

<b>Vorlage Gemeinderat</b>	<b>GR öffentlich 27.01.2016 TOP 3</b>
<b>Konzessionsverträge Wasser und Fernwärme</b>	
<b>Anlagen:</b> - <b>Konzessionsvertrag Wasser</b> - <b>Gutachten gemäß § 107 GemO zum Konzessionsvertrag Wasser</b> - <b>Nachtrag zum Konzessionsvertrag vom 9.5./15.5.2000</b> - <b>Fernwärmegestattungsvertrag</b> - <b>Gutachten gemäß § 107 GemO zum Fernwärmegestattungsvertrag</b>	

### I. Sachverhalt:

Der bestehende Konzessionsvertrag für Strom, Erdgas und Wasser zwischen der Stadt Bühl und der Stadtwerke Bühl GmbH (nachfolgend „Stadtwerke“ genannt) läuft zum 31.12.2019 aus.

Nach Ausscheiden des Mitgesellschafters Süwag bei den Stadtwerken ist die strategische Neuausrichtung der Stadtwerke für die Zukunft zu konzipieren. In diesem Zusammenhang ist das Bestehen längerfristiger Konzessionsverträge von großer Bedeutung. Um diesbezüglich Planungssicherheit zu haben, sollte die Stadt baldmöglichst die Konzessionsverträge für Strom und Gas entsprechend ihrer gesetzlichen Verpflichtung ausschreiben sowie einen neuen Konzessionsvertrag für Wasser abschließen.

Daneben besteht die Notwendigkeit, die bisherigen Aktivitäten der Stadtwerke im Bereich Fernwärme hinsichtlich der hierfür in Anspruch genommenen städtischen Wegegrundstücke auf eine vertragliche Grundlage zu stellen. Zu diesem Zweck soll mit den Stadtwerken ein Fernwärmegestattungsvertrag abgeschlossen werden. Nicht Bestandteil dieses Vertrages ist die Frage, ob und in welchem Umfang eine Fernwärmeversorgung durch die Stadtwerke aufgebaut wird. Dies ist eine strategische Entscheidung der Stadtwerke, welche der gesonderten Diskussion bedarf.

#### 1. Wasserkonzessionsvertrag

Hinsichtlich der Vergabe von Wasserkonzessionen und dem damit verbundenen Abschluss eines Wasserkonzessionsvertrages bestehen nur wenige rechtliche Regelungen. Das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) ist in diesem Bereich nicht anwendbar.

Im Gegensatz zum Bereich Strom und Gas besteht keine gesetzliche Pflicht des

Altkonzessionärs, seine Wasserversorgungsanlagen nach Ablauf des Konzessionsvertrages an den neuen Konzessionär zu übereignen. Vom Gesetzgeber ist kein Wettbewerb um die Netze beabsichtigt. Er hat im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) außerdem Konzessionsverträge, welche ein ausschließliches Versorgungsrecht zugunsten eines Unternehmens vorsehen, vom Kartellverbot freigestellt (vgl. § 31 GWB). Durch das Eigentum an den für die Versorgung notwendigen Wassernetzanlagen und dem Fehlen eines Übereignungsanspruches zugunsten eines Dritten verfügt der Altkonzessionär regelmäßig über ein Ausschließlichkeitsrecht, welches einen Wettbewerb um das Wasserversorgungsnetz sinnlos machen würde. Der Altkonzessionär könnte sich immer weigern, dem Neukonzessionär das Eigentum an den Leitungen einzuräumen. Der Aufbau eines parallelen Netzes wäre volkswirtschaftlich unsinnig und es ist nicht zu erwarten, dass ein potentieller Bewerber in einem entsprechenden Vergabeverfahren diese Verpflichtung einginge. Vor diesem Hintergrund wird angenommen, dass im Bereich der Wasserkonzessionsvergabe keine Ausschreibungspflicht der Stadt besteht und der Wasserkonzessionsvertrag im Verhandlungsverfahren direkt vergeben werden kann (vgl. auch *OLG Frankfurt*, Beschl. v. 30.08.2011, Az.: 11 Verg 3/11).

Hinsichtlich der Inhalte des abzuschließenden Wasserkonzessionsvertrages sind die Vorgaben der Konzessionsabgabenordnung v. 04.03.1941 sowie der zugehörigen Durchführungs- und Ausführungsanordnung v. 27.02.1943, welche nach wie vor weitgehend Geltung entfalten, zu beachten. Danach dürfen insbesondere keine Nebenleistungen durch die Stadtwerke versprochen werden, denen keine angemessene marktübliche Gegenleistung der Stadt gegenübersteht. Derartige, unzulässige Regelungen sind in dem als Anlage 1 beigelegten Wasserkonzessionsvertrag nicht enthalten.

Gemäß § 107 Abs. 1 Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (GemO) darf die Stadt Wasserkonzessionsverträge nur abschließen, wenn die Erfüllung der Aufgaben der Stadt nicht gefährdet wird und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Stadt und ihrer Einwohner gewahrt sind. Die Erfüllung dieser Vorgaben ist dem als Anlage 2 beigelegten Gutachten zu entnehmen. Das Gutachten geht auf Einzelne Regelungen des Vertrages ein, weshalb an dieser Stelle darauf verzichtet wird.

Gemäß § 108 GemO ist der Beschluss über den Abschluss des Wasserkonzessionsvertrages der Rechtsaufsichtsbehörde vorzulegen.

Der Wasserkonzessionsvertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit der Anmeldung bei der Kartellbehörde, da er ein Ausschließlichkeitsrecht zugunsten der Stadtwerke vorsieht (§§ 31 Abs. 1 Nr. 2, 31a Abs. 1 GWB).

## 2. Fernwärmegestattungsvertrag

Hinsichtlich der Vergabe von Wegerechten für die Verlegung und den Betrieb von Fernwärmeleitungen und dem damit verbundenen Abschluss eines Fernwärmegestattungsvertrages bestehen keine besonderen rechtlichen Regelungen. Das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) ist auch in diesem Bereich nicht anwendbar.

Ebenso besteht keine gesetzliche Pflicht des Altkonzessionärs, seine Anlagen nach Ablauf des Konzessionsvertrages an den neuen Konzessionär zu übereignen. Dementsprechend ist auch hier vom Gesetzgeber kein Wettbewerb um die Fernwärmenetze intendiert.

Da die Stadt als einzige im Stadtgebiet die Wegenutzungsrechte an den öffentlichen Grundstücken vergeben kann, ist sie insoweit Monopolist und den allgemeinen kartellrechtlichen Vorgaben (§§ 18, 19 GWB – Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung) unterworfen. Eine Freistellung vom Kartellverbot ist im Gegensatz zum Bereich Wasser nicht vorgesehen.

Fernwärmegestattungsverträge unterfallen nicht dem Vergaberecht, da seitens der Stadt keine Leistung beschafft wird. Es besteht keine vergaberechtliche Ausschreibungspflicht. Auch aus den kartellrechtlichen Bestimmungen der §§ 18, 19 GWB kann eine Ausschreibungspflicht nur dann hergeleitet werden, wenn mit der Einräumung der Wegerechte Ausschließlichkeitsrechte begründet werden. Dies könnte z.B. beim Bestehen eines Anschluss- und Benutzungszwanges angenommen werden. Im vorliegenden Fall sollen keine Ausschließlichkeitsrechte eingeräumt werden. Die Stadt ist verpflichtet, allen Interessenten diskriminierungsfrei Wegenutzungsrechte einzuräumen, weshalb nicht vom Bestehen einer kartellrechtlichen Ausschreibungspflicht ausgegangen wird (vgl. auch *Bundeskartellamt*, Sektorenuntersuchung Fernwärme, August 2012, Rn. 253).

Inhaltlich bestehen für die Fernwärmegestattungsverträge keine speziellen Beschränkungen. Die Stadt wird in diesem Rahmen privatrechtlich tätig und räumt den Stadtwerken Wegenutzungsrechte an den öffentlichen Wegegrundstücken ein (vgl. § 21 Abs. 1 Straßengesetz Baden-Württemberg). Die die Vertragsfreiheit beschränkenden Regelungen aus dem Strom-, Gas- und Wasserbereich finden keine Anwendung. Es bestehen hinsichtlich der Höhe des Gestattungsentgeltes lediglich kartell- und steuerrechtliche Grenzen. Danach darf dieses nicht missbräuchlich überhöht sein und es sollte zur Vermeidung der Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung sichergestellt werden, dass die Stadtwerke im Bereich Fernwärme einen bestimmten Mindesthandelsbilanzgewinn erwirtschaften. Diese Anforderungen sind in dem vorliegend zu schließenden Fernwärmegestattungsvertrag erfüllt (Anlage 4).

Auch Fernwärmegestattungsverträge dürften unter die Regelungen des § 107 Abs. 1 GemO fallen. Die Erfüllung der Vorgaben ist dem als Anlage 5 beigelegten Gutachten zu entnehmen.

Der Wasserkonzessionsvertrag und der Fernwärmegestattungsvertrag wurden mit den betroffenen Stellen der Verwaltung und der Geschäftsleitung der Stadtwerke Bühl GmbH besprochen. Vor Abschluss der Verträge sind die Beschlüsse der Gesellschaftsgremien einzuholen.

Nach Vorliegen der Gremienbeschlüsse und der Zustimmung der Rechtsaufsichtsbehörde aufgrund der Vorlagepflicht nach § 108 GemO werden der Wasserkonzessionsvertrag und der Fernwärmegestattungsvertrag umgehend abgeschlossen. Der bestehende Konzessionsvertrag, der erst zum 31.12.2019 endet, ist bezüglich der Wasserkonzession mit einer Nachtragsvereinbarung (Anlage 3) zu ändern. Da ein eigenständiger Wasserkonzessionsvertrag geschlossen werden soll, ist die Wasserkonzession aus dem bestehenden Konzessionsvertrag zu entnehmen.

In der Praxis zeigt sich im Rahmen von Endabstimmungen mit den beteiligten Beratern und Behörden regelmäßig, dass geringfügige Änderungen an den Formulierungen der Verträge notwendig werden. Diese Änderungen betreffen nicht den Kerngehalt der Verträge. Um solche Änderungen in Eigenverantwortung vornehmen zu können, soll der Oberbürgermeister entsprechend Ziff. 6 des Beschlussvorschlages vom Gemeinderat ermächtigt werden.

## **II. Beschlussvorschlag:**

1. Der Oberbürgermeister wird beauftragt, den Wasserkonzessionsvertrag gemäß Anlage 1 mit der Stadtwerke Bühl GmbH abzuschließen. Der Vertrag wird auf 40 Jahre abgeschlossen.
2. Der Gemeinderat nimmt das als Anlage 2 beigefügte Gutachten der Rechtsanwälte Gersemann & Kollegen zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 Gemeindeordnung für Baden-Württemberg durch den Wasserkonzessionsvertrag zur Kenntnis.
3. Der Oberbürgermeister wird beauftragt, mit der Stadtwerke Bühl GmbH den als Anlage 3 beigefügten 1. Nachtrag zum Konzessionsvertrag vom 9.5./15.5.2000 abzuschließen.
4. Der Oberbürgermeister wird beauftragt, den Fernwärmegestattungsvertrag gemäß Anlage 4 mit der Stadtwerke Bühl GmbH abzuschließen. Der Vertrag wird auf 30 Jahre abgeschlossen.

5. Der Gemeinderat nimmt das als Anlage 5 beigefügte Gutachten der Rechtsanwälte Gersemann & Kollegen zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 Gemeindeordnung für Baden-Württemberg durch den Fernwärmegestattungsvertrag zur Kenntnis.
  
6. Der Oberbürgermeister wird ermächtigt, vor Vertragsschluss aufgrund von Abstimmungen mit Beratern und dem Vertragspartner sowie ggf. durch Anregungen der Rechtsaufsicht notwendig werdende Anpassungen der unter Ziff. 1. und 3. genannten Verträge vorzunehmen, soweit der Kerngehalt der genannten Verträge nicht verändert wird

<b>Beratungsergebnis Abstimmung/Wahl</b>			<b>laut Beschluss- vorschlag</b>	<b>Abweichender Beschluss</b>
Ja	Nein	Enthalten		