List Rechtsanwälte GmbH

Mag. Christina Drösler
Rechtsanwältin

Univ.-Doz. Dr. Wolfgang List
Rechtsanwalt

Weimarer Straße 55/1
A-1180 Wien
Tel. +43 (0) 1 908 18 98 - 0
Fax +43 (0) 1 908 18 98 - 18
office@ralist.at
www.ralist.at

Sprechstelle
Geiergraben 202
A-8913 Weng im Gesäuse

An das
Landesgericht Klagenfurt als Handelsgericht
Dobernigstraße 2
9020 Klagenfurt

per webERV

Wien, 23.01.2012
4327/10 - 1/mb - 16829.doc

GZ: 24 Cg 62/10i

erstklagende Partei:	Martin Kralj Stolzstraße 1a 9020 Klagenfurt
zweitklagende Partei:	Meinhard Maier Heizhausgasse 7 9020 Klagenfurt
vertreten durch:	List Rechtsanwälte GmbH Weimarer Straße 55/1 1180 Wien Vollmacht erteilt gem § 30 Abs 2 ZPO
beklagte Partei:	Stadtwerke Klagenfurt Aktiengesellschaft St. Veiter Straße 31 9020 Klagenfurt am Wörthersee FN 199234t
vertreten durch:	Wiedenbauer Mutz Winkler Pramberger Rechtsanwälte GmbH Gabelsbergerstraße 5 9020 Klagenfurt

wegen:

Feststellung:	€	7.000,00
Unterlassung:	€	5.000,00
EV:	€	900,00
Gesamtstreitwert:	€	12.900,00

VORBEREITENDER SCHRIFTSATZ

2 - fach
1 HS

(Gemäß § 112 ZPO dem Gegenvertreter zugestellt)

VORBEREITENDER SCHRIFTSATZ

Die klagenden Parteien halten nochmals fest, dass das anhängige Verfahren darauf abzielt, die Rechtsnatur der Wasserversorgung der klagenden Parteien zu klären. Dazu stehen die klagenden Parteien auf dem Standpunkt, dass diese im Bereich der Stadt Klagenfurt durch Hoheitsakt der Gemeinde durchgeführt wird und aufgrund des Stadtrechtes der Gemeinderat zur Festsetzung der Tarife zuständig ist. Dieses ist anlässlich der „Tarifreform 2009/2010" nicht erfolgt.

Die beklagte Partei ist aufgrund eines Sacheinbringungsvertrages in die Vertragsverhältnisse mit den Wasserbeziehern in Klagenfurt gekommen. Ursprünglich bestand das Lieferverhältnis mit den Stadtwerken Klagenfurt (FN 140114p) als einem Einzelunternehmen der Stadt Klagenfurt am Wörthersee ohne eigene Rechtspersönlichkeit und wurde als Abteilung 8 des Magistrates geführt. Zur Wahrnehmung der Eigentümerrechte der Stadt wurde mittels Stadtsenatsbeschluss ein Mitglied des Stadtsenates betraut, welches diese Agenden als eigenes Referat wahrgenommen hat. Das Wasserversorgungsnetz kam durch den o.a. Sacheinbringungsvertrag in das Betriebsvermögen der beklagten Partei. Die beklagte Partei hat sich jedoch nicht um den Abschluss von neuen Verträgen bzw. um eine unveränderte Vertragsübernahme mit den Wasserbeziehern bemüht, sondern einfach ohne entsprechende Verständigungen und Vertragshandlungen auf den Abrechnungen die Firmenbezeichnung durch die Rechtsformangabe „AG" ergänzt und den Bankeinzug eigenmächtig auf anderen Konten durchführen lassen.

Die Wasserversorgung wurde seitens der klagenden Parteien aufgrund eines bei Vertragsabschluss geltenden Wassertarifes abgeschlossen. Es war für die klagenden Parteien nicht ersichtlich, ob die Versorgung auf hoheitlicher oder privatrechtlicher Basis erfolgt. Die klagenden Parteien haben sich keinesfalls verpflichtet, die Entgelte „unter Berücksichtigung" des sogenannten Äquivalenzprinzipes im Sinne des § 14 Abs 3 Z 4 FAG zu berechnen, schon gar nicht nach dem doppelten Deckungserfordernis. Dieses ist eine Vorgabe des Anteilseigners in der Satzung und richtet sich intern an den Vorstand und an den

Aufsichtsrat der beklagten Partei. Die Satzung ist ein interner Rechtsakt zwischen Organen und Aktionären und hat keine Drittwirkung in Bezug auf die Abnehmer von Wasser, sofern - wie von der beklagten Partei dargestellt - die Klagenfurter Wasserversorgung auf der Basis des Privatrechtes erfolgt.

Sollte aber eine Wasserversorgung auf privatrechtlicher Basis erfolgen, so wird die Berechtigung der beklagten Partei zur Kündigung des dann vorliegenden privatrechtlichen Vertragsverhältnisses und die Reduktion der Wasserversorgung auf eine „Notversorgung" mittels einer Druckreduzierungsblende bestritten.

Im Wesentlichen geht es also im vorliegenden Verfahren darum, ob die beklagte Partei berechtigt ist, die Wasserlieferungsverträge zu kündigen, wenn die klagenden Parteien nicht in die von der beklagten Partei vorgeschlagene Änderung der Tarifstruktur mit der Einführung eines Bereitstellungsentgeltes einwilligen und ob die beklagte Partei von sich aus berechtigt erscheint dieses Bereitstellungsentgelt durch einseitige Vertragsgestaltung zu verlangen.

Die beklagte Partei, unterliegt aufgrund des alleinigen Gesellschafters Stadt Klagenfurt am Wörthersee der Prüfungspflicht des Rechnungshofes. In einem Bericht hat der Rechnungshof festgehalten, dass die Verwaltungskosten weit über jenen der Städte Innsbruck und Villach liegen.

In diesem Zusammenhang wird ersucht der beklagten Partei aufzutragen, eine Kopie des „Original- Rechnungshofberichtes" und auch des Rohberichtes vorzulegen. Bisher hat die beklagte Partei nur den gekürzten Tätigkeitsbericht vorgelegt.

Die beklagte Partei behauptete mit Schreiben vom 30.11.2009, die Versorgung der klagenden Parteien nur dann weiter sicherstellen zu können, wenn die Ertragslage des Unternehmens in einer Weise verbessert wird, dass das Bereitstellungsentgelt eingeführt und die Gesamtentgelte durch eine für die Abnehmer ungünstige Indexregelung laufend „angepasst" würden. Das Rationalisierungspotential wäre bereits voll ausgeschöpft worden. Gegen diesen Vertragsänderungsvorschlag und

die übrigen Änderungen der AGB haben die klagenden Parteien Widerspruch erhoben.

Die zitierte Indexregelung wird derzeit von der beklagten Partei nicht vollzogen, weil sich die beklagte Partei gegenüber dem VKI u.a. zu einer diesbezüglichen Unterlassung gegen jederzeit mögliche Kündigung verpflichtet hatte, um ein diesbezügliches Feststellungsverfahren abzuwenden.

Aus dem Rechnungshofbericht geht hervor, dass das Rationalisierungspotential bei weitem noch nicht ausgeschöpft ist und insbesondere bei den Gemein- und Verwaltungskosten entsprechende Maßnahmen möglich wären, welche das Ergebnis der Gebarung im Wasserbereich weitgehend verbessern könnten, sodass eine Kostendeckung zu erreichen wäre.

Wie oben ausgeführt sollte das im Auftrag des Gerichtes erstellte Sachverständigengutachten auch die Möglichkeiten der Ergebnisverbesserung durch Rationalisierung, die Kostenstruktur der beklagten Partei in Bezug auf Aufteilung der Gemeinkosten, somit die Verwaltungskosten, schlüssig und nachvollziehbar zu klären. Der Sachverständige Mag. Möstl hat hierzu die in der Anlage zum Gutachten angeführten Unterlagen verwendet. Diese Grundlage des Gutachtens, also die Kostenrechnung, wurde – wie aus den Fußnoten der einzelnen Blätter hervorgeht – von der beklagten Partei und nicht vom Sachverständigen erstellt. Die beklagte Partei hat es nicht für notwendig erachtet, derartige bei ihr zumindest für die Jahre bis 2009 vorliegende Aufstellungen dem Gerichte vorzulegen und damit auch den klagenden Parteien zugänglich zu machen. Der Sachverständige hat lediglich eine schriftliche Interpretation verfasst und die Plausibilität ohne besondere Erläuterung erklärt. Es geht eindeutig aus den Fußnoten der Beilagen hervor, dass diese Angaben vom Konzerncontrolling erstellt wurden.

Der Sachverständige hat mehrfach erklärt, dass er es nicht vom Prüfungsauftrag umfasst sieht, unternehmenspolitische Fragen zu bewerten. In seiner schriftlichen

Fragenbeantwortung konnte er keine Darstellung darüber geben, welche kostenmäßigen Auswirkungen die vom Rechnungshof vorgeschlagen Maßnahmen gebracht hätten.

Weiter wurde vom Sachverständigen die Frage nach den Auswirkungen der Pensionsaufwendung von rund 60 Beamten-Pensionisten des Energiebereiches nur dahingehend beantwortet, dass diese eben neutralisiert wurden und keine Auswirkung auf den Bereich Wasser hätten. Eine ziffernmäßige, zeitmäßige und damit nachvollziehbare Darstellung ist nicht erfolgt.

Beweis: wie oben
Gutachten des Sachverständigen Mag. Friedrich Möst
ZV Mag. Schlacher, Leiter des Konzerncontrolling der beklagten Partei, p.A. der beklagten Partei, zum Beweis dafür, dass die Kostendeckung durch die derzeitigen Entgelte ohne Bereitstellungsentgelt gegeben wäre

Weiters ergeht das Ersuchen der beklagten Partei aufzutragen, die vorliegenden Budgetzahlen von 2011 vorzulegen und zu erläutern, welche Abweichungen zur MIP mittlerweile eingetreten sind. Gemäß Anlage ./7 des Gutachtens erfolgt die Umlage der „MS – und GS-kosten" (Abkürzung dort nicht erläutert) aufgrund der Budgetzahlen vom 25.10.2009.

Zu erörtern wäre vom Sachverständigen auch das Modell der Altersteilzeit gewesen. Dabei werden den Arbeitnehmern Freistellungen gewährt, obwohl diese bei strikter Auslegung der Arbeitsverträge noch Arbeitsleistungen zu erbringen hätten. Diesbezüglich sehen die klagenden Parteien weitere Verbesserungsmöglichkeiten, weil diese Arbeitsleistung gewinnbringend im Form der Arbeitskräfteüberlassung, z.B. an den Magistrat, verwertet hätte werden können.

Der Sachverständige führt in der Gutachtenserörterung aus, dass die Verzinsung des Eigenkapitals insofern relevant wäre, als bei der Kostenrechnung das

Gesamtkapital verzinst wird, während in der Gewinn- und Verlustrechnung nur für das Fremdkapital Zinsen angesetzt werden könnten. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, sodass die Nicht-Berücksichtigung der kalkulatorischen Eigenkapitalzinsen in der Gewinn- und Verlustrechnung den Gewinn erhöhen. Die Eigenkapitalkomponente bei der Verzinsung zur Deckung nicht betriebsnotwendigen Aufwandes, zum Beispiel für Werbung, heranziehen oder es sind diese Aufwendungen – wie in der Folge ausgeführt – als neutraler Aufwand aus der Kostenrechnung auszuscheiden. Wird nach dem Ansatz des ‚Discounted Cash Flow' gearbeitet, so kann mithilfe der sogenannten ‚Adjusted Present Value-' bzw. der ‚Weighted Average Cost of Capital-Methode' ein Unternehmenswert ermittelt werden. Letztere beschreibt, wie der Name bereits sagt, die gewichteten Gesamtkapitalkosten eines Unternehmens. Dazu werden die Zahlungsüberschüsse der Eigen- sowie Fremdkapitalgeber diskontiert, wobei die Renditeansprüche dieser Gruppen berücksichtigt werden. Da die Besteuerung von Eigen- und Fremdkapital unterschiedlich ausfällt, muss der Marktwert des Fremdkapitals vom gesamten Unternehmenswert subtrahiert werden, um dadurch den Eigenkapitalwert zu ermitteln.

Der WACC-Wert errechnet sich folgendermaßen:
WACC = EK/GK * kEK + FK/GK * kFK * (1-s) .....EK = Eigenkapital , FK = Framdkapital , GK = Gesamtkapital , kEK = Eigenkapitalkostensatz , kFK = Fremdkapitalkostensatz , s = Steuersatz auf Unternehmensebene).

Es stellt sich die Frage, wie viel ist der Anteil der bisherigen nicht betriebsnotwendigen Aufwände in der Summe des Fremdkapitals? Des Weiteren ist zu klären, wie sich das Fremdkapital bisher und aus welchen Gründen entwickelt hat (keine Zeitpunktbetrachtung – denn die derzeitigen unkorrigierten Verbindlichkeiten sind ein Abbild der Vergangenheit evtl. inkl. von ehem. Personalkosten usw.). Zusätzlich ist darzulegen, welche Risikokomponente ein Wasserversorgungsunternehmen hat, das nicht versicherbar ist (Leitungsbruch usw.).

In den Verwaltungskosten der beklagten Partei finden sich Positionen, welche für den Kostenbereich Wasser keine wie immer gearteten Auswirkungen haben. Darunter fällt Sponsoring für Sport, Auslagen für Wohlfahrtsvereine, wie Kinderdorf, Blindenverband etc. und andere Werbeaufwendungen wie Kunstförderungen, Lyrikpreis. Diese werden nach dem Gemeinkostenschlüssel umgelegt (es bleibt offen, auf welcher exakten Basis beurteilt wurde und von wann der Umlageschlüssel stammt). Solche Aufwendungen hängen mit den notwendigen Kosten des Wasserbereiches nicht zusammen, sie sind weder notwendig, noch nützlich, sondern zählen zu Luxus- und Prestigeaufwendungen des Vorstandes und der Unternehmenskommunikation. Werbung für lebensnotwendiges Wasser ist von einem Monopolanbieter unnötig. Sie sind ebenfalls keine Möglichkeit den Umsatz und damit die Erlöse des Wasserbereiches positiv zu beeinflussen. Der Wasserkunde wird wegen dieses Sponsorings sicherlich nicht zu einem erlöswirksamen höheren Wasserverbrauch animiert. Immerhin wird der Wasserbereich im Jahr 2010 mit Werbeaufwendungen von rund 120.000 Euro belastet, die sich als sonstige betriebliche Aufwendungen in Höhe von insgesamt rund 2,7 Millionen Euro darstellen. Diese sind die vom Rechnungshof kritisierten gegenüber Innsbruck und Villach weit überhöhten Verwaltungskosten.

Bezeichnenderweise wurden dem Sachverständigen hier keine Ist-Zahlen gemäß Jahresabschluss 2010, sondern Budgetzahlen für die Kalkulation vorgelegt:

Diese Zahlen ergeben eine Belastung des Wasserbereiches mit folgenden Kosten laut Anlage zum Gutachten ./7.

Vorstand und Unternehmensleitung	EUR	149.332,00
Marketing	EUR	118.610,00
Unternehmenskommunikation (Presse und Lobbying)	EUR	50.071,00
Controlling	EUR	94.586,00
Unternehmensentwicklung	EUR	240.514,00
Informationstechnologie	EUR	272.607,00

Rechnungswesen	EUR	102.381,00
Interne Revision	EUR	18.500,00
Bau- und Immobilienmanagement	EUR	313.356,00
Personalmanagement	EUR	133.223,00
Beschaffungs- und Materialmanagement	EUR	50.421,00
Summe davon	EUR	1.543.601,00

Gegenüber der Kostenrechnung Anlage ,/ 3 zum Gutachten, Position 1.5 in 1/8 bzw. 2/8 ergibt sich noch eine Differenz von rund EUR 1.000.000,00.

Der Gutachter musste oftmals eingestehen, über das Zahlenwerk keine Detailunterlagen zu besitzen, sodass es notwendig erscheint, den Leiter des Konzerncontrollings der beklagten Partei, Herrn Mag. Schlacher, zu dieser Differenz und zum Thema Aufgliederung des sonstigen betrieblichen Aufwandes und der ungewöhnlichen Steigerung zum Betriebsjahr 2009 zu befragen.

Es wäre an sich Aufgabe des Sachverständigen gewesen, in seinem Gutachten diese Fragen zu beantworten, wozu er auch in der mündlichen Erörterung nicht im Stande war.

Die vorliegenden Zahlen belegen, dass seitens der beklagten Partei hinsichtlich der Position sonstiger betrieblicher Aufwand, also Verwaltungsaufwand, äußerst ausgabenfreudig vorgegangen wurde und damit eine Anhebung der Wasserpreise in Form der Bereitstellungsentgelte keinesfalls gerechtfertigt erscheint.

Eine generelle Aussage, inwiefern die dargestellten Kosten betriebswirtschaftlichen Grundsätzen entsprechen bzw. inwieweit die Gebarung adäquat ist, war laut Angaben des Gutachters im vorliegenden Gutachten nicht zu treffen.

Außerdem bilanzierte nach Angaben der beklagten Partei bereits 2004 der Wasserbereich negativ und es wurde offenbar seitens der Erlöse aus dem Energiegeschäft quersubventioniert.

Auskunftsgemäß plant die STW AG laut SOT-Gutachten die Verwaltungskosten durch eine Fixkostendegression zu reduzieren.

Konkret sollen Dienstleistungen der Management Services sowie Shared Services für andere Wirtschaftsbetriebe der Landeshauptstadt übernommen werden. In der Planung wurde die Verwaltungskostenreduktion in Höhe des Betriebsabgangs eingestellt, sodass ein Nullergebnis resultiert.

Von der SOT wurde festgehalten, dass auf Basis der Daten der beklagten Partei offensichtlich in den Jahren 2011 bis 2015 keine Kostendeckung ohne weitere strategische Maßnahmen erzielbar wäre. Zusätzlich sind die geplanten und als Argumentation für die Bereitstellungsgebühr dienenden Rehabilitationsmaßnahmen nicht gedeckt.

Für die Mittelfristplanung wird im Bereich der Verwaltungskosten das größte Einsparungspotenzial gesehen. Dies soll auskunftsgemäß insbesondere durch Degressionseffekte in Verbindung mit der Übernahme von zusätzlichen Tätigkeiten im Management und Shared Service Bereich erfolgen. Diese Maßnahmen wären zu erläutern und zu quantifizieren

2010 wurde das bisher angewandte Verfahren der Kostenzuordnungen via Umlage teilweise durch Abschluss von sogenannten Service-Level-Agreements zwischen den zentralen Management bzw. Shared Service Bereichen und den einzelnen Geschäftsbereichen der STW AG ersetzt. Für die Zukunft ist eine Ausweitung der Service-Level-Agreements soweit als möglich angedacht, um nur mehr einen verbleibenden Rest über eine Managementfee zu verteilen. Dabei sind für diese Fälle verfügbare Fremdvergleiche heranzuziehen und über Leistungen zu begründen. Ziel muss die Umstellung von Umlageverfahren auf profit-center Betrachtung sein.

Im Rechnungshofbericht wurde festgehalten, dass im Vergleich zu den anderen

untersuchten Städten (Innsbruck und Villach) die Tangente der Verwaltungskosten zu hoch ist. Der Verwaltungskostenanteil liegt laut Rechnungshof in den Jahren 2004 bis 2008 zwischen 11,8 % und 19,1 % bezogen auf die Betriebsleistung, die anderen Städte liegen 2008 bei Werten von 3,9 % (Villach) und 13,6 % (Innsbruck).

Um eine Kostendeckung des Wasserhaushaltes zu erreichen, wird laut SOT-Gutachten wohl die Verwaltungskostentangente um 5 bis 10% sinken müssen, das sind Einsparungspotentiale von EUR 0,5 bis 1,0 Mio.

Es wird ersucht, ergänzend Herrn Mag. Ortner, Prokurist der beklagten Partei, p.A. der beklagten Partei zu laden, um die Fragen zu beantworten, welche der Sachverständige Mag.Möstl mangels Kenntnis der Detailunterlagen nicht beantworten konnte. Weiters möge der beklagten Partei der Auftrag erteilt werden den vollständigen Wirtschaftsprüfer-Abschluss-Bericht 2010 vorzulegen.

Wenn sich die beklagte Partei auf öffentlich-rechtliche Vorschriften hinsichtlich Tarifgestaltung beruft, so ist daraus auch in Bezug auf die Bereitstellungsentgelte nichts zu gewinnen. Vielmehr sieht das Gemeindewasserversorgungsgesetz für Kärnten vor, dass derartige „Gebühren" nicht vom Zählerquerschnitt, sondern von den Anschlusseinheiten, also der Fläche der angeschlossenen Wohnräume zu ermitteln ist.

Der OGH hat mit Urteil vom 14.9.2010, GZ 1 Ob 143/10a, festgehalten, dass eine Kündigungsmöglichkeit für sogenannte „Altverträge" nur dann besteht, wenn der Fortbestand der Altverträge ein derart negatives Ergebnis verursacht, dass dieses für das Unternehmen den wirtschaftlichen Ruin bedeutet. Dieses liegt aber im vorliegenden Fall nicht vor, da noch weitere Kosteneinsparungsmöglichkeiten vorhanden sind.

Martin Kralj
Meinhard Maier