Betriebsführungskosten nicht hindern, weil ein Verstoß gegen Vergabevorschriften grundsätzlich nicht zur Nichtigkeit des Vertrages führen würde (vgl. hierzu das Senatsurteil vom 22.06.2009, a. a. O. und vom 24.06.1998 - 9 L 2504/96 -; ebenso Brüning in Driehaus, a. a. O., § 6 Rn. 196 zu § 6 und Lichtenfeld, Rn. 738 a). Denn bei der Prüfung der Erforderlichkeit von Kosten ist zu beachten, dass dem öffentlichen Entsorgungsträger bei der Bestimmung der Organisationsform und des angestrebten Entsorgungsniveaus ein durch gesetzliche Vorgaben begrenzter Ermessensspielraum verbleibt, der auch die Entscheidung über die Fragen umfasst, welche Kosten angemessen und auf die Gebührenschuldner umzulegen sind. Der vom Erforderlichkeitsprinzip gesteckte Rahmen ist erst überschritten, wenn das Fremdleistungsentgelt außer Verhältnis zu den vom Dritten erbrachten Leistungen steht. Ist danach eine Ausschreibung in rechtswidriger Weise unterblieben, ist die Angemessenheit eines Fremdleistungsentgelts anhand des Preisrechts zu beurteilen und wäre bei dessen Einhaltung das Entgelt weder unangemessen noch sachlich nicht mehr vertretbar. Als geforderter Nachweis für die Erforderlichkeit der in Ansatz gebrachten Betriebsführungskosten dient nach der Senatsrechtsprechung insbesondere die Preisermittlung unter Beachtung des Preisprüfungsrechts entsprechend der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (in der hier einschlägigen Änderungsfassung durch Art. 289 Abs. 5 vom 25. November 2003, BGBl I S. 2304) in Verbindung mit den Leitsätzen für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten - LSP - als Anlage zur Verordnung PR Nr. 30/53. Werden die für die Betriebsführung vereinbarten Preise auf der Grundlage des Preisprüfungsrechts berechnet, sind sie in der Gebührenkalkulation regelmäßig als angemessen und erforderlich zu akzeptieren (vgl. die Senatsurteile vom 22.06.2009, a. a. O., vom 22.01.1999 - 9 L 1803/99 -, KStZ 99, 190 und vom 24.06.1998 - 9 L 2504/96 - a. a. O.; Lichtenfeld in Driehaus, a. a. O., § 6 Rn. 738 a und Brüning, Rn. 197 b; Rosenzweig/Freese, a. a. O., § 5 Rn. 84).

Der Senat hat vor diesem Hintergrund keine Bedenken gegen die grundsätzliche Gebührenfähigkeit der Betriebsführungskosten der Stadtwerke Osnabrück AG, soweit diese gemäß den Regelungen des Betriebsführungsvertrages vom 13. Dezember 2000 nach Maßgabe des Preisprüfungsrechts berechnet werden. Er teilt jedoch die Bedenken der Klägerin gegen die Angemessenheit des von der Beklagten im Betriebsführungsvertrag vereinbarten und in der Gebührenkalkulation in Ansatz gebrachten Aufschlags in Höhe von 3 % der (Netto-) Selbstkosten:

Die Beklagte und die Stadtwerke Osnabrück AG haben in § 9 Abs. 1 des Betriebsführungsvertrages vom 13. Dezember 2000 vereinbart, dass die Stadt der Gesellschaft während der ersten drei Geschäftsjahre nach Inkrafttreten des Vertrages die in Folge der Erbringung ihrer Leistungen entstehenden Kosten auf der Grundlage einer Selbstkostenerstattung im Sinne des geltenden Preisrechts erstattet, wobei die Bestimmungen der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953 und die Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten als Anlage zu der vorbezeichneten Verordnung maßgeblich sind. Während des vorgenannten Zeitraumes ist die Gesellschaft danach berechtigt, einen Aufschlag von 3 % auf die Selbstkosten zur Abgeltung ihres allgemeinen Unternehmerwagnisses zu erheben. Nach Ablauf der ersten 3 Geschäftsjahre nach Inkrafttreten dieses Vertrages erstattet die Stadt der Gesellschaft gemäß § 9 Abs. 2 des Betriebsführungsvertrages die bei der Leistungserbringung entstehenden Kosten auf der Grundlage von Selbstkostenfestpreisen im Sinne des geltenden Preisrechts. Die Gesellschaft werde der Stadt spätestens 4 Monate vor Ablauf des 3. Geschäftsjahres nach Unterzeichnung des Vertrages eine den Leitsätzen für die Preisermittlung (LSP) aufgrund von Selbstkosten entsprechende und auf den gewonnenen Erkenntnissen über die entstehenden Kosten beruhende Kalkulation vorlegen. Die Vertragsparteien würden auf dieser Basis eine Selbstkostenfestpreisvereinbarung einschließlich eines Aufschlags zur Abgeltung des allgemeinen Unternehmenswagnisses abschließen. Soweit eine Kalkulation für einzelne Kostenbestandteile nicht mit hinreichender Sicherheit durchgeführt werden könne, werde die Stadt der Gesellschaft für diese Kostenbestandteile die Selbstkosten im Sinne des geltenden Preisrechts erstatten.

Wie die Beklagte jedoch im Berufungsverfahren erläutert hat, ist entgegen dieser Bestimmung bis heute keine Vereinbarung über die Berechnung der Betriebsführungskosten auf der Basis von Selbstkostenfestpreisen zustande gekommen, sondern die Abrechnung der Betriebskosten erfolgte auch nach 2003 - von den Beteiligten jeweils nachträglich vereinbart - weiterhin auf der Basis von Selbstkostenerstattungspreisen zuzüglich des

Aufschlags für das allgemeine Unternehmerwagnis in Höhe von 3 %. Ein entsprechender Aufschlag lag auch der Gebührenkalkulation der Beklagten für das Jahr 2006 zugrunde. Dieser ist zwar nicht in der Gebührenkalkulation von 27. Oktober 2005 als eigener Kostenbestandteil ausgewiesen, er ergibt sich jedoch aus dem Betriebskostenabrechnungsbogen der Stadtwerke für den Bereich Stadtentwässerung 2004, der nach dem Vortrag der Beklagten Basis für die Hochrechnung der Kosten der Betriebsführung 2006 gewesen und dadurch auch in die Gebührenkalkulation eingeflossen ist. Danach setzt sich das für 2004 erstattete Betriebsführungsentgelt in Höhe von 10.144.620 Euro (netto) zusammen aus der Gesamtsumme der einzelnen Kostenpositionen für die Stadtentwässerung in Höhe von 9.849.145 Euro zzgl. eines Gewinnaufschlages von 295.474 Euro (= 3 %).

Es ist bereits zweifelhaft, ob die von den Vertragsparteien über Jahre fortgesetzte Beibehaltung der Abrechnung nach Selbstkostenerstattungspreisen mit den Maßgaben des Preisprüfungsrechts in Einklang steht, denn das Preisrecht gibt eine Reihenfolge der einzelnen Preistypen im Sinne einer Rangfolge vor (vgl. hierzu auch Brüning in Driehaus, a. a. O., Rdnr. 197 b zu § 6): Die Selbstkostenpreise im Sinne des Preisprüfungsrechts sind je nach der Gewissheit der Prognose über die Kostenentwicklung zu treffen. Nach § 6 Abs. 1 der Verordnung PR Nr. 30/53 sind Selbstkostenpreise möglichst als Selbstkostenfestpreise zu vereinbaren. Diese sind nach § 6 Abs. 2 aufgrund von Kalkulationen zu ermitteln und bei, spätestens aber unmittelbar nach Abschluss des Vertrages festzulegen.

Selbstkostenerstattungspreise dürfen dagegen nach § 7 Abs. 1 Verordnung PR 30/53 nur vereinbart werden, wenn eine andere Preisermittlung nicht möglich ist. Soweit es die Verhältnisse des Auftrags ermöglichen, soll gemäß § 7 Abs. 2 der Verordnung PR 30/53 in Vereinbarungen über Selbstkostenerstattungspreise vorgesehen werden, dass für einzelne Kalkulationsbereiche feste Sätze gelten. Entsprechend regelt Nr. 6 LSP, dass Preise aufgrund von Selbstkosten ermittelt werden können, entweder durch Vorkalkulationen als Selbstkostenfestpreise (oder Selbstkostenrichtpreise) und durch Nachkalkulationen als Selbstkostenerstattungspreise. Insofern ist dem Senat schon nicht ersichtlich, aus welchem Grund es den Vertragsparteien auch nach Jahren der Tätigkeit der Stadtwerke Osnabrück AG für die Beklagte im Rahmen der Abwasserbeseitigung nicht möglich gewesen sein soll, die im Betriebsführungsvertrag vorgegebene Vereinbarung von Selbstkostenfestpreisen nach Ablauf der ersten drei Jahre abzuschließen. Soweit sich die Beklagte insofern auf § 9 Abs. 2 Satz 4 des Betriebsführungsvertrages beruft, wonach die Beklagte der Betriebsführerin für einzelne Kostenbestandteile die Selbstkosten im Sinne des geltenden Preisrechts erstattet, wenn eine Kalkulation für diese Kostenbestandteile nicht mit hinreichender Sicherheit durchgeführt werden kann, rechtfertigt diese Klausel kaum den

Verzicht auf eine Beibehaltung der Selbstkostenerstattungspreise für alle Kostenbestandteile.

Unabhängig davon ist jedoch ein Aufschlag von 3 % auf die Selbstkostenerstattungspreise nicht vom kostenrechtlichen Erforderlichkeitsprinzip gedeckt. Der Senat folgt insofern der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen, wonach bei Selbstkostenerstattungspreisen allenfalls ein Wagniszuschlag von 1 % angemessen ist, während bei der Vereinbarung eines Selbstkostenfestpreises ein Wagniszuschlag in Höhe von 3 % wegen des im Vergleich zu einem Erstattungspreis höheren Wagnisses grundsätzlich angemessen sein kann (vgl. OVG NW, Urteil vom 24.06.2008 - 9 A 373/06 - KStZ 2009, 12 und Beschluss vom 25.11.2010 - 9 A 94/09 - in Modifizierung des Urteils vom 04.10.2001 - 9 A 2737/00 - KStZ 2003, 13). Dem liegt zugrunde, dass in dem allgemeinen Unternehmerwagnis gemäß Nr. 47 Abs. 2 LSP die Wagnisse zusammengefasst werden, die das Unternehmen als Ganzes gefährden, die in seiner Eigenart, in den besonderen Bedingungen des Wirtschaftszweiges oder in wirtschaftlicher Tätigkeit schlechthin begründet sind und die nach Nrn. 48 Abs. 1, 51 Buchstabe a LSP im kalkulatorischen Gewinn abgegolten werden. Der Ansatz für diese Position soll auf lange Sicht die Existenz des Unternehmens gegen die Gefahren und Risiken sichern, die mit der unternehmerischen Tätigkeit verbunden sind. Aus dem allgemeinen Unternehmerwagnis müssen im Übrigen die Aufwendungen gedeckt werden, die nach den LSP nicht zu den Kosten gehören. Zum allgemeinen Unternehmerwagnis gehören z.B. Wagnisse, die aus der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung entstehen, etwa Konjunkturrückgänge, plötzliche Nachfrageverschiebungen, Geldentwertungen, technische Fortschritte. Zwar hält das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen entgegen seiner früheren Rechtsprechung den Gesichtspunkt, in welchem Umfang die Kommune an dem tätig werdenden Unternehmen beteiligt und welcher Anteil seiner wirtschaftlichen Tätigkeit vom Gebührenbereich abgedeckt ist, für die Frage der Bemessung eines angemessenen Wagniszuschlags nicht mehr für entscheidungserheblich. Auch wenn der Zuschlag auf lange Sicht vor Gefahren schützen solle, die das Unternehmen als Ganzes gefährden, so sei er doch nur in einem Umfang gerechtfertigt, in dem ein gesamtwirtschaftliches Risiko bestehe. Soweit langfristige Vertragsverhältnisse für das Unternehmen - unabhängig vom Umfang der Beteiligung des öffentlichen Trägers - nahezu ohne Risiko ausgestaltet sind, werde das Unternehmen auch nicht als Ganzes gefährdet; der dadurch insgesamt geringeren Gefährdung für das Gesamtunternehmen, die sich aus der verbleibenden allgemeinen unternehmerischen Tätigkeit mit den normalen Marktrisiken ergebe, sei dadurch zu begegnen, dass in den übrigen Geschäftsbereichen Wagniszuschläge in üblicher Höhe in den Preis eingerechnet werden. Bereits durch einen derart differenzierten Ansatz von Wagniszuschlägen werde die Existenz des Unternehmens

auf Dauer gesichert. Dabei sei es unerheblich, welcher Anteil der Tätigkeit des Unternehmens praktisch ohne gesamtwirtschaftliches Risiko ausgestaltet sei: Bei einem geringen Anteil solcher Tätigkeit könne sich das Unternehmen in erheblichem Umfang durch Wagniszuschläge schützen; bei einem höheren Anteil stehe den geringeren Einnahmen aus Wagniszuschlägen ein entsprechend geringeres Risiko gegenüber. Danach sei im konkreten Fall das allgemeine unternehmerische Restrisiko mit 1 % der Nettoselbstkosten im entschiedenen Einzelfall angemessen bewertet, weil die sich aus der Betriebsführung ergebenden Gefahren und Risiken gering erschienen, wenn als Basis für die Berechnung des Entgelts ein Selbstkostenerstattungspreis vereinbart sei. Zum anderen bestehe kaum ein Risiko, dass die Stadt ihrer Verpflichtung nicht nachkomme, sie insbesondere im Innenverhältnis der Betriebsführerin tatsächlich nicht die zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben benötigten Mittel zur Verfügung stellen werde, da sie sich ihrer gesetzlichen Pflichtaufgabe nicht entziehen könne (vgl. OVG NW, Urteil vom 24.06.2008 - 9 A 373/06 - a. a. O.).

Diesen Ausführungen schließt sich der Senat insoweit an, als ein in der Gebührekalkulation für die Betriebsführung in Ansatz gebrachter Zuschlag auf die vereinbarten Selbstkostenerstattungspreise in Höhe von 3 % wegen eines nur geringen allgemeinen Unternehmerwagnisses bei Unternehmen, die langfristig für einen kommunalen Einrichtungsträger tätig sind, überhöht und nicht gebührenfähig ist (noch offen gelassen im Senatsbeschluss vom 22.01.1999 - 9 L 1803/97 - NdsVBI 1999, 167), auch wenn nach Nr. 52 LSP ein betriebsüblicher Gewinn zwischen 2,5 und 5 % durchaus als angemessen erachtet wird (vgl. hierzu im Einzelnen Brüning in Driehaus, a. a. O., § 6 Rn. 197 e; Rosenzweig/Freese, a. a. O., § 5 Rn. 87; Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen, 5. Auflage 1987, zu Nr. 52 LSP; Gruneberg, Das preisrechtliche Unternehmerwagnis in der Abfallwirtschaft, NWVBI 2008, 341 ff.).

In diesem Sinne erachtet der Senat die Gefahren und Risiken, die das allgemeine unternehmerische Wagnis abbilden und einen Aufschlag nach Maßgabe des Preisrechts rechtfertigen, bei der vorliegend von der Beklagten mit der Stadtwerke Osnabrück AG vereinbarten Betriebsführung im Hinblick darauf, dass die Berechnung der Betriebsführungskosten weiterhin auf der Basis von Selbstkostenerstattungspreisen erfolgt, bereits als sehr gering. Aufgrund der langfristig vereinbarten Betriebsführung durch die Stadtwerke Osnabrück AG für die Dauer von 30 Jahren ist auch nicht erkennbar, welche sonstigen Wagnisse, die aus der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung entstehen und keine Einzelwagnisse im Sinne von Nr. 47 Abs. 3 LSP sind, für die Stadtwerke Osnabrück AG mit der Tätigkeit im Bereich der Abwasserbeseitigung verbunden sein sollen, zumal die Beklagte

als alleinige Gesellschafterin der Stadtwerke Osnabrück AG im Innenverhältnis ausgleichspflichtig und -fähig ist. Solche Wagnisse sind auch dem Vortrag der Beklagten nicht zu entnehmen.

Der Senat bezweifelt jedoch darüber hinaus, ob ein Gewinnzuschlag für das allgemeine unternehmerische Wagnis bei der Betriebsführung durch kommunale Eigengesellschaften überhaupt in Einklang mit dem Erforderlichkeits- und Kostendeckungsprinzip stehen und als Fremdleistung gebührenfähig sein kann. Auch wenn das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen in seiner neueren Rechtsprechung zur Höhe des Gewinnzuschlags außer Betracht lässt, ob es sich bei dem betriebsführenden Unternehmen um ein mehrheitlich oder vollständig von der aufgabenpflichtigen Kommune selbst betriebenes Unternehmen handelt, kann nach Auffassung des erkennenden Senats nicht außer Acht gelassen werden, dass die Erzielung von Gewinnen bei gebührenfinanzierten Einrichtungen wie einer öffentlichen Einrichtung zur Schmutz- oder zur Niederschlagswasserbeseitigung, bei der gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 NKAG das Gebührenaufkommen die Kosten der jeweiligen Einrichtung decken, aber nicht übersteigen soll, grundsätzlich unzulässig ist. Ein kalkulatorischer Gewinnzuschlag für ein allgemeines Unternehmerwagnis scheidet daher von vornherein aus, wenn die Kommune die gebührenfinanzierte öffentliche Einrichtung selbst, ggf. durch einen kommunalen Eigenbetrieb führt (vgl. hierzu im Einzelnen: Brüning in Driehaus, a. a. O., § 6 Rn. 197 e, f m. w. Nw. und Schulte/Wiesemann, Rn. 175). Das Verbot einer Gewinnerzielung für gebührenfinanzierte, nicht wirtschaftlich betriebene öffentliche Einrichtungen darf jedoch nicht dadurch unterlaufen werden, dass sich der kommunale Einrichtungsträger zur Betriebsführung eines privaten Unternehmens bedient, dessen alleiniger Anteilseigner bzw. Gesellschafter er selbst ist (Eigengesellschaft) und für dessen Betriebsführung ein Gewinnzuschlag berechnet wird, der letztlich im Wesentlichen über die Gebührenerhebung dem kommunalen Einrichtungsträger zufließt, wie die Beklagte in der mündlichen Verhandlung selbst eingeräumt hat.

Ob der Ansatz eines kalkulatorischen Gewinnzuschlages für das allgemeine unternehmerische Wagnis in den Betriebskosten von kommunalen Eigengesellschaften von vornherein nicht gebührenfähig ist oder ob - alternativ - der daraus folgende Gewinnzuwachs bei dem kommunalen Einrichtungsträger als Anteilseigner bzw. Gesellschafter der Betriebsführungsgesellschaft in der Gebührenkalkulation von den Fremdleistungen als zu erwartende Einnahme abzuziehen ist (hierzu Brüning in Driehaus, a. a. O., § 6 Rn. 197 f; offen gelassen vom OVG NW, Urteil vom 24.06.2008 - 9 A 373/06 - a. a. O.), bedarf hier jedoch keiner abschließenden Entscheidung. Denn selbst wenn davon auszugehen wäre, dass für die hier vereinbarten Selbstkostenerstattungspreise ein Gewinnzuschlag nicht

gebührenfähig wäre, wären die von der Beklagten für das Jahr 2006 festgelegten Gebührensätze aus diesem Grund nur unwirksam, wenn dadurch die Gebührensätze mehr als nur geringfügig überhöht wären. Abzustellen wäre insoweit auf die Geringfügigkeitsgrenze, die in der bisherigen Rechtsprechung des Senats toleriert worden ist (vgl. die Senatsurteile vom 04.11.2002 - 9 LB 215/02 - a. a. O. und vom 18.09.2003 - 9 LB 390/02 - a. a. O.), da die gesetzliche Fehlertoleranzgrenze von 5 % gemäß § 2 Abs. 1 Satz 3 NKAG erst zum 1. Januar 2007 in Kraft getreten und auf die Gebührensätze für das Jahr 2006 noch nicht anzuwenden ist (vgl. hierzu ausführlich Lichtenfeld in Driehaus, a. a. O., § 6 Rn. 731 m. w. Nachw.). Darauf, ob die Grenze der Geringfügigkeit in diesem Sinne durch den in den Betriebsführungskosten enthaltenen, nicht für die Schmutz- und die Niederschlagswasserbeseitigung getrennt ausgewiesenen Gewinnzuschlag überschritten wäre, kommt es vorliegend jedoch nicht an, weil die Gebührensätze für die Schmutz- und die Niederschlagswassergebühren für 2006 bereits aus den zu 1. und 2. angeführten Gründen unwirksam sind.

4. Aus diesem Grund ist für die Entscheidung des Berufungsverfahrens auch nicht mehr erheblich, ob die Gebührensätze für die Schmutz- und die Niederschlagswassergebühren für 2006 sich ferner deshalb als überhöht erweisen, weil die Beklagte gemäß § 12 Abs. 5 AAS 2004 zwar eine Gebühr für die Beseitigung des „sonstigen in die Kanalisation eingeleiteten Wassers“ erhebt, für diese Gebühr jedoch keinen eigenständigen Gebührensatz kalkuliert hat, sondern die Gebühr je nachdem, ob das sog. sonstige Wasser in einen Schmutzwasser-, Mischwasser- oder in einen Niederschlagswasserkanal eingeleitet wird, entweder nach der Schmutzwasser- oder der Niederschlagswassergebühr berechnet hat, ohne dass der Senat zu erkennen vermag, dass die voraussichtliche Menge des sog. sonstigen Wassers bei der Kalkulation dieser Gebühren hinreichend berücksichtigt wurde.

Nach der Satzung der Beklagten fällt unter den Begriff „sonstiges Wasser“ das bei der Entwässerung von Deponien anfallende und in die Schmutzwasserkanalisation abgeleitete Wasser, aber auch das z. B. aus Baugruben eingeleitete und nach Messgeräten zu ermittelnde Grundwasser (vgl. §§ 14 Abs. 5, 12 Abs. 5 b AAS 2004), das auch als "Fremdwasser" bezeichnet wird. Sieht jedoch die einschlägige Gebührensatzung für die Beseitigung von Fremdwasser eine Sondergebühr vor, verlangt dies grundsätzlich auch eine auf diese Sondergebühr bezogene Gebührenkalkulation unter Ansatz der darauf entfallenden Kosten und Maßstabseinheiten (vgl. hierzu Brüning in Driehaus, a. a. O., § 6 Rn. 358 zu § 6). Eine solche Kalkulation hat die Beklagte nicht erstellt. Der Gebührenkalkulation für die Schmutz- und die Niederschlagswassergebühr ist ebenfalls nicht hinreichend zu entnehmen, welche Mengen sonstigen Wassers (über die Entwässerung von

Deponien hinaus) im Gebührenjahr 2006 voraussichtlich anfallen werden und welche Kosten anteilig auf die Beseitigung des sonstigen Wassers entfallen. Es ist daher nicht auszuschließen, dass bei der Kalkulation der Schmutz- und der Niederschlagswasserbeseitigung die für die Beseitigung des sonstigen Wassers zu veranschlagende Abwassermenge nur unzureichend berücksichtigt wurde und dies zu einem überhöhten Gebührensatz für die Schmutz- und die Niederschlagswassergebühr geführt hat.

Über die sonstigen, von der Klägerin im Berufungsverfahren aufrecht erhaltenen Einwände gegen die Rechtmäßigkeit der Gebührenkalkulation war nicht zu entscheiden, weil sie angesichts der Unwirksamkeit der Gebührensätze für die Schmutz- und die Niederschlagswassergebühren für 2006 aus den zu 1. und 2. angeführten Gründen nicht mehr entscheidungserheblich sind.

II.

Der Gebührenbescheid der Beklagten vom 19. Januar 2007 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 22. November 2007 kann hinsichtlich der festgelegten Gebühren für die Schmutz- und die Niederschlagswasserbeseitigung für das Jahr 2007 ebenfalls nicht auf eine wirksame Satzungsgrundlage gestützt werden. Zwar sind die Gebührensätze für das Jahr 2007 nicht wegen eines Verstoßes gegen § 5 Abs. 2 Satz 3 NKAG in der seit dem 1. Januar 2007 geltenden Fassung unwirksam, weil die Beklagte bei ihrer Kalkulation die Kostenüber- bzw. -unterdeckungen aus dem Kalkulationszeitraum 2004 berücksichtigt hat (hierzu unter 1.). Allerdings fehlt es auch für dieses Gebührenjahr an einer nachvollziehbaren Aufschlüsselung der Betriebsführungskosten der Stadtwerke Osnabrück AG auf die rechtlich selbständigen öffentlichen Einrichtungen der Schmutz- und der Niederschlagswasserbeseitigung der Beklagten, insbesondere betreffend die auf diese beiden unterschiedlichen Einrichtungen bezogenen Personalkosten, was aus den gleichen Gründen wie unter I.2. zur Unwirksamkeit der Gebührensätze und zur Rechtswidrigkeit des angefochtenen Gebührenbescheides führt (hierzu unter 2.). Es kommt daher nicht mehr darauf an, ob die Gebührensätze für die Schmutz- und die Niederschlagswasserbeseitigung für das Jahr 2007 unter Beachtung der seit dem 1. Januar 2007 geltenden Fehlerfolgenregelung des § 2 Abs. 1 Satz 3 NKAG auch aus anderen Gründen um mehr als 5 % überhöht sind (hierzu unter 3.).

1. Der angefochtene Gebührenbescheid vom 19. Januar 2007 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 22. November 2007 ist hinsichtlich der festgesetzten Schmutz- und Niederschlagswassergebühr nicht deshalb rechtswidrig, weil die Gebührensätze für die Schmutz- und Niederschlagswasserbeseitigung im Jahr 2007 wegen eines Verstoßes gegen die gesetzlichen Anforderungen des § 5 Abs. 2 Satz 3 NKAG unwirksam sind.

Grundlage für die Erhebung der Schmutz- und Niederschlagswassergebühren für das Jahr 2007 ist die Satzung der Beklagten vom 12. Dezember 2006 über die Höhe der Gebühren für die Benutzung der Abwasserbeseitigung für das Haushaltsjahr 2007, nach der für die Ableitung häuslicher und gewerblicher Schmutzwasser 1,79 Euro je m³ und für die Ableitung des Niederschlagswassers 0,86 Euro je m² festgelegt wurden. Wie sich aus der im Berufungsverfahren vorgelegten Beschlussvorlage Nr. 6826 betreffend die Festlegung der Gebührensätze für 2007 ergibt, hat die Beklagte in der Kalkulation der Schmutzwassergebühr eine Überdeckung aus dem Jahr 2004 in Höhe von 1,0 Millionen Euro gebührenmindernd zum Ansatz gebracht und bei der Kalkulation der Niederschlagswassergebühr ein Defizit aus dem Kalkulationszeitraum 2004 in Höhe von 0,98 Millionen Euro gebührenerhöhend berücksichtigt. Mit der entsprechenden Beschlussfassung über die Gebührensätze für 2007 unter Berücksichtigung der angegebenen Über-/Unterdeckungen aus 2004 ist der Stadtrat der Beklagten seiner gesetzlichen Ausgleichspflicht aus § 5 Abs. 2 Satz 3 NKAG nachgekommen. Weder hat die Klägerin gegen die Höhe der sich aus einer Nachkalkulation für das Jahr 2004 ergebenden Über- bzw. Unterdeckung etwas vorgetragen, noch ergeben sich aus den im Berufungsverfahren vorgelegten Unterlagen für den Senat insoweit offensichtliche Mängel.

2. Der Gebührenbescheid vom 19. Januar 2007 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 22. November 2007 ist hinsichtlich der festgesetzten Schmutz- und Niederschlagswassergebühr jedoch rechtswidrig und in dem im Berufungsverfahren noch streitigen Umfang gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufzuheben, weil er nicht auf eine wirksame Satzungsgrundlage gestützt werden kann. Die Gebührensätze für die Schmutz- und Niederschlagswasserbeseitigung der Beklagten für das Jahr 2007 erweisen sich ebenso wie die Gebührensätze für das Jahr 2006 als unwirksam, weil die Beklagte bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht nachvollziehbar erläutern konnte, wie und in welcher Höhe die in ihrer Gebührenkalkulation für das Jahr 2007 für die Betriebsführung in Ansatz gebrachten Personalkosten der Stadtwerke Osnabrück AG der jeweils rechtlich eigenständigen öffentlichen Einrichtung für die Schmutzwasserbeseitigung einerseits und der öffentlichen Einrichtung für die Niederschlagswasserbeseitigung andererseits zuzuordnen waren. Die Zuordnung der Personalkosten der Betriebsführerin zu den unterschiedlichen

öffentlichen Einrichtungen der Beklagten wird auch durch die von der Beklagten im Berufungsverfahren nachgereichte Aufstellung über die Personalkosten der Stadtwerke Osnabrück AG im Bereich "Stadtentwässerung" nicht nachvollziehbar. Zur Begründung im Einzelnen wird auf die Ausführungen unter I.2. Bezug genommen, da die von der Beklagten im Berufungsverfahren vorgelegte Personalkostenaufschlüsselung betreffend das Jahr 2007 keine Besonderheiten aufweist und dies aus den gleichen Gründen zur Unwirksamkeit der Gebührensätze für 2007 führt.

3. Es kommt für die Entscheidung im Berufungsverfahren daher nicht mehr darauf an, ob der Gebührenbescheid vom 19. Januar 2007 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 22. November 2007 sich auch aus anderen Gründen als rechtwidrig erweist, insbesondere ob die Gebührensätze für die Schmutz- und die Niederschlagswasserbeseitigung für das Jahr 2007 wegen der von der Klägerin im Übrigen geltend gemachten Mängel bei der Gebührenkalkulation im Sinne der seit dem 1. Januar 2007 geltenden Fehlerfolgenregelung des § 2 Abs. 1 Satz 3 NKAG um mehr als 5 % überhöht sind.