

Göttinger Onlinebeiträge zum Agrarrecht
Herausgegeben von Univ.-Prof. Dr. José Martínez

Nr. 01/18
18.12.2017
Jonas Einfeldt

Anschlusszwang bei öffentlichen
Wasserversorgung-/-entsorgungsanlagen

Zitiervorschlag: Einfeldt, Anschlusszwang bei öffentlichen Wasserversorgung-/-entsorgungsanlagen, in : Martínez (Hrsg.), Göttinger Onlinebeiträge zum Agrarrecht Nr. 01/18, Seite XX

Dieser Aufsatz unterliegt dem Schutz des Urheberrechts und anderer Schutzgesetze. Er darf nicht zu kommerziellen Zwecken kopiert, verbreitet, verändert oder Dritten zugänglich gemacht werden.

Gefördert durch Mittel der



Gliederung

A.	Der Anschlusszwang – Herkunft und Bedeutung.....	1
B.	Der Anschlusszwang und das Grundgesetz.....	1
I.	Art. 14 GG – Der Schutz des Eigentums.....	2
II.	Art. 12 GG – Die Berufsfreiheit.....	3
III.	Art. 2 I GG – Die allgemeine Handlungsfreiheit.....	5
IV.	Verhältnismäßigkeit.....	5
1.	Legitimer Zweck.....	6
2.	Geeignetes Mittel.....	7
3.	Erforderlichkeit.....	7
a)	Wasserversorgung.....	8
aa)	Die Abschaffung des Anschlusszwangs.....	8
bb)	Dezentralisierung – Der Wettbewerb im Markt.....	8
cc)	Die Verpflichtung eines lokalen Gebietsversorgers oder Universaldienstleisters.....	11
b)	Wasserentsorgung.....	12
c)	Impulse aus dem Ausland.....	13
4.	Angemessenheit.....	15
V.	Zwischenergebnis.....	16
C.	Der Anschlusszwang und das Europarecht.....	16
D.	Der Anschlusszwang in Niedersachsen.....	17
I.	Der Tatbestand.....	17
II.	Die Rechtsfolge.....	18
E.	Der Anschlusszwang und Privatisierung.....	19
I.	Grenzen der Privatisierung.....	19
II.	Die Beteiligung Privater– Der Wettbewerb um den Markt.....	21
F.	Fazit.....	22

A. Der Anschlusszwang – Herkunft und Bedeutung

Das Institut des Anschlusszwangs findet sich in jedem Bundesland¹ in Deutschland wieder und wird mittlerweile als „klassisches Instrument des Kommunalrechts“² bezeichnet. Seine Ursprünge gehen auf die Mühlen- und Backofenzwänge im 12. Jahrhundert zurück.³ In der Folge wurden gesundheits- und seuchenpolizeiliche Erwägungen immer bedeutsamer.⁴ Regelmäßig umfasst der Anschlusszwang die Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung. Die Kommunen werden ermächtigt, Grundstückseigentümer zur Duldung technischer Verbindungen zu den öffentlichen Einrichtungen zu verpflichten.⁵ Diese Tatsache führt zu einer Monopolbildung, nur die vom Anschlusszwang berücksichtigte Einrichtung wird die entsprechenden Leistungen vornehmen können.⁶ Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Erkenntnis, dass beide Bereiche primäre gesundheits- und hygienepräventive Bedürfnisse darstellen.⁷ Es handelt sich um kommunale Selbstverwaltungsaufgaben, die dem Bereich der Daseinsvorsorge zuzuordnen sind.⁸ Ob die Gewährleistung dieser Aufgaben notwendigerweise ein Zwangsinstrument voraussetzt, wird sich im Laufe der Untersuchung zeigen müssen. So ist Ziel dieser Arbeit, anhand einer Analyse der grundsätzlichen Vereinbarkeit des Instituts mit deutschem Verfassungsrecht und einem Blick auf das Europarecht zu einer Bewertung der Rechtfertigung zu kommen. Betrachtet werden sollen ebenso mögliche Auswirkungen des Anschlusszwangs auf die Frage, in welchem Umfang der Anschlusszwang Privatisierungen in der Wasserversorgung und -entsorgung beeinflusst.

B. Der Anschlusszwang und das Grundgesetz

Die Betrachtung des deutschen Verfassungsrechts soll zunächst die hierdurch gezogenen Grenzen des Instituts aufzeigen. Gleichzeitig könnte auch eine Basis für Fragen der kommunalrechtlichen Ausgestaltung im Einzelfall sowie eine Argumentationsgrundlage für die Frage nach der Rechtfertigung des Instituts im Wandel der Zeit geschaffen werden.

Der Anschlusszwang bei öffentlichen Wasserversorgungs- und -entsorgungsanlagen berührt sowohl die von diesem betroffenen Grundstückseigentümer als auch wirtschaftliche Akteure als potentielle Konkurrenten in verschiedenen grundrechtlichen Positionen. Insbesondere die Art. 14, 12 I, 2 I GG bedürfen einer näheren Betrachtung.

1 § 13 NKomVG; § 11 GemO BW; Art. 24 BayGO; § 15 KV M-V; § 9 GO NRW; § 26 GemO Rheinland-Pfalz; § 22 KSVG; § 14 SächsGemO; § 11 KVG LSA; § 17 GO SH; § 20 ThürKO; § 12 BbgKVerfG; § 19 HGO.

2 Gläß, Rechtsfragen des kommunalen Anschluss- und Benutzungszwangs in Zeiten von Klimawandel und Energiewende, Baden-Baden 2016, S. 95.

3 Faber, Der kommunale Anschluss- und Benutzungszwang, Baden-Baden 2004, S. 37.

4 Faber, (Fn. 3), S. 37 f.; vgl. auch Seewald, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Heidelberg 2006, Rn. 170.

5 Vgl. Burgi, Kommunalrecht, München 2015, § 16 Rn. 61.

6 Faber, (Fn. 3), S. 42.

7 Vgl. Faber, (Fn. 3), S. 47.

8 Brüning, Der Private bei der Erledigung kommunaler Aufgaben, Berlin 1997, S. 33 f., 199.

Der Anschlusszwang ist streng von dem Benutzungszwang zu trennen.⁹ Da die Benutzung leitungsgebundener Leistungen einen Anschluss an das Netz voraussetzt,¹⁰ kann im Bereich der Wasserversorgung- und -entsorgung jedoch eine gemeinsame Betrachtung erfolgen. Umgekehrt wird sich der Anschlusszwang ohne einhergehenden Benutzungszwang regelmäßig als rechtswidrig erweisen, da eine Beschränkung auf den Anschluss von Grundstücken an das Netz der Wasserversorgung und -entsorgung nicht zweckförderlich wäre.¹¹ Es soll festgestellt werden, ob mögliche Eingriffe überhaupt gerechtfertigt werden können, wobei der Aspekt der Verhältnismäßigkeit im Anschluss gesondert betrachtet wird.

I. Art. 14 GG – Der Schutz des Eigentums

Art. 14 GG schützt das Eigentum. Darunter ist jede vom Gesetzgeber gewährte vermögenswerte Rechtsposition zu verstehen, die dem Einzelnen im Sinne eines Ausschließlichkeitsrechts zugeordnet ist.¹² Das Grundeigentum des Privaten ist vom Schutzbereich erfasst,¹³ sodass der Schutzbereich im Hinblick auf vom Anschlusszwang adressierte Grundstückseigentümer eröffnet ist¹⁴. Gleiches könnte für Unternehmer gelten, wenn diese in ihrem Tätigkeitsfeld betroffen sind, weil der Anschlusszwang zugunsten anderer Einrichtungen eingeführt wird. Unter diesen Umständen wäre der vom Schutz des Art. 14 GG umfasste¹⁵ eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb betroffen.¹⁶ Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass Art. 14 GG jedenfalls nicht die Erwerbchancen schützt.¹⁷ Noch nicht am Markt aktiv beteiligte Unternehmen sind also nicht erfasst.

In beiden Konstellationen greift der Anschlusszwang in den Schutzbereich des Grundrechts ein, zum einen wird den Grundstückseigentümern die Nutzung eigener Anlagen zur Wasserversorgung- und -entsorgung erschwert¹⁸, oder allgemeiner auch das dem Eigentum immanente Nutzungsrecht beschränkt¹⁹, ebenso werden andere

9 *Olgemöller*, Kommunale Anschluss- und Benutzungszwänge im Dienste privatisierter Daseinsvorsorge, Marburg 2006, S. 53.

10 *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 41 f.

11 *Gläß*, (Fn. 2), S. 113.

12 BVerfGE 78, 58 (71); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, München 2016, Art. 14 Rn. 5 f.; *Papier*, in: Maunz/Dürig/Scholz u.w. (Hrsg.), GG, München 2017, Art. 14 Rn. 55.

13 *Papier*, in: Maunz/Dürig/Scholz u.w. (Hrsg.), (Fn. 12), Art. 14 Rn. 55.

14 *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 92 f.

15 A.A.: *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Band I, Tübingen 2013, Art. 14 Rn. 63.

16 *Wefelmeier*, in: Blum/Baumgarten/Freese u.w. (Hrsg.), KVR-NKomVG, Wiesbaden 2017, § 13 Rn. 3; *Faber*, (Fn. 3), S. 137 f.; *Gläß*, (Fn. 2), S. 358.
A.A.: *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 72 ff.

17 *Papier*, in: Maunz/Dürig/Scholz u.w. (Hrsg.), (Fn. 12), Art. 14 Rn. 100; *Sodan*, in: Sodan (Hrsg.), Grundgesetz, München 2015, Art. 14 Rn. 12.

18 BVerwG, NVwZ-RR 1990 S. 96; OVG Lüneburg, NuR 2007 S. 43 (44); *Faber*, (Fn. 3), S. 136; *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 72; *Burgi*, (Fn. 5), § 16 Rn. 66.

19 *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 72.

Marktteilnehmer durch die Monopolbildung zugunsten anderer Einrichtungen vom Markt gedrängt²⁰.

Auf Rechtfertigungsebene ist zu differenzieren, ob eine Inhalts- und Schrankenbestimmung oder eine Enteignung vorliegt.²¹ Ganz überwiegend wird der Anschlusszwang in seinen in Betracht kommenden Wirkweisen gegenüber den Betroffenen als Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 I 2 GG eingestuft.²² Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung setzt demnach ein Gesetz im formellen Sinne oder zumindest ein auf ein solches gestütztes materielles Gesetz²³ voraus.

II. Art. 12 GG – Die Berufsfreiheit

In Bezug auf die schon oben angesprochenen Mitbewerber bei der Wasserversorgung und -entsorgung wird auch das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG relevant.²⁴ Dieses umfasst als einheitliches Grundrecht sowohl die Berufswahl als auch die Berufsausübung.²⁵ Zu einem Schutz künftiger Erwerbsmöglichkeiten führt dies zwar nicht,²⁶ die Freiheit, einen bestimmten Beruf überhaupt ausüben zu können unterfällt jedoch dem Schutzbereich. Im Unterschied zu Art. 14 GG sind somit neben den potentiellen Wettbewerbern auch „markteintrittsbereite Neubewerber“²⁷ vom Schutzbereich umfasst. Der mit dem Anschlusszwang oftmals einhergehende Benutzungszwang führt, wie schon eingangs dargestellt, zu einer Monopolbildung.²⁸ Diesbezüglich kann die zunächst umstrittene Frage, ob die Monopolbildung zugunsten öffentlicher Einrichtungen vom Schutzbereich umfasst sei, überzeugend mit dem Hinweis auf eine umfassende Grundrechtsbindung der öffentlichen Gewalt (vgl. Art. 1 III GG) positiv beantwortet werden.²⁹ Dieses Monopol verdrängt und verhindert neue Wettbewerber auf einem freien Markt, insbesondere ist eine objektiv berufsregelnde Tendenz erkennbar,³⁰ ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff liegt vor.

20 Faber, (Fn. 3), S. 138; Wefelmeier, in: Blum/Baumgarten/Freese u.w. (Hrsg.), (Fn. 16) § 13 Rn. 3; Pielow/Finger, Der Anschluss- und Benutzungszwang im Kommunalrecht, JURA 2007, S. 189 (198 f.).

21 Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), (Fn. 12), Art. 14 Rn. 33.

22 BVerwG, NVwZ-RR 1990 S. 96; BGHZ, 54, 293 (297); OVG Frankfurt (Oder), U. v. 31.7.2003 – 2 A 316/02, Juris; BayVGh, DÖV 1988, 301 (302); Olgemöller, (Fn. 9), S. 81 f.; Faber, (Fn. 3), S. 139 ff.; Gläß, (Fn. 2), S. 360; Wefelmeier, in: Blum/Baumgarten/Freese u.w. (Hrsg.), (Fn. 16), § 13 Rn. 33.

A.A. mit dem Hinweis, nur bei geringwertigen Sachen läge eine Inhalts- und Schrankenbestimmung vor: Erichsen, Die kommunalen öffentlichen Einrichtungen (Teil II), JURA 1986, S. 196 (202); Röhl, in: Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Berlin 2013, Rn. 168.

23 Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), (Fn. 12), Art. 14 Rn. 35; Sodan, in: Sodan (Hrsg.), (Fn. 17), Art. 14 Rn. 30.

24 Gläß, (Fn. 2), S. 416 ff.; Olgemöller, (Fn. 9), S. 54 ff.; Faber, (Fn. 3), S. 150 ff.

25 Vgl. BVerfGE 7, 377 (402); Wieland, in: Dreier (Hrsg.), (Fn. 15), Art. 12 Rn. 48.

26 Burgi, (Fn. 5), § 17 Rn. 66.

27 Faber, (Fn. 3), S. 150.

28 Vgl. BayVGh, BayVBl. 1973, 380 (381 f.); Gläß, (Fn. 2), S. 166; Olgemöller, (Fn. 9), S. 42.

29 Faber, (Fn. 3), S. 150 f.; Gläß, (Fn. 2), S. 422 ff.

30 Olgemöller, (Fn. 9), S. 58 f.

Eine Rechtfertigung setzt nach Art. 12 I 2 GG eine gesetzliche Grundlage voraus. Ausreichend ist ein Gesetz im materiellen Sinne, wobei besonders intensive Eingriffe nach der Wesentlichkeitstheorie auf ein formelles Gesetz gestützt werden müssen.³¹ Die Unterscheidung nach Intensität des Eingriffs auf der Ebene der Rechtfertigung ist Ausfluss der Unterscheidung zwischen Berufsausübung und Berufswahl und wurde im sogenannten Apotheken-Urteil des BVerfG³² konkretisiert.³³ Die hieraus entwickelte Dreistufentheorie stellt bei intensiveren Grundrechtsbeeinträchtigungen auch erhöhte Anforderungen an die Rechtfertigung ebendieser.³⁴ Diese Differenzierung nach Berufsausübungs- sowie subjektiven und objektiven Berufswahlregelungen ist im Ergebnis eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.³⁵ Die Lokalisierung des Instituts Anschlusszwang auf eine der genannten Stufen scheint jedoch keineswegs unproblematisch.³⁶ Jedenfalls ist dies nur unter Einbeziehung aller Faktoren möglich, im Einzelfall könnten auch Eingriffe in Form objektiver Berufswahlbeschränkungen in Betracht kommen. So wird vom Grundsatz her davon auszugehen sein, dass staatliche Monopole eine solche darstellen.³⁷ Eine objektive Berufswahlbeschränkung kann von einer Berufsausübungsregelung insofern abgegrenzt werden, als dass erstere eine Zulassung zu einem bestimmten Beruf unmöglich macht.³⁸ Wasserversorger- und -entsorger könnten aufgrund des kommunalen Bezugs des Anschluss- und Benutzungszwanges jedoch auch auf ein Tätigwerden in Nachbargemeinden verwiesen werden.³⁹ Nach Faber⁴⁰ wird diese Interpretation mit dem Verweis darauf angezweifelt, dass die wirtschaftlichen Schwierigkeiten eines solchen Ausweichens insbesondere für kleinere Unternehmen objektive Zulassungsbeschränkungen darstellen. Ebenso erscheint es im Bereich der Wasserversorgung und -entsorgung kaum möglich, die Grundrechtsbetroffenen auf andere Modalitäten der Berufsausübung zu verweisen.⁴¹ Dementsprechend ist es nicht ausgeschlossen, dass das Monopol auch eine objektive Berufswahlbeschränkung darstellen⁴², und in diesen Fällen nur durch den Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes gerechtfertigt werden, kann.⁴³

31 *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), (Fn. 12), Art. 12 Rn. 28 ff.; *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, München 2014, Art. 12 Rn. 110.

32 BVerfGE 7, 377.

33 *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 58 f.

34 *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), (Fn. 31), Art. 12 Rn. 125.

35 BVerfGE 25, 1 (12); 30, 292 (315); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), (Fn. 12), Art. 12 Rn. 33 ff.

36 Vgl. *Faber*, (Fn. 3), S. 152 ff.

Zur Problematik in Hinblick auf die Fernwärme *Gläß*, (Fn. 2), S. 426 ff.

37 BVerfGE 21, 245 (250 f.); BVerwGE 62, 224 (230).

38 *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), (Fn. 12), Art. 12 Rn. 37.

39 *Faber*, (Fn. 3), S. 153 ff.

40 *Faber*, (Fn. 3), S. 153 ff.

41 *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 61 ff.

42 *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 61 f.; *Faber*, (Fn. 3), S. 156; *Weiß, Wolfgang*, Öffentliche Monopole, kommunaler Anschluß- und Benutzungszwang und Art. 12 GG, VerwArch 1999, S. 415 (422); *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Baden-Baden 2003, Rn. 603.

43 BVerwGE 62, 224 (230).

III. Art. 2 I GG – Die allgemeine Handlungsfreiheit

Ebenso könnte der Schutzbereich der subsidiären allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG eröffnet sein, Grundstückseigentümer werden durch den Anschlusszwang in ihrer Freiheit beschränkt, die Wasserversorgung und -entsorgung mit eigenen Mitteln sicherzustellen. Dies käme immer dann in Betracht, wenn der Schutzbereich anderer Grundrechte im Einzelfall nicht eröffnet ist.⁴⁴ Eine Rechtfertigung des Eingriffs kommt nach Art. 2 I GG unter anderem im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung in Betracht, dies kann als allgemeiner Gesetzesvorbehalt verstanden werden.⁴⁵

IV. Verhältnismäßigkeit

Die dargelegten Rechtfertigungsmöglichkeiten haben gemein, dass sie sich als verfassungsmäßige Konkretisierung der Einschränkung darstellen müssen. Als gesetzliche Grundlage kommen die jeweiligen landesgesetzlichen Regelungen und darauf gestützten Satzungen in Betracht. Dabei ist insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Nur wenn der Anschlusszwang im Einzelfall ein geeignetes und erforderliches Mittel zur Verfolgung eines legitimen Zwecks darstellt und die widerstreitenden Interessen in einen angemessenen Ausgleich bringt, kann von einem verfassungsgemäßen Anschlusszwang gesprochen werden.⁴⁶

Die strengsten Anforderungen an eine Rechtfertigung werden in den Fällen eines Eingriffes in Art. 12 GG gestellt, in denen eine objektive Berufswahlbeschränkung vorliegt. So muss die Gefährdung überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter nachweisbar sein oder zumindest eine höchstwahrscheinlich schwerwiegende Gefahr für diese vorliegen.⁴⁷ Inwieweit dem Gesetzgeber diesbezüglich eine Einschätzungsprärogative zukommt, ist entscheidend für den Maßstab der folgenden Prüfung. So besteht Einigkeit, dass die Prüfung der Gerichte intensiver als eine Vertretbarkeitskontrolle ausfallen muss.⁴⁸ Aufgrund dessen wird die Legislative auf Prognoseentscheidungen zukünftiger Entwicklungen beschränkt.⁴⁹ Jedenfalls die Auswahl der eingriffslegitimierenden Gemeinwohlbelange ist davon nicht mehr erfasst.⁵⁰ Weiterhin wirkt sich diese Erkenntnis im Rahmen der Erforderlichkeit aus. So nimmt das BVerfG im Bereich der Gefahrenabwehr einen nicht vollständig zurücktretenden Spielraum des Gesetzgebers an.⁵¹ Das gewählte Mittel müsse sich allerdings nach den bekannten Tatsachen und den bisher gemachten Erfahrungen als erforderlich erweisen.⁵²

44 Vgl. Gläß, (Fn. 2), S. 436 f.

45 Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), (Fn. 12), Art. 2 Rn. 13; Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), (Fn. 31), Art. 2 Rn. 90.

46 Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Sodan, in: Sodan (Hrsg.), (Fn. 17), Art. 1 Vorb. Rn. 60 ff.

47 Mann, in: Sachs (Hrsg.), (Fn. 31), Art. 12 Rn. 133.

48 Weiß, Wolfgang, (Fn. 42), S. 415 (433); Olgemöller, (Fn. 9), S. 69; Gläß, (Fn. 2), S. 433.

49 Vgl. Olgemöller, (Fn. 9), S. 69 f.; Mann, in: Sachs (Hrsg.), (Fn. 31), Art. 12 Rn. 133.

50 Mann, in: Sachs (Hrsg.), (Fn. 31), Art. 12 Rn. 133.

51 BVerfGE 102, 197 (218).

52 BVerfGE 102, 197 (218).

1. Legitimer Zweck

Legitimer Zweck des Anschlusszwangs ist in erster Linie die Volksgesundheit.⁵³ Im Rahmen des Anschlusszwangs an die Wasserversorgung soll eine hohe Qualität des Trinkwassers gewährleistet werden, bezüglich der Wasserentsorgung stehen der Schutz vor Verunreinigungen des Grundwassers und die Seuchengefahr im Vordergrund.⁵⁴ Ebenso wird vermehrt auf den Umweltschutz als hinzutretenden legitimen Zweck verwiesen.⁵⁵ Dieser hat zumindest mittelbar Auswirkungen auf die Gesundheit der Menschen.⁵⁶ In einigen Landesgesetzen wird er sogar explizit in der entsprechenden kommunalen Ermächtigungsgrundlage genannt.⁵⁷ Ob ein Anschlusszwang selbst in solchen Fällen, in denen kein konkreter Bezug zur Volksgesundheit und keine explizite Erwähnung in der Ermächtigungsgrundlage besteht, aus Gründen des überregionalen Umwelt- und Klimaschutzes normiert werden kann, ist insbesondere im Rahmen der Fernwärmeversorgung umstritten.⁵⁸ Diese Problematik ist jedoch der Frage nach der Vereinbarkeit mit der Ermächtigungsgrundlage vorbehalten, die verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines Anschlusszwangs bei der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung kann jedenfalls auf Gründe des Umweltschutzes respektive des Gewässerschutzes gestützt werden. Für diese Einstufung als Gemeinwohlbelange mit Verfassungsrang spricht auch die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG.⁵⁹ Im Hinblick auf mögliche Eingriffe in Art. 12 GG in Form objektiver Berufswahlbeschränkungen stellen sowohl der Gesundheitsschutz als auch der Umweltschutz Gemeinschaftsgüter von überragend wichtiger Bedeutung dar.⁶⁰

Ein weiterer legitimer Zweck könnte in finanziellen Interessen der Kommunen zu sehen sein. So wird nur der Anschluss einer großen Mehrheit an die entsprechende Einrichtung diese rentabel machen.⁶¹ Ganz überwiegend wird ein derartiges Interesse als alleiniger Zweck für die Rechtfertigung des Instituts abgelehnt.⁶² Die finanziellen Interessen können aber neben die schon genannten Zwecke treten und dergestalt bei der Anwendung

53 BVerwG, NVwZ 1992, 565 (566); BVerwGE 62, 224 (230).

54 *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 38 f.; *Lell*, Der öffentlich-rechtliche Anschluss- und Benutzungszwang im Spannungsfeld zum Privatrecht, ZKF 2003, S. 2 (3).

55 BVerwGE 62, 224 (230); *Pielow/Finger*, (Fn. 20), S. 189 (192); *Gläß*, (Fn. 2), S. 186 f.; *Gern*, (Fn. 42), Rn. 603.

56 *Weiß, Wolfgang*, (Fn. 42), S. 415 (435).

57 § 11 I GemO BW, § 14 I SächsGemO; § 17 II GO SH; § 12 II BbgKVerfG.

58 Bejahend: *Faber*, (Fn. 3), S. 76 f.; *Gläß*, (Fn. 2), S. 186, 235 f.; *Kahl/Schmidtchen*, Kommunaler Klimaschutz durch Erneuerbare Energien, Tübingen 2013, S. 313; *Wefelmeier*, in: Blum/Baumgarten/Freese u.w. (Hrsg.), (Fn. 16), § 13 Rn. 14.

Ablehnend: BVerwG NVwZ 2006, 595 (597); OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2008, 810 (811); *Meyer*, in: Blum/Häusler/Meyer (Hrsg.), NKomVG, Wiesbaden 2017, § 13 Rn. 4.

59 *Gläß*, (Fn. 2), S. 371.

60 BVerfGE 7, 377 (414); BVerwG 62, 224 (230); *Faber*, (Fn. 3), S. 156 f.

61 *Wefelmeier*, in: Blum/Baumgarten/Freese u.w. (Hrsg.), (Fn. 16), § 13 Rn. 15.

62 *Gläß*, (Fn. 2), S. 184 f.; *Gern*, (Fn. 42), Rn. 14; *Burgi*, (Fn. 5), § 16 Rn. 64.

des Instituts im Einzelfall ihre Wirkung entfalten.⁶³ Sehr eindeutig ist dies in § 15 I 2 der Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern geregelt.⁶⁴

2. Geeignetes Mittel

Das Mittel stellt sich dann als geeignet dar, wenn es den Zweck zumindest fördert.⁶⁵ Im Rahmen der Wasserversorgung muss also eine hohe Trinkwasserqualität gewährleistet, bei der Abwasserbeseitigung Verunreinigungen des Grundwassers verhindert werden können. Zweifel daran, dass der Anschlusszwang durch die damit verbundene Inanspruchnahme der jeweiligen Wasserversorgungs- und -entsorgungseinrichtungen die Zwecke grundsätzlich zu fördern vermag, bestehen keine.⁶⁶ Ebenso wird unter den Aspekten des Umweltschutzes ein Anschlusszwang oftmals sicherstellen können, dass es nicht zu unregulierter Wassergewinnung kommt und Abwässer unbehandelt in den Naturkreislauf eingeleitet werden.

3. Erforderlichkeit

In den Mittelpunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung wird vielmehr das Merkmal der Erforderlichkeit gerückt.⁶⁷ Das gewählte Mittel ist nur dann erforderlich, wenn keine anderen gleich geeigneten mildereren Mittel zur Zweckerreichung vorhanden sind.⁶⁸ Milder ist ein Mittel dann, wenn es das entsprechende Grundrecht weniger stark einschränkt.⁶⁹ Ob sich der Anschlusszwang auch im Einzelfall als milderer und gleich geeignetes Mittel darstellt, wird nur unter Berücksichtigung der jeweiligen technischen, wirtschaftlichen und sozialen Umstände möglich sein.⁷⁰

Weiterhin muss beachtet werden, dass ein Anschlusszwang nicht nur einmalig seine Wirkung entfaltet, sondern vielmehr von einer fortdauernden Belastung der Grundrechtsbetroffenen auszugehen ist. Diese Tatsache gilt es zu berücksichtigen, der Anschlusszwang muss sich fortdauernd als erforderlich erweisen.⁷¹

Die Wasserversorgungs- und -entsorgung stellen zwei unterschiedliche Regelungsgebiete dar, eine intensivere Auseinandersetzung mit der Erforderlichkeit setzt demnach eine getrennte Betrachtung voraus. Nur so können die spezifischen Besonderheiten angemessen berücksichtigt werden. Ein Blick auf die im Ausland praktizierten Modelle sowie deren Erfahrungen könnten bei der Beurteilung hilfreich sein. Rechtliche Grenzen möglicher Alternativen des einfachen Bundes- oder Landesrechts, wie beispielsweise die

63 *Wefelmeier*, in: Blum/Baumgarten/Freese u.w. (Hrsg.), (Fn. 16), § 13 Rn. 15; *Brehme*, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, Tübingen 2010, S. 168.

64 „Ein dringendes öffentliches Bedürfnis kann nicht ausschließlich durch die Erhöhung der Wirtschaftlichkeit der Einrichtung begründet werden.“

65 BVerfGE 30, 292 (316); 126, 112 (144).

66 Vgl. *Faber*, (Fn. 3), S. 158.

67 Vgl. *Faber*, (Fn. 3), S. 158; *Weiß, Wolfgang*, (Fn. 42), S. 415 (427).

68 BVerfGE 102, 197 (217).

69 *Sodan*, in: *Sodan* (Hrsg.), (Fn. 17), Art. 1 Vorb. Rn. 65.

70 *Weiß, Wolfgang*, (Fn. 42), S. 415 (431 f.).

71 *Faber*, (Fn. 3), S. 158 f.; *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 69 f.; *Weiß, Wolfgang*, (Fn. 42), S. 415 (431); vgl. auch *Mann*, in: *Sachs* (Hrsg.), (Fn. 31), Art. 12 Rn. 133.

Bestimmung Abwasserbeseitigungspflichtiger nach § 56 S. 1 WHG i.V.m. den landesrechtlichen Bestimmungen, müssen jedoch aufgrund der Betrachtung im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung außer Betracht bleiben.

a) Wasserversorgung

Zunächst soll sich dem Anschlusszwang bei der öffentlichen Wasserversorgung gewidmet werden.

aa) Die Abschaffung des Anschlusszwangs

Als offensichtlichstes milderes Mittel stellt sich ein Verzicht auf den Anschlusszwang an die öffentliche Wasserversorgung dar.⁷² Die angesprochenen möglichen Grundrechtsbeeinträchtigungen würden entfallen. Wenn ein Mittel jedoch schon geeignet ist, die beabsichtigten Zwecke zu fördern, erscheint es fraglich, ob der Verzicht auf dieses dann überhaupt eine gleich geeignete Alternative darstellen kann. Hierbei handelt es sich um die Frage nach der absoluten Erforderlichkeit.⁷³ Die Intentionen des Gesetzgebers würden durch diese Argumentation umgangen, denn ein Verzicht auf den Anschlusszwang hätte zur Folge, dass der Staat seine durch den Anschlusszwang geschaffenen Einflussmöglichkeiten aufgibt.⁷⁴ Die folgende Prüfung alternativer gleich geeigneter Mittel ist also eine solche relativer Art,⁷⁵ es muss geprüft werden, ob dem Gesetzgeber andere Mittel zur Verfügung stünden.

bb) Dezentralisierung – Der Wettbewerb im Markt

Ein milderes Mittel könnten solche Rahmenvorgaben darstellen, die jeden Einwohner dazu verpflichten, sich selbst mit Trinkwasser in entsprechender Qualität zu versorgen. Auf den Anschlusszwang an eine bestimmte Einrichtung würde verzichtet werden, diese Eingriffe in Art. 14 GG und auch Art. 2 I GG der dem Zwang Unterworfenen würden entfallen. Ebenso stünde einer privaten Beteiligung auf dem Markt nicht mehr die angesprochene Monopolstellung entgegen, diese Eingriffe in Art. 12 GG würden ebenfalls vermieden. Ein milderes Mittel läge mithin vor.⁷⁶

Mit einer derart weiten Marktöffnung haben sich insbesondere das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie im Jahr 2001⁷⁷ und das Umweltbundesamt im Jahr 2000⁷⁸ beschäftigt. In beiden Studien werden zwei Modelle näher betrachtet. Einerseits das an dieser Stelle angesprochene Modell einer umfassenden Deregulierung und als

72 Vgl. auch *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 69 f.

73 *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, Tübingen 2014, S. 325.

74 Vgl. *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 211.

75 Vgl. *Bickenbach*, (Fn. 73), S. 325.

76 Vgl. *Faber*, (Fn. 3), S. 159.

77 *BMWi*, Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung, Forschungsvorhaben 11/00, Berlin 2001.

78 *Umweltbundesamt*, Liberalisierung der deutschen Wasserversorgung – Auswirkungen auf den Gesundheits- und Umweltschutz, Skizzierung eines Ordnungsrahmens für eine wettbewerbliche Wasserwirtschaft, Berlin 2000.

„Wettbewerb im Markt“⁷⁹ bezeichnete, andererseits ein als „Wettbewerb um den Markt“⁸⁰ bezeichnetes Modell, auf welches noch zurückzukommen sein wird. Eine derart intensive Auseinandersetzung mit den technischen Spezifika der Wasserversorgung kann an dieser Stelle nicht erfolgen, dennoch könnte ein Überblick schon Zweifel an der Geeignetheit des Modells wecken.

So hätte ein solches System zur Folge, dass die Wasserversorgung nicht mehr zentral von einem Versorger erfolgen würde. Die Abnehmer würden teils auf eigene dezentrale Wassergewinnungsanlagen umsteigen oder aber von anderen Einrichtungen Trinkwasser beziehen. Fraglich wäre, ob dieses System eine hohe Trinkwasserqualität, Versorgungssicherheit und in Bezug auf den Umweltschutz eine nachhaltige Wasserwirtschaft dauerhaft gewährleisten kann. Grundsätzlich wird davon auszugehen sein, dass dem Gesundheitsschutz dienende Grenzwerte auch durch dezentrale kleinere Anlagen in privater Hand gewährleistet werden können.⁸¹

Bedenken ergeben sich jedoch zunächst aus der Tatsache, dass der Staat sich von der Verantwortlichkeit für die Gewährleistung einer hygienischen Trinkwasserversorgung nicht trennen kann, dies lässt sich schon aus den grundgesetzlichen Schutzpflichten des Staates und einem originären Leistungsrecht aus Art. 2 II 1 GG i.V.m. Art. 1 I 1 GG ableiten.⁸² Wenn der Staat also Aufgaben auf Private überträgt, muss er weiterhin seiner Aufgabenverantwortung nachkommen können.⁸³ Diese Einhaltung eines gewissen Schutzniveaus setzt eine regelmäßige Überprüfung voraus.⁸⁴ Der Gesundheits- und Umweltschutz gebietet jedoch auch eine flexible Reaktion auf sich ändernde örtliche Verhältnisse, eine Festlegung auf bestimmte Rahmenvorgaben würde diese erschweren.⁸⁵ Die notwendige staatliche Kontrolle der Privaten könnte also an ihre Grenzen stoßen⁸⁶ und so die Zwecke Gesundheits- und Umweltschutz nicht derart fördern, wie dies bei einem zentralen System infolge des Anschlusszwanges der Fall wäre.⁸⁷

Weiterhin lässt auch eine Betrachtung der Eigenarten der Wasserversorgung Zweifel an der Geeignetheit des Mittels aufkommen. Insbesondere ist die Wasserverteilung auf ein Leitungsnetz angewiesen, sowohl wirtschaftliche Erwägungen aufgrund hoher Fixkosten und auch die erhöhte Bodennutzung⁸⁸ lassen ein Nebeneinander mehrerer Leitungssysteme nicht zielführend erscheinen, die Wasserverteilung ist somit als natürliches Monopol einzuordnen.⁸⁹ Ein natürliches Monopol zeichnet sich dadurch aus, dass bei leitungsgebundenen Leistungen der Aufbau und Betrieb eines Netzes nur für wenige große Unternehmen mit vielen potentiellen Abnehmern wirtschaftlich sinnvoll

79 Umweltbundesamt, (Fn. 78), S. 45 f.; *BMWi*, (Fn. 77), S. 3.

80 Umweltbundesamt, (Fn. 78), S. 45 f.; *BMWi*, (Fn. 77), S. 3.

81 Umweltbundesamt, (Fn. 78), S. 30.

82 *Brehme*, (Fn. 63), S. 407 f.; *Faber*, (Fn. 3), S. 110 ff.

83 *Brüning*, (Fn. 8), S. 263.

84 *Faber*, (Fn. 3), S. 115 f.

85 *Faber*, (Fn. 3), S. 160.

86 Umweltbundesamt, (Fn. 78), S. 71.

87 Vgl. OVG Frankfurt (Oder), U. v. 31.7.2003 – 2 A 316/02, Juris.

88 Vgl. *Weiß, Nicole*, Liberalisierung der Wasserversorgung, Frankfurt am Main 2004, S. 207.

89 *Brehme*, (Fn. 63), S. 79 f.; *Spelthahn*, Privatisierung natürlicher Monopole – Theorie und internationale Praxis am Beispiel Wasser und Abwasser, Wiesbaden 1994, S. 222.

ist.⁹⁰ Auch wenn auf die wettbewerbsfördernden Aspekte eines freien Leitungsbaus verwiesen wird⁹¹, entstehen gleichzeitig Bedenken, ob ein derartiger anfänglicher Wettbewerb um die natürliche Monopolstellung tatsächlich noch mit einem nachhaltigen Trinkwasser- und Gewässerschutz vereinbar ist⁹². Ein freier Leitungsbau ließe sich durch Netzdurchleitungsregelungen, vergleichbar mit den Bereichen der Telekommunikation und Elektrizität, umgehen.⁹³ Jedoch kommt auch diese Lösung nicht ohne die Erwähnung nicht unerheblicher Nachteile aus. So wird häufig angeführt, dass Vermischen verschiedener Wässer gehe mit Qualitätseinbußen einher, eine technische Aufbereitung sei oftmals notwendig.⁹⁴ Die Suche nach einem Verursacher würde zumindest bei mehreren Einleitern erschwert.⁹⁵ Weiterhin sei mit einer Zunahme der Fernwasserversorgung zu rechnen, wenn sich die Wasserförderung auf wasserreiche Gebiete konzentriert, um so die kostenaufwendige Förderung in anderen Gebieten zu umgehen.⁹⁶ Im Hinblick auf den Ressourcenschutz scheinen erneut Zweifel an der Umweltverträglichkeit angebracht.⁹⁷ Ebenfalls kann die Wasserqualität unter den längeren Fließzeiten leiden, sodass wiederum qualitätsmindernde Aufbereitungsmaßnahmen notwendig würden, um den Gesundheitsschutz zu gewährleisten.⁹⁸

Auch wenn man diese Zweifel an der Geeignetheit mit einem Hinweis auf die Vorteile eines Verbundnetzes in Form von flexibleren Reaktionen auf den Ausfall einzelner Einleiter versuchen würde auszuräumen, muss wiederum auf die Nachteile verwiesen werden. Auftretende Störungen könnten sich über das System hinaus fortpflanzen.⁹⁹

Neben diese auf den Umwelt- und Gesundheitsschutz bezogenen Argumente tritt auch noch ein solches ökonomischer Art. So wird angeführt, private Versorger würden sich auf rentable Gebiete konzentrieren, die Kommunen müssten in den übrigen Gebieten die Versorgung selbst übernehmen.¹⁰⁰

Es bleibt somit festzuhalten, dass die derzeitige kleinflächige Wasserversorgungsstruktur in Deutschland¹⁰¹ einem durch Fernwasserversorgung geprägten System mehrerer überregional agierender Versorger weichen würde. Die Eigenschaften des Wassers lassen

90 *Weiß, Wolfgang*, (Fn. 42), S. 415 (428).

91 *BMWi*, (Fn. 77), S. 42 f.

92 *Weiß, Nicole*, (Fn. 88), S. 206 f.

93 *BMWi*, (Fn. 77), S. 43 f.; *Masing*, Regulierungsverantwortung und Erfüllungsverantwortung – Alternativen der Verwaltungsverantwortung am Beispiel der Privatisierungsdiskussion zur Wasserversorgung, *VerwArch* 2004, S. 151 (156); *Brehme*, (Fn. 63), S. 82.

94 *Umweltbundesamt*, (Fn. 78), S. 33 ff., S. 64 ff.; *BMWi*, (Fn. 77), S. 10.

95 *Umweltbundesamt*, (Fn. 78), S. 64 ff.

96 *Umweltbundesamt*, (Fn. 78), S. 49.

97 *Umweltbundesamt*, (Fn. 78), S. 49 f.

98 *Umweltbundesamt*, (Fn. 78), S. 46.

99 Vgl. *Scheele*, Versorgungssicherheit und Qualitätsstandards in der Wasserversorgung – Neue Herausforderungen unter veränderten Rahmenbedingungen, Berlin 2006, S. 37.

100 *Faber*, (Fn. 3), S. 161 f.

101 *BMWi*, (Fn. 77), S. 11; *Masing*, (Fn. 93), S. 151 (154); *Burgi*, Privatisierung der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung, in: *Hendler/Marburger/Reinhardt/Schröder*, Schriftenreihe des Instituts für Umwelt- und Technikrecht der Universität Trier, Umweltschutz, Wirtschaft und kommunale Selbstverwaltung, Band 55, Berlin 2001, S. 101 (117).

eine derartige Entwicklung nicht unproblematisch in Bezug auf den Schutz der Gesundheit und der Umwelt erscheinen. Auch eine Zunahme der Zahl aktiver Wasserversorger und Eigenversorger geht mit Nachteilen einher. In der Bewertung dieser Schwierigkeiten nimmt das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zwar eine deutlich offenere Position¹⁰² als das Umweltbundesamt¹⁰³ ein, die grundsätzlichen Herausforderungen werden jedoch übereinstimmend erkannt.

Es gilt zu klären, inwieweit sich diese Erkenntnisse auf die Beurteilung der Erforderlichkeit unter Berücksichtigung des Prüfungsmaßstabes auswirken, ob dem Gesetzgeber also Tatsachen bekannt sind oder aufgrund von Erfahrungen bekannt sein müssten (vgl. S. 5 f.), die die gleiche Eignung des Mittels nachweisen. Jedenfalls bestehen in Deutschland keine Erfahrungssätze mit einer derart weiten Marktöffnung.¹⁰⁴ Es werden jedoch auch Faktoren angeführt, die für die Eignung des Mittels sprechen sollen. So seien die angesprochenen Herausforderungen für die Gesundheit und Umwelt schon ausreichend durch Regelungen in anderen Bereichen berücksichtigt, eine tatsächliche Gefahr für die Umwelt oder Gesundheit sei weder nachweisbar noch höchstwahrscheinlich.¹⁰⁵ Dem wird allerdings mit dem Hinweis entgegengetreten, dass gerade die Beteiligung eines Privaten ein Kräfteverhältnis zugunsten der Wirtschaft begründen würde, Umweltschutzbelange würden gegenüber Gewinninteressen in den Hintergrund treten.¹⁰⁶ Es erscheint somit sinnvoll, nicht nur das in anderen Vorschriften normierte Schutzniveau in den Blick zu nehmen, sondern auch überobligatorische Bemühungen zu erfassen.¹⁰⁷ Es kann somit nicht als erwiesen gelten, dass der Wettbewerb im Markt ein gleich geeignetes Mittel für den Gesundheits- und Umweltschutz darstellt.

Wie gezeigt entstehen durch eine weitgehende Marktöffnung Herausforderungen verschiedenster Art. Die Handhabung setzt zumindest einen noch nicht vorhandenen Regulierungsrahmen voraus.¹⁰⁸

cc) Die Verpflichtung eines lokalen Gebietsversorgers oder Universaldienstleisters

Eine derartige Ausweitung dezentraler Versorgungsstrukturen und die einhergehenden Herausforderungen ließen sich möglicherweise mit der Bestimmung eines Universaldienstleisters oder lokalen Gebietsversorgers vermeiden.¹⁰⁹ Dieser könnte ohne Anschlusszwang für die potentiellen Kunden zur Versorgung ebendieser verpflichtet werden. Überträgt man die Argumente von oben (vgl. S. 8 ff.) auf ein derartiges Modell, muss die Notwendigkeit einer Monopolstellung dieses Privaten bei der Nutzung des

102 Vgl. *BMW*, (Fn. 77,)S. 61 f.

103 Vgl. *Umweltbundesamt*, (Fn. 78), S. 75.

104 *Lenschow*, Marktöffnung in der leitungsgebundenen Trinkwasserversorgung, Berlin 2006, S. 368.

105 *Lenschow*, (Fn. 104), S. 362 f.

106 *Masing*, (Fn. 93), S. 151 (157 f.).

107 Vgl. *Burgi*, in: Hender/Marburger/Reinhardt/Schröder, (Fn. 101), S. 101 (120 f.); *Weiß, Nicole*, (Fn. 88), S. 204 f.

108 *Spelthahn*, (Fn. 89), S. 73; vgl. *Lenschow*, (Fn. 104), S. 369.

109 Vgl. *Faber*, (Fn. 3), S. 162 f., mit Verweis auf Möglichkeit der Konkurrentenauswahl.

Leitungsnetzes auch hier anerkannt werden. An dieser Stelle wird die Frage nach der Erforderlichkeit des Anschlusszwangs auf die Frage der Erforderlichkeit staatlicher Aufgabenwahrnehmung ausgeweitet. Zumindest gegenüber dem verpflichteten Gebietsversorger oder Universaldienstleister stellt sich dieses Mittel als milder dar.¹¹⁰ Den Einwohnern verbliebe zumindest die Alternative der Eigenversorgung.

Im Rahmen der Auswahl des privaten Wasserversorgers und vertraglicher Absprachen könnte sichergestellt werden, dass allen Einwohnern ein Mindeststandard gewährleistet wird.¹¹¹ Diese Argumentation sieht sich jedoch insbesondere zwei Vorbehalten ausgesetzt. Zum einen setzt dieses Modell einseitig bei den Versorgern an, die Errichtung von Eigenanlagen für Verbraucher stellt auch in diesem Modell eine Option dar und ginge mit erschwerten Kontrollmöglichkeiten einher. Dem wird mit dem Argument entgegengetreten, auch die Einhaltung des Anschlusszwangs setze eine Überprüfung der Einhaltung voraus.¹¹² Vom Grundsatz her ist dieser Ansatz zwar richtig, er verkennt jedoch die unterschiedliche Intensität des Kontrollaufwands bei der Frage, ob ein Haushalt an die öffentliche Wasserversorgung angeschlossen wurde und der Kontrolle der Einhaltung bestimmter Qualitätsstandards einer Vielzahl von Eigenanlagen.

Zum anderen zeigt gerade die Anerkennung einer Monopolstellung des Versorgers, dass die vorliegende Problematik vielmehr eine solche des Umfangs staatlicher Beteiligung bei der Wasserversorgung mit Anschlusszwang ist. Welche Möglichkeiten diesbezüglich bestehen und inwiefern diese auch politisch wünschenswert sein könnten, muss bei der Frage nach der Rechtfertigung des Instituts Anschlusszwang unberücksichtigt bleiben. So stellt auch Weiß mit seiner kritischen Haltung gegenüber der staatlichen Monopolbildung unter Ausschluss privater Beteiligung nicht den Anschlusszwang als solchen infrage.¹¹³

b) Wasserentsorgung

Im Rahmen der Wasserentsorgung kann bezüglich der Ausführungen zu der Abschaffung des Anschlusszwangs ohne an die Stelle tretende anderweitige Regelungen nach oben verwiesen werden (s. S. 8). Fraglich ist jedoch, inwieweit das Modell des Wettbewerbs im Markt durch die Spezifika der Wasserentsorgung anders zu beurteilen sein könnte. Ein regulatorischer Rahmen, der Standards für die hygienische Wasserentsorgung setzt, ist zumindest auch für die Abwasserbeseitigung denkbar.

Die Bedenken hinsichtlich des zu erwartenden steigenden Kontrollaufwands lassen sich übertragen.¹¹⁴ So wird dieser durch die auch ökologisch wertvolle Reduzierung der Direkteinleiter mittels weniger zentraler Anlagen¹¹⁵ niedrig gehalten. Ebenso kann

110 Vgl. *Lenschow*, (Fn. 104), S. 366 f.

111 Vgl. *Faber*, (Fn. 3), S. 162 f.

112 *Weiß, Wolfgang*, (Fn. 42), S. 415 (439).

113 *Weiß, Wolfgang*, (Fn. 42), S. 415 (441).

114 Vgl. BVerwG, NVwZ 1998, 1080 (1081); *Burgi*, in: Hendlers/Marburger/Reinhardt/Schröder, (Fn. 101), S. 101 (126 f.); *Nisipeanu*, § 18a Abs. 2a Wasserhaushaltsgesetz – Oder: Alles ist anders, aber nichts ändert sich wirklich!, NuR 1998, S. 467 (474); *Hanke/Libbe*, Ansätze und rechtliche Rahmenbedingungen für neuartige Lösungen in der Abwasserentsorgung, ZfU 2012, S. 151 (158).

115 OVG Schleswig, ZfW 2000, 69 (70); *Burgi*, in: Hendlers/Marburger/Reinhardt/Schröder, (Fn. 101), S. 101 (110).

Privaten ein niedriges Interesse an der Übernahme ökologischer Verantwortung unterstellt werden, zumindest in den Bereichen, in denen sich kein unmittelbarer wirtschaftlicher Nutzen ergibt.¹¹⁶ Weiterhin ist auch die Abwasserbeseitigung an ein Leitungsnetz gebunden, der Hinweis auf eine möglicherweise einhergehende erhöhte Bodennutzung mit negativen Auswirkungen auf den Umweltschutz muss also ebenfalls Geltung beanspruchen können.¹¹⁷

Zweifelhaft hingegen erscheint eine Bezugnahme auf die erwähnten Probleme bei der Fernwasserversorgung. Eine unmittelbar erhöhte Gefahr für die Umwelt durch längere Transportwege von Abwässern wird, soweit ersichtlich, nicht angeführt. Zwar erscheint es nicht ausgeschlossen, dass Private im Rahmen der effizienzsteigernden Erwägungen auf größere Einzugsgebiete und damit größere Anlagen umsteigen, diese Entscheidung stellt sich jedoch als bloße unternehmerische Zweckmäßigkeitserwägung dar.

Die schon bei der Wasserversorgung angebrachten Zweifel an der Geeignetheit der Verpflichtung eines Privaten ohne gleichzeitige Möglichkeit eines Anschlusszwangs müssen sogar verstärkt bei der Abwasserbeseitigung berücksichtigt werden. So betrifft die Abwasserbeseitigung die Einwohner nur mittelbar. Sobald die Abwässer fortgeleitet wurden, zeigen sich die Gefahren für die Gesundheit erst nachdem es zu Umweltschädigungen gekommen ist und dies nicht notwendigerweise bei den Einleitenden. Das Interesse an hygienischem Trinkwasser ist hingegen ein unmittelbares, der Konsument ist zunächst allein im eigenen Interesse auf die Versorgung angewiesen. Die Motivation, Abwässer auch fachgerecht zu entsorgen, muss sich also geringer darstellen. Übereinstimmend mit der Rechtsprechung¹¹⁸ und der Literatur¹¹⁹ kann der Anschlusszwang also das effektivere Mittel für eine schnelle und gefahrlose Beseitigung der Abwässer darstellen.

Dass der Gesetzgeber auf Tatsachen oder Erfahrungen zugreifen kann, die die gleiche Eignung eines alternativen Regulierungskonzeptes beweisen, ist nicht ersichtlich.

c) **Impulse aus dem Ausland**

Ein Blick in das Ausland könnte bestätigende oder widerlegende Argumente zu der Problematik beitragen. Exemplarisch soll sich dabei den Ländern Frankreich und England/Wales gewidmet werden.

Anders als in Deutschland stellt sich die Wasserversorgung und -entsorgung in Frankreich dar. Für die Abwasserentsorgung privater Haushalte besteht zwar auch eine generelle Anschlusspflicht, diese sieht jedoch Ausnahmen vor, so müssen nicht

116 *Burgi*, in: Hender/Marburger/Reinhardt/Schröder, (Fn. 101), S. 101 (121).

117 Vgl. zur Wasserversorgung *Weiß, Nicole*, (Fn. 88), S. 207.

118 BGHZ 54, 293 (298); BVerwG, NVwZ 1998, 1080 (1081); B. v. 22.12.1997 - 8 B 25097, BeckRS 1997, 31224030; OVG Münster, U. v. 14.12.2010, 15 A 1290/10, Juris.

119 *Hanke/Libbe*, (Fn. 114), S. 151 (157); *Burgi*, in: Hender/Marburger/Reinhardt/Schröder, (Fn. 101), S. 101 (126 f.); *Kummer/Giesberts*, Rechtsfragen der Privatisierung kommunaler Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung, NVwZ 1996, S. 1166 (1170).

angeschlossene Haushalte Klärgruben nutzen.¹²⁰ Für zusammenhängende Wohngebiete, Siedlungen, Ufer- und Küstengebiete und bei der Erteilung von Baugenehmigungen kann hingegen von einem umfassenden Anschlusszwang gesprochen werden.¹²¹ Die im Vergleich zu Deutschland verbreiteteren Eigenanlagen lassen sich jedoch durch die ländlichere Siedlungsstruktur erklären,¹²² ein Argument für dezentral organisierte Wasserentsorgungsstrukturen geht damit nicht einher.

Deutliche Unterschiede ergeben sich hingegen bei einem Vergleich mit der französischen Wasserversorgung. Diese wird zum großen Teil von Privaten übernommen, was wiederum auf die schlechte finanzielle Lage der französischen Kommunen zurückgeführt wird.¹²³ Dennoch ist die Wasserversorgung allein Aufgabe der Kommunen,¹²⁴ innerhalb dieser aber jeweils zentral strukturiert.¹²⁵ Ein mit dem Anschlusszwang vergleichbares Modell existiert nicht, so kann die Versorgung auch über Eigenanlagen erfolgen, wenn entsprechende Qualitätsstandards nachgewiesen werden.¹²⁶ Trotz dessen weist Frankreich im Bereich der Wasserversorgung einen Anschlussgrad von 99 % an die öffentliche Wasserversorgung auf.¹²⁷ Diese Tatsache überrascht, wird der Anschlusszwang in Deutschland doch damit gerechtfertigt, die Zahl der Eigenversorger müsse niedrig bleiben (vgl. S. 8 ff.). Eine Begründung könnte in der Erkenntnis liegen, dass der Anreiz, einen einmal an die öffentliche Wasserversorgung angeschlossenen Haushalt von dieser zu trennen und auf Eigenanlagen umzusteigen, gering sein wird. Ob diese Schlussfolgerung jedoch derart zwingend ist, dass damit schon die Erforderlichkeit in Frage gestellt werden muss, bleibt fraglich. Derartige Erfahrungen mögen nicht überall Geltung beanspruchen können. Zumindest wird damit jedoch der konkrete Nutzen des Mittels in Frage gestellt. Ebenfalls liefert die Situation in Frankreich keine Erfahrungen mit Netzdurchleitungsregeln und deren Auswirkung auf die Umwelt und Wasserqualität. Auch ist es gerade der hohe Anschlussgrad an die öffentliche Wasserversorgung, der eine Bewertung, ob die Nutzung von Eigenanlagen doch ein hohes Umwelt- und Gesundheitsschutzniveau gewährleisten können, nicht zulässt.

In England und Wales ist die Wasserversorgung und -entsorgung seit dem Water Act 1989 materiell privatisiert.¹²⁸ Einen Anschlusszwang gibt es nicht, im Bereich der Wasserversorgung scheint der Verzicht auf einen Anschluss an das öffentliche Leitungsnetz dennoch sehr selten zu sein.¹²⁹ Vergleichbar mit der Situation in Frankreich lässt dies keinen Schluss auf das Schutzniveau möglicher Eigenanlagen zu. Die

120 *Kraemer/Schönfelder/Schönbäck/Oppolzer*, Internationaler Vergleich der Siedlungswasserwirtschaft, Informationen zur Umweltpolitik, Wien 2003, S. 272.

121 *Kraemer/Schönfelder/Schönbäck/Oppolzer*, (Fn. 120), S. 272 f.

122 *Kraemer/Schönfelder/Schönbäck/Oppolzer*, (Fn. 120), S. 283.

123 *Brehme*, (Fn. 63), S. 222 ff.; *Spelthahn*, (Fn. 89), S. 126 ff.

124 *Spelthahn*, (Fn. 89), S. 135.

125 *BMWi*, (Fn. 77), S. 26.

126 *Kraemer/Schönfelder/Schönbäck/Oppolzer*, (Fn. 120), S. 351.

127 Eurostat, <<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/165427/umfrage/anschlussgrad-an-oeffentliche-wasserversorgung-in-europa-2007/>> [12.03.2018, 15:00].

128 *Brehme*, (Fn. 63), S. 227; *Kraemer/Schönfelder/Schönbäck/Oppolzer*, (Fn. 120), S. 161; *Spelthahn*, (Fn. 89), S. 164.

129 *Kraemer/Schönfelder/Schönbäck/Oppolzer*, (Fn. 120), S. 161.

Wasserversorgung von privaten Haushalten erfolgt ähnlich wie in Deutschland von dem für das Versorgungsgebiet zuständigen Unternehmen, lediglich für industrielle und gewerbliche Großkunden ist der Wettbewerb im Markt mittels Netzdurchleitungsregeln geöffnet.¹³⁰ Mit dem Verweis auf den hohen Regulierungsaufwand wird dieses Modell jedoch nicht für private Haushalte vorgesehen,¹³¹ die Schlussfolgerung zu einem Wettbewerb im Markt in Deutschland findet demnach eine Bestätigung.

Das Fehlen gleich geeigneter milderer Mittel wird durch die Erkenntnisse aus dem Ausland folglich nicht in Frage gestellt.

4. Angemessenheit

Der Anschlusszwang müsste im Einzelfall auch angemessen sein. Die beeinträchtigten Grundrechte dürften nicht außer Verhältnis zu den geschützten Rechtsgütern Umwelt und Gesundheit stehen.¹³² Insbesondere muss die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt sein.¹³³ Die geschützten Güter stellen solche von Verfassungsrang dar, grundsätzliche Bedenken, dass der Anschlusszwang unter diesen Voraussetzungen nicht angemessen sein könnte, bestehen keine.¹³⁴ Dies schließt ein anderes Ergebnis für Einzelfälle besonders intensiver Grundrechtsbeeinträchtigung jedoch nicht aus.¹³⁵ Diese müssen entsprechend von Ausnahmeregelungen erfasst werden.¹³⁶ Die Verfassungsmäßigkeit im Einzelfall ist demnach von der Intensität der konkreten Grundrechtsbeeinträchtigungen und den örtlichen Verhältnissen abhängig.¹³⁷ Dabei ist unter anderem die Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 II GG) zu berücksichtigen.¹³⁸ Potentielle Härtefälle müssen auch vor dem Hintergrund bewertet werden, dass jede Ausnahme vom Anschlusszwang zu erhöhten Kosten für die übrigen Einwohner führt, sodass daraus resultierende nicht mehr tragbare Preise einer Ausnahme entgegenstehen können.¹³⁹

Neben dieser Notwendigkeit von Ausnahmeregelungen für Einzelfälle muss jedoch schon bei der Entscheidung der Kommune über die Einführung oder Beibehaltung des Anschlusszwangs eine genaue Betrachtung der örtlichen Besonderheiten erfolgen. Dies setzt auch eine Bewertung des konkreten Nutzens des Mittels voraus.¹⁴⁰ In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die dargestellte Situation in Frankreich Anlass für eine kritische Hinterfragung bietet. Wenn dort ohne Anschlusszwang derart hohe Anschlussquoten erreicht werden, bedarf die Beurteilung der Erforderlichkeit eines Anschlusszwangs an die öffentliche Wasserversorgung einer Prüfung, inwiefern mit

130 *Brehme*, (Fn. 63), S. 233 f.

131 *Brehme*, (Fn. 63), S. 233 f.

132 Vgl. BVerfGE 90, 145 (185).

133 BVerwGE 125, 68 (76); *Wefelmeier*, in: Blum/Baumgarten/Freese u.w. (Hrsg.), (Fn. 16), § 13 Rn. 6.

134 Vgl. *Faber*, (Fn. 3), S. 166 f.; *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 70 f.

135 Vgl. *Brehme*, (Fn. 63), S. 384 ff.; *Faber*, (Fn. 3), S. 167.

136 *Pielow/Finger*, (Fn. 20), S. 189 (199); *Wefelmeier*, in: Blum/Baumgarten/Freese u.w. (Hrsg.), (Fn. 16), § 13 Rn. 6; *Laskowski*, Das Menschenrecht auf Wasser, Tübingen 2010, S. 773.

137 *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 70 f.

138 OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2012, 286 (288); vgl. *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 83 f.

139 BVerwG, NVwZ 1986, 754 (755).

140 Vgl. *Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), (Fn. 31), Art. 20 Rn. 157.

einem Umstieg der Einwohner auf Eigenanlagen überhaupt zu rechnen ist. Soweit ersichtlich erfährt dieser Punkt noch keine Berücksichtigung, eine kritischere Auseinandersetzung scheint indiziert.

V. Zwischenergebnis

Der kommunale Anschlusszwang an die öffentliche Wasserversorgung und -entsorgung lässt sich im Einzelfall also verfassungskonform gestalten. Dennoch bedarf es einer genauen Betrachtung der örtlichen Gegebenheiten und der Eingriffsintensität der Betroffenen, damit die verfassungsrechtlichen Anforderungen gewahrt werden. Im Bereich der Wasserversorgung könnte etwas mehr Zurückhaltung bei der Anwendung geboten sein. Zu trennen von der hier behandelten Frage nach der Rechtfertigung ist die nach der Ermöglichung privater Beteiligung bei den Aufgaben der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung unter Beibehaltung des Anschlusszwangs. Inwieweit eine solche wünschenswert erscheint und vom Anschlusszwang beeinflusst wird, bedarf einer gesonderten Diskussion.

C. Der Anschlusszwang und das Europarecht

Der anerkannte Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Europarechts¹⁴¹ führt dazu, dass sich der Anschlusszwang auf kommunaler Ebene auch der Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Europarecht stellen muss. So könnte ein Rechtfertigungsbedürfnis des Instituts in Bezug auf potentielle Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. AEUV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) und das europäische Wettbewerbsrecht (Art. 101 ff. AEUV) bestehen.¹⁴² Es kann festgestellt werden, dass es oftmals schon an einem grenzüberschreitenden Bezug und damit einer Schutzbereichseröffnung fehlen wird.¹⁴³ Dies resultiert aus dem Charakter eines leitungsgebundenen Systems, der Transport von Wasser oder Abwasser über lange Distanzen wird sich oftmals als unpraktikabel oder unwirtschaftlich herausstellen.¹⁴⁴ Dennoch erscheint auch ein grenzüberschreitender Bezug in grenznahen Regionen nicht ausgeschlossen.¹⁴⁵ Wird der Anschlusszwang in diesen Einzelfällen als Eingriff eingestuft, kommt eine Rechtfertigung über Art. 36 AEUV (bzgl. der Warenverkehrsfreiheit) oder Art. 62 i.V.m. Art. 52 AEUV¹⁴⁶ (bzgl. der Dienstleistungsfreiheit) in Betracht. In beiden Normen sind unter anderem die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit als Rechtfertigungsgründe genannt, im Hinblick auf die oben genannten Schutzgüter werden die Voraussetzungen somit auch im Hinblick auf eine europarechtliche Rechtfertigung regelmäßig vorliegen.¹⁴⁷ Auch Einschränkungen des Wettbewerbs können nach

141 *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, München 2016, § 11 Rn. 48.

142 Vgl. BVerwGE 125, 68 (70).

143 *Meyer*, in: Blum/Häusler/Meyer (Hrsg.), (Fn. 58), § 13 Rn. 4; *Wefelmeier*, in: Blum/Baumgarten/Freese u.w. (Hrsg.), (Fn. 16), § 13 Rn. 7; *Faber*, (Fn. 3), S. 178; *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 254.

144 Vgl. *Lenschow*, (Fn. 104), S. 38.

145 *Faber*, (Fn. 3), S. 178.

146 *Wefelmeier*, in: Blum/Baumgarten/Freese u.w. (Hrsg.), (Fn. 16), § 13 Rn. 7.

147 *Wefelmeier*, in: Blum/Baumgarten/Freese u.w. (Hrsg.), (Fn. 16), § 13 Rn. 7.

Art. 106 II AEUV gerechtfertigt werden.¹⁴⁸ Das Europarecht steht dem Institut des Anschlusszwangs somit nicht von vornherein entgegen.¹⁴⁹ Eine Einzelfallbetrachtung ist jedoch auch hier erforderlich.

D. Der Anschlusszwang in Niedersachsen

Die Rechtsgrundlage für den Anschlusszwang an die öffentliche Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung in Niedersachsen ist in § 13 S. 1 Nr. 1 a) NKomVG normiert.

I. Der Tatbestand

Wie festgestellt geht der Anschlusszwang regelmäßig mit Grundrechtseingriffen einher, wenn den Adressaten die Möglichkeit genommen wird, sich anderweitig zu versorgen. Diese Grundrechtseingriffe können wiederum nur dann gerechtfertigt sein, wenn mit dem Anschlusszwang auch ein dauerhaftes Nutzungsrecht einhergeht.¹⁵⁰ Ist dies nicht gewährleistet, muss der Anschlusszwang als unverhältnismäßiger Eingriff in die Grundrechte gewertet werden.¹⁵¹ Ein solches Nutzungsrecht kann nur durch das kommunalrechtliche Institut der öffentlichen Einrichtung erreicht werden, dieses stellt somit ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal dar.¹⁵² Eine öffentliche Einrichtung liegt dann vor, wenn eine Zusammenfassung von Personen oder Sachen einem bestimmten Personenkreis von der Kommune zu Zwecken der Daseinsvorsorge gewidmet und zur Verfügung gestellt wird.¹⁵³

Als weiteres Tatbestandsmerkmal sieht die Norm ein dringendes öffentliches Bedürfnis vor. Aufgrund des systematischen Zusammenhangs mit § 13 Nr. 1 c) NKomVG liegt dieses bei ausreichenden Gründen des öffentlichen Wohls vor, denen der Anschlusszwang dienen kann.¹⁵⁴ Es sind also die Belange der Allgemeinheit zu berücksichtigen.¹⁵⁵ Dringlich ist dieses, wenn der Eintritt eines Schadens ernstlich droht.¹⁵⁶ Es ist folglich eine ernsthaft drohende Gefahr, insbesondere für die geschützten Güter Umwelt und Gesundheit erforderlich.¹⁵⁷ An dieser Stelle müssen demnach die oben gefunden verfassungsrechtlichen Wertungen berücksichtigt werden. Umstritten ist, inwieweit dieser unbestimmte Rechtsbegriff auch einer gerichtlichen Kontrolle unterliegt. So wird eine solche von einer Ansicht abgelehnt und die Gerichtsbarkeit auf

148 *Wefelmeier*, in: Blum/Baumgarten/Freese u.w. (Hrsg.), (Fn. 16), § 13 Rn. 7.

149 BVerwGE 125, 68 (70); *Gläß*, (Fn. 2), S. 172, 182 f.; *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 288; *Faber*, (Fn. 3), S. 207; *Gern*, (Fn. 42), Rn. 629.

150 BVerwGE 123, 159 (164 f.); *Gläß*, (Fn. 2), S. 136; *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 132 ff.

151 BVerwGE 123, 159 (164 f.); *Brehme*, (Fn. 63), S. 217; *Gläß*, (Fn. 2), S. 136; *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 132 ff.

152 *Wefelmeier*, in: Blum/Baumgarten/Freese u.w. (Hrsg.), (Fn. 16), § 13 Rn. 9; *Brüning*, (Fn. 8), S. 230 f.

153 *Burgi*, (Fn. 5), § 16 Rn. 5.

154 *Wefelmeier*, in: Blum/Baumgarten/Freese u.w. (Hrsg.), (Fn. 16), § 13 Rn. 14.

155 OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1999, 678.

156 *Meyer*, in: Blum/Häusler/Meyer (Hrsg.), (Fn. 58), § 13 Rn. 11.

157 *Faber*, (Fn. 3), S. 74 ff.

eine bloße Evidenzkontrolle beschränkt.¹⁵⁸ Eine andere Auffassung hingegen spricht von einem vollumfänglich überprüfbaren unbestimmten Rechtsbegriff.¹⁵⁹ Grundsätzlich steht dem Gesetzgeber bei den Überlegungen über die Einschränkung der Berufsfreiheit ein Einschätzungsspielraum zu.¹⁶⁰ Ebenso ist ein derartiger Prognosespielraum und Einschätzungsspielraum im Rahmen des Art. 14 GG anerkannt.¹⁶¹ Im Unterschied zu derartigen Einschätzungsprärogativen der Legislative handelt es sich bei der kommunalen Satzungsgebung jedoch um Exekutivakte.¹⁶² Die Exekutive unterliegt im Hinblick auf Art. 19 IV GG grundsätzlich verwaltungsgerichtlicher Kontrolle.¹⁶³ Die unterschiedlichen Auffassungen sind darauf zurückzuführen, dass Streit über die Einordnung der vorzunehmenden Entscheidungen in eine der in der Rechtsprechung anerkannten Fallgruppen eines eigenen Beurteilungsspielraums besteht.¹⁶⁴ Ausnahmen kommen jedoch auch bei einer Legitimation durch den Gesetzgeber in Betracht.¹⁶⁵ Eine solche findet sich zumindest in Niedersachsen darin, dass die Kommunen das dringende öffentliche Bedürfnis nach § 13 S. 1 a.E. NKomVG festzustellen haben. So ist nach der Rechtsprechung des OVG Lüneburg für Niedersachsen von einem gerichtlich nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum auszugehen.¹⁶⁶ Vor dem Hintergrund möglicher besonders intensiver Grundrechtsbeeinträchtigungen, wie objektiver Berufswahlbeschränkungen, muss jedoch auch diese Ansicht hinterfragt werden, die Grundrechtsrelevanz gebietet in Verbindung mit Art. 19 IV GG einen effektiven Rechtsschutz und damit auch eine umfassende gerichtliche Kontrolle.¹⁶⁷

Abschließend ist auf Tatbestandsebene noch zu berücksichtigen, dass schon aufgrund der Grundrechtsrelevanz des Anschlusszwangs dieser mittels Satzung (§§ 10, 11 NKomVG) angeordnet werden muss.¹⁶⁸

II. Die Rechtsfolge

Auf Rechtsfolgenseite kommt den Kommunen ein Ermessen zu, dieses darf jedoch nicht mit dem Spielraum bezüglich des Vorliegens eines öffentlichen Bedürfnisses verwechselt werden.¹⁶⁹

158 OVG Münster, NVwZ 1987, 727; *Erbguth/Mann/Schubert*, Besonderes Verwaltungsrecht, Heidelberg 2015, Rn. 273.

159 OVG Schleswig, U. v. 21.08.2002, 2 L 30/00, Juris Rn. 28; VGH Kassel, DVBl. 1975, 913 (914); *Burgi*, (Fn. 5), § 16 Rn. 65; *Gern*, (Fn. 42), Rn. 615; *Gläß*, (Fn. 2), S. 266 ff.; *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 194; *Pielow/Finger*, (Fn. 20), S. 189 (199).

160 *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), (Fn. 15), Art. 12 Rn. 116.

161 *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), (Fn. 15), Art. 12 Rn. 145.

162 *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 190.

163 Vgl. *Faber*, (Fn. 3), S. 73; *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 190.

164 *Pielow/Finger*, (Fn. 20), S. 189 (195).

165 *Gläß*, (Fn. 2), S. 271.

166 OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1991, 576 (577); zu ähnlicher Rechtslage in Sachsen OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2008, 810 (812).

167 *Weiß, Wolfgang*, (Fn. 42), S. 415 (438); *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 193; vgl. *Pielow/Finger*, (Fn. 9), S. 189 (199).

168 Vgl. *Wefelmeier*, in: Blum/Baumgarten/Freese u.w. (Hrsg.), (Fn. 16), § 13 Rn. 12.

169 Vgl. *Gläß*, (Fn. 2), S. 268.

Schließlich bietet § 13 S. 2 NKomVG mit dem Hinweis auf Ausnahmen und Beschränkungen Raum für die aus Verhältnismäßigkeitserwägungen indizierten Sonderfälle.¹⁷⁰

E. Der Anschlusszwang und Privatisierung

Wie gezeigt stellt der Anschlusszwang grundsätzlich ein hilfreiches Instrument zur Sicherstellung des Gesundheit- und Umweltschutzes dar. Verfassungsrechtliche und europarechtliche Bedenken an der Rechtfertigung des Instituts an sich bestehen keine, der kommunale Satzungsgeber kann den Anschlusszwang verfassungskonform gestalten. Die Grundrechtseingriffe, insbesondere im Hinblick auf Art. 12 GG, werfen jedoch die Frage auf, ob andere Gestaltungsmöglichkeiten nicht zumindest politisch wünschenswert wären. Grundlage einer solchen Diskussion ist die Frage nach einer stärkeren privaten Beteiligung, ob die Wasserversorgung- und -entsorgung also durch ein Monopol zugunsten staatlicher Einrichtungen gesichert werden muss. Privatisierungen unter Beibehaltung des Anschlusszwangs kämen zumindest den beteiligten Privaten zugute. Die Frage, inwieweit eine solche private Beteiligung rechtlich indiziert ist, ist nicht Gegenstand dieser Arbeit. Der Frage danach, inwiefern sich der Anschlusszwang auf Privatisierungen auswirkt, soll sich aber gewidmet werden.

I. Grenzen der Privatisierung

Dazu sind zunächst die Grenzen aufzuzeigen, die das Institut den Privatisierungsentscheidungen zieht. Entscheidend für die Beurteilung ist eine Betrachtung des Begriffs Privatisierung und seine verschiedenen Erscheinungsformen. Davon ausgehend könnten Rückschlüsse gezogen werden. Unter Privatisierung wird die Übertragung bislang vom Staat vorgenommener Aufgaben auf Private verstanden.¹⁷¹ Zu unterscheiden ist zunächst eine Übertragung des gesamten Organisations- und Verantwortungsbereiches, der materiellen Privatisierung, von der bloßen Betätigung des Staates in privatrechtlicher Form (formelle Privatisierung oder Organisationsprivatisierung).¹⁷² Hinzu kommt die sogenannte funktionelle Privatisierung, Zuständigkeit und Verantwortlichkeit verbleiben beim Staat, Private werden jedoch zur Aufgabenerfüllung als Verwaltungshelfer herangezogen.¹⁷³ Nur im Rahmen der materiellen Privatisierung zieht sich der Staat vollständig von der Aufgabenverantwortung zurück, sowohl formelle als auch funktionelle Privatisierung belassen dem Staat Einflussmöglichkeiten.¹⁷⁴

170 Vgl. *Wefelmeier*, in: Blum/Baumgarten/Freese u.w. (Hrsg.), (Fn. 16), § 13 Rn. 60.

171 *Burgi*, in: Hendlar/Marburger/Reinhardt/Schröder, (Fn. 101), S. 101 (107); *Weiß, Wolfgang*, Privatisierung und Staatsaufgaben, Tübingen 2002, S. 29.

172 *Weiß, Wolfgang*, (Fn. 171), S. 29; *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 962 (962 f.).

173 *Weiß, Wolfgang*, (Fn. 171), S. 36 f.; *Schoch*, (Fn. 172), S. 962 (962 f.).

174 *Burgi*, in: Hendlar/Marburger/Reinhardt/Schröder, (Fn. 101), S. 101 (109); *Faber*, (Fn. 3), S. 96; vgl. auch *Laskowski*, (Fn. 136), S. 787.

Die gegenständlichen Wasserversorgungs- und -entsorgungsanlagen der den Anschlusszwang begründenden Satzung werden regelmäßig öffentliche Einrichtungen sein (vgl. S. 17 f.). Die im Rahmen der öffentlichen Einrichtung herangezogene 2-Stufen-Theorie wird mittlerweile auch überwiegend für solche öffentlichen Einrichtungen mit Anschlusszwang angewendet.¹⁷⁵ Auch die Möglichkeit, die zweite Stufe, also das „Wie“ der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses privatrechtlich zu gestalten wird überwiegend anerkannt.¹⁷⁶ Im Ergebnis muss die Kommune aber immer auf beiden Stufen letztverantwortlich bleiben, nur so kann sie ihrer Grundrechtsverpflichtung vollständig nachkommen.¹⁷⁷ Die Letztverantwortlichkeit setzt voraus, dass sich die Kommune auch bei der Aufgabenwahrnehmung durch Private entsprechende Einflussmöglichkeiten vorbehält.¹⁷⁸

Aus diesem Grund sind einer materiellen Privatisierung schon rechtliche Grenzen gesetzt. Formelle und funktionelle Privatisierungen sind hingegen möglich, wenn die Kommune ihren Ingerenzpflichten in ausreichender Weise nachkommen kann.¹⁷⁹

Über den Umfang der gewährleisteten Einflussmöglichkeiten besteht in der Literatur und Rechtsprechung hingegen keine Einigkeit. So wird sich teils für eine gesellschaftsrechtliche Beherrschung der Einrichtung ausgesprochen,¹⁸⁰ teils aber auch die vertragliche Zusicherung der Aufgabenerfüllung als ausreichend erachtet, wenn diese die Versorgungssicherheit im Einzelfall garantieren kann.¹⁸¹ Richtigerweise wird es wohl auf den Einzelfall ankommen müssen, sollte die Einrichtung nicht das erforderliche Leistungsniveau liefern können, muss die Kommune effektiv eingreifen können.¹⁸² Derartigen Optionen soll sich im Folgenden gewidmet werden.

175 BVerwGE 123, 159 (161); BGH, NVwZ 1991, 606 (607); OVG Lüneburg, NJW 1977, 450 (451); OVG Münster, NVwZ 1987, 727 (728); *Faber*, (Fn. 3), S. 122 ff.; *Lell*, (Fn. 54), S. 2 (3 f.); *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 198; *Gläß*, (Fn. 2), S. 136; *Brüning*, (Fn. 8), S. 133 ff.

A.A.: OVG-Schleswig, NVwZ-RR 1997, 47 (48); OVG Magdeburg, LKV 1999, 150 (151); *Frotscher*, Die Ausgestaltung kommunaler Nutzungsverhältnisse bei Anschluß- und Benutzungszwang, Siegburg 1974, S. 16 ff.; *Wietkamp*, Probleme des Anschluß- und Benutzungszwangs unter besonderer Berücksichtigung des Bestattungswesens, Münster 1962, S. 33 ff.

176 BVerwGE 123, 159 (161); BGH, NVwZ 1991, 606 (607); OVG Lüneburg, NJW 1977, 450 (451); NVwZ 1999, 566 (566); *Burgi*, in: Hendler/Marburger/Reinhardt/Schröder, (Fn. 101), S. 101 (112); *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 147; *Gläß*, (Fn. 2), S. 138.

A.A.: OVG-Schleswig, NVwZ-RR 1997, 47 (48); OVG Magdeburg, LKV 1999, 150 (151); *Frotscher*, (Fn. 175), S. 16 ff.; *Wietkamp*, (Fn. 175), S. 33 ff.

177 BVerwGE 123, 159 (164 f.); *Gläß*, (Fn. 2), S. 139; *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 198; *Wefelmeier*, in: Blum/Baumgarten/Freese u.w. (Hrsg.), (Fn. 16), § 13 Rn. 10; *Faber*, (Fn. 3), S. 119.

178 BVerwGE 123, 159 (164 f.); *Gläß*, (Fn. 2), S. 139; *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 198; *Wefelmeier*, in: Blum/Baumgarten/Freese u.w. (Hrsg.), (Fn. 16), § 13 Rn. 10; *Faber*, (Fn. 3), S. 119; *Lell*, (Fn. 54), S. 2 (3 f.); *Gern*, (Fn. 42), Rn. 605; *Brehme*, S. 406 ff.

179 Vgl. *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 110 f.

180 Mit Verweis auf die erschwerte Einflussnahme bezüglich zukünftig notwendiger Anpassungsmaßnahmen und unsicherere Rechtsschutzmöglichkeiten *Faber*, (Fn. 3), S. 131.

181 BVerwGE 123, 159 (165); OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2008, 810 (811); *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 110 f.

182 *Gläß*, (Fn. 2), S. 140 f.

II. Die Beteiligung Privater– Der Wettbewerb um den Markt

Ein solches Modell, in dem sich der Staat nicht vollständig der Einflussmöglichkeiten begibt, ist in der schon angesprochenen Variante des Wettbewerbs um den Markt zu sehen. Zu nennen sind insbesondere das Betriebsführungsmodell und das Betreibermodell.¹⁸³ Das Betriebsführungsmodell und Betreibermodell haben gemein, dass jeweils ein Privater für die Aufgabenerledigung eingeschaltet wird, unterscheiden sich jedoch im Umfang der Aufgabenerledigung.¹⁸⁴ So umfasst das Betreibermodell über die Betriebsführung hinaus auch die Planung, Finanzierung und den Bau der Anlage.¹⁸⁵ Beide Varianten sind der funktionellen Privatisierung zuzuordnen.¹⁸⁶ Eine weitere Möglichkeit besteht in dem sogenannten Konzessionsmodell, charakteristisch ist die Einräumung bestimmter Verwertungsrechte gegenüber dem Konzessionär.¹⁸⁷ Obwohl die Zuordnung dieser Variante zur funktionellen Privatisierung nicht ganz unproblematisch erscheint,¹⁸⁸ bestehen durch den Konzessionsvertrag ausreichend Einflussmöglichkeiten¹⁸⁹ der Kommunen. Die Entscheidung der Kommune für einen Privaten wird in diesen Modellen in einem Ausschreibungsverfahren getroffen.¹⁹⁰ Der Wettbewerb wird der Aufgabenwahrnehmung somit vorgeschaltet.¹⁹¹ Die Vorteile des Anschlusszwangs und der damit einhergehenden zentralisierten Lösung können mit der Möglichkeit einer Beteiligung Privater vereint werden.¹⁹²

Ein Nebeneinander von Anschlusszwang und privater Beteiligung ist nach diesen Modellen möglich. Fraglich könnte diesbezüglich noch sein, ob derartige Optionen den Zwecken des Anschlusszwangs zuwiderlaufen würden. Zunächst kritische Stimmen¹⁹³ sind mittlerweile einer der Aufgabenwahrnehmung durch Private deutlich aufgeschlosseneren Mehrheit¹⁹⁴ gewichen. Insbesondere den durch den erhöhten Druck effizient zu wirtschaften entstehenden Gefahren für die Wasserqualität und die Umwelt könne mit einer konsequenten Vertragsgestaltung gegenübergetreten werden.¹⁹⁵ Im Unterschied zum Modell des Wettbewerbs im Markt ist es aufgrund der Beibehaltung regionaler Versorgungsgebiete geeignet, einen nachhaltigen Umweltschutz zu gewährleisten.¹⁹⁶ Die Diskussion wird mittlerweile vielmehr auf die Anforderungen an

183 *Burgi*, in: Hendlers/Marburger/Reinhardt/Schröder, (Fn. 101), S. 101 (126).

184 *Brehme*, (Fn. 63), S. 201.

185 *Brehme*, (Fn. 63), S. 201 f.; vgl. auch *Brüning*, (Fn. 8), S. 171.

186 *Faber*, (Fn. 3), S. 94; *Brehme*, (Fn. 63), S. 201.

187 *Brehme*, (Fn. 63), S. 203 ff.

188 Vgl. *Brehme*, (Fn. 63), S. 211 f.; *Faber*, (Fn. 3), S. 95.

Ablehnend: *Weiß, Nicole*, (Fn. 88), S. 33.

189 Vgl. *Weiß, Nicole*, (Fn. 88), S. 33.

190 *Masing*, (Fn. 93), S. 151 (158).

191 Vgl. *Masing*, (Fn. 93), S. 151 (158).

192 Vgl. *BMWi*, (Fn. 77), S. 38 f.; *Masing*, (Fn. 93), S. 151 (158 f.).

193 *Weiß, Nicole*, (Fn. 88), S. 231; Überblick bei *Spelthahn*, (Fn. 89), S. 102 ff.; *Kamphausen/Veelken/Schmeken*, Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung, Städte- und Gemeinderat 1988, S. 215 ff.

194 *Olgemöller*, (Fn. 9), S. 209 f.; *Umweltbundesamt*, (Fn. 78), S. 81; *BMWi*, (Fn. 77), S. 57 ff.; *Spelthahn*, (Fn. 89), S. 112 f.; *Weiß, Wolfgang*, (Fn. 42), S. 415 (439).

195 *Spelthahn*, (Fn. 89), S. 113.

196 Vgl. *Weiß, Nicole*, (Fn. 88), S. 210.

die Regulierungsmaßnahmen verlagert.¹⁹⁷ Zu berücksichtigen sind jedoch auch die großen Vorbehalte der Bevölkerung gegenüber Liberalisierungs- und Privatisierungsbestrebungen.¹⁹⁸

F. Fazit

Der Anschlusszwang an öffentliche Wasserversorgungs- und -entsorgungseinrichtungen kann sowohl verfassungsrechtlich als auch europarechtlich gerechtfertigt sein, die niedersächsische Ermächtigungsgrundlage in § 13 NKomVG bietet hierfür eine verfassungskonforme Basis. Die einhergehenden Grundrechtsbeeinträchtigungen erfordern jedoch eine sorgfältige Betrachtung des Einzelfalls durch den Satzungsgeber. Insofern könnte insbesondere Zurückhaltung bei öffentlichen Wasserversorgungsanlagen geboten sein. Ebenso müssen bestehende Anschlusszwänge fortwährend auf ihre Erforderlichkeit überprüft werden, Veränderungen des gesellschaftlichen und technologischen Umfeldes, oder aber auch der Siedlungsstrukturen und Umwelteinflüsse, können Neubewertungen erforderlich machen. Der Anschlusszwang stellt für die Kommunen demnach im Einzelfall ein unverzichtbares Instrument zur Steuerung lokaler Wasserversorgungs- und -entsorgungskonzepte dar.

Der privaten Beteiligung an der Wasserversorgung- und -entsorgung sind durch den Anschlusszwang Grenzen gesetzt. Inwieweit eine Entwicklung hin zu mehr Konzessionsverträgen wie in Frankreich¹⁹⁹ auch in Deutschland sinnvoll ist, muss der politischen Diskussion überlassen werden. Ein Blick in andere Länder könnte wertvolle Impulse liefern

197 Kluge/Scheele, in: Franzke (Hrsg.), Wasser: Zukunftsressource zwischen Menschenrecht und Wirtschaftsgut, Konflikt und Kooperation, Potsdam 2008, S. 22; vgl. auch Laskowski, (Fn. 136), S. 791.

198 Vgl. Laskowski, (Fn. 136), S. 890 f.

199 Vgl. Brehme, (Fn. 63), S. 22 f.