

Gersemann & Kollegen | Landsknechtstraße 5 | 79102 Freiburg

Rechtsanwälte
Dieter Gersemann
Gregor Czernek LL.M.

Landsknechtstraße 5
79102 Freiburg
Tel.: 0761 / 7 03 18-0
Fax: 0761 / 7 03 18-19
freiburg@gersemann.de

Rechtsanwälte
Christoph Germer
Janis Gersemann

Mommsenstraße 45
10629 Berlin
Tel.: 030 / 2 36 31 09-0
Fax: 030 / 2 36 31 09-29
berlin@gersemann.de

www.gersemann.de

Freiburg, 14. Januar 2016

**Anforderungen des § 107 Abs. 1 S. 1
Gemeindeordnung für Baden-Württemberg**

im

Konzessionsvertrag Wasser

der

Stadt Bühl

mit der

Stadtwerke Bühl GmbH

Rechtsgutachten

durch

Rechtsanwalt Dieter Gersemann
Rechtsanwälte Gersemann & Kollegen
Freiburg i.Br. | Berlin

A. Sachverhalt und Fragestellung

Gegenstand des vorliegenden Rechtsgutachtens ist der Entwurf des Wasserkonzessionsvertrages, welcher zwischen der Stadt Bühl (nachfolgend: Stadt) und der Stadtwerke Bühl GmbH (nachfolgend: SWB) abgeschlossen werden soll.

Zentraler Vertragsgegenstand des Konzessionsvertragsentwurfes ist die Konzessionierung eines Versorgungsunternehmens, der SWB, mit der Wasserversorgung im Stadtgebiet der Stadt.

Für den Abschluss von Konzessionsverträgen durch die Stadt gelten in Baden-Württemberg die in § 107 Abs. 1 der Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (GemO BW) aufgestellten Anforderungen. § 107 Abs. 1 GemO BW hat folgenden Wortlaut:

„Die Gemeinde darf Verträge über die Lieferung von Energie oder Wasser in das Gemeindegebiet sowie Konzessionsverträge, durch die sie einem Energieversorgungsunternehmen oder einem Wasserversorgungsunternehmen die Benutzung von Gemeindegut einschließlich der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze für Leitungen zur Versorgung der Einwohner überlässt, nur abschließen, wenn die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht gefährdet wird und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner gewahrt sind. Hierüber soll dem Gemeinderat vor der Beschlussfassung das Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen vorgelegt werden.“

Dieses in § 107 Abs. 1 S. 2 GemO BW geforderte Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen soll mit der vorliegenden gutachterlichen Stellungnahme erstattet werden. Der Gutachtenauftrag besteht demnach in der Untersuchung des Entwurfes des Wasserkonzessionsvertrages (im Folgenden: Konzessionsvertrag) am Maßstab des § 107 Abs. 1 S. 1 GemO BW.

B. Rechtliche Würdigung

Der vorliegende Konzessionsvertrag unterfällt fraglos der Regelung des § 107 Abs. 1 S. 1 GemO BW. Es handelt sich um einen Konzessionsvertrag, durch den die Stadt ein Versorgungsunternehmen, die SWB, mit der Wahrnehmung der öffentlichen Wasserversorgung beauftragt (vgl. § 3 des Konzessionsvertrages) und diesem die Benutzung von Gemeindegut

gentum einschließlich der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze für Wasserversorgungsanlagen zur Versorgung der Einwohner gestattet (vgl. § 5 des Konzessionsvertrages). Nähere rechtsgutachtliche Untersuchung erfordert allein die Frage, ob der Konzessionsvertragsentwurf den Anforderungen genügt, die § 107 Abs. 1 S. 1 GemO BW an den Abschluss eines Konzessionsvertrages durch die Stadt stellt.

I. Rechtlicher Maßstab

Nach dem Wortlaut von § 107 Abs. 1 S. 1 GemO BW ist Voraussetzung für den Vertragsabschluss durch die Gemeinde, dass die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht gefährdet wird und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner gewahrt sind.

1. Aufgaben der Gemeinde

Erste Teilvoraussetzung ist, dass die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht gefährdet wird. Insofern kann zwischen verschiedenen gemeindlichen Aufgabenbereichen unterschieden werden.

a) Gemeindliche Aufgaben in der örtlichen Wasserversorgung

Zunächst sind die gemeindlichen Aufgaben im eigentlichen Gegenstandsbereich des Konzessionsvertrages in den Blick zu nehmen. Es darf die Erfüllung der gemeindlichen Aufgaben im Bereich der örtlichen Energieversorgung, d.h. hier im Bereich der örtlichen Wasserversorgung, nicht gefährdet werden.

Die Sicherstellung der örtlichen Wasserversorgung hat als gemeindliche Aufgabe ihre Grundlage in der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 71 Abs. 1 Verfassung des Landes Baden-Württemberg).

Für den Bereich Wasser ist in § 50 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) sowie in § 44 Wassergesetz Baden-Württemberg (WG) ausdrücklich gesetzlich festgeschrieben, dass die öffentliche Wasserversorgung der Gemeinde als Aufgabe der Daseinsvorsorge obliegt. Damit handelt es sich um eine gemeindliche Pflichtaufgabe.

Die Gemeinde kann die Organisationsform frei wählen, vgl. § 44 Abs. 1 S. 2 WG. Dies umfasst das Recht, auch private Dritte in die Aufgabenwahrnehmung und -erfüllung einzuschalten.¹

In § 44 Abs. 3 WG werden die Hauptzwecke der öffentlichen Wasserversorgung geregelt, in § 44 Abs. 4 WG werden Anforderungen an die Wasserversorgungsanlagen vorgegeben. Dort heißt es insbesondere:

„(3) Die öffentliche Wasserversorgung stellt sicher, dass Wasser in guter Qualität und ausreichender Menge bereit steht. Vorsorgende Maßnahmen in Bezug auf die Versorgungssicherheit und Güte sowie Maßnahmen zum Schutz der Gewässer sollen im Rahmen des Aufgabenbereichs durchgeführt und unterstützt werden. Das Wasser muss mit ausreichendem Druck zur Verfügung stehen, um im Bedarfsfall die Löschwasserversorgung in Siedlungsgebieten zu gewährleisten.“

(4) Wasserversorgungsanlagen sind nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik zu errichten, zu unterhalten und zu betreiben.[...]“

Insoweit wird durch die Gemeinde sicherzustellen sein, dass auch bei Aufgabenwahrnehmung durch Dritte diese Voraussetzungen erfüllt werden.

In diesem insbesondere durch das WG vorgegebenen Rahmen sind die gemeindlichen Wasserversorgungsaufgaben der Beurteilung nach § 107 Abs. 1 S. 1 GemO BW zugrunde zu legen.

b) Sonstige gemeindliche Aufgaben

Von der Regelung des § 107 Abs. 1 S. 1 GemO BW sind aber auch sonstige, außerhalb der örtlichen Wasserversorgung liegende gemeindliche Aufgaben erfasst, deren Erfüllung durch einen Konzessionsvertrag beeinträchtigt werden kann.

¹ vgl. Lt-Drs. 15/3760, S. 141.

Eine wichtige einschlägige Aufgabe stellt insoweit die Wahrnehmung der gemeindlichen Planungshoheit, insbesondere der hierin verankerten gemeindlichen Bauleitplanung (vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 BauGB) dar.

Es liegt im gemeindlichen Interesse, dass der Vorrang insbesondere der gemeindlichen Bauleitplanung in dem Sinne gesichert wird, dass nicht das örtliche Verteilnetz die planerischen Möglichkeiten beschränkt, etwa der Ausweisung neuer Baugebiete entgegensteht, sondern dass umgekehrt sichergestellt wird, dass die Wasserversorgung den planerischen Vorstellungen folgt.

Der Konzessionsvertrag muss deshalb auf die gemeindliche Aufgabe der Sicherung des Gemeingebrauchs an den Straßen, Wegen und Plätzen sowie auf die Notwendigkeiten der Inanspruchnahme des gemeindlichen Wegenetzes für andere, hierauf angewiesene gemeindliche Infrastrukturaufgaben, Rücksicht nehmen.

2. Berechtigte wirtschaftliche Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner

Zweite Teilvoraussetzung ist die Wahrung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner.

a) Wirtschaftliche Interessen der Gemeinde

Da die Wahrung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde als eine eigenständige Anforderung formuliert wird, geht es dabei nicht um wirtschaftliche Interessen, die hinter der Verfolgung sonstiger gemeindlicher Aufgaben (Bauleitplanung, Gewerbeansiedlung, Wirtschaftsförderung, etc.) stehen, sondern um originäre, unmittelbare wirtschaftliche Interessen in Bezug auf den Konzessionsvertrag. Damit zielt diese Anforderung auf die für die Gemeinde unmittelbar finanziell relevanten vertraglichen Vereinbarungen.

Auch an dieser Stelle wird die kommunalrechtliche Beurteilung nach § 107 Abs. 1 S. 1 GemO BW durch die einschlägigen wasserrechtlichen Vorgaben vorgeprägt. Neben der Höchstpreisregelung wird das wirtschaftliche Interesse von Gemeinden an der Erzielung

darüber hinausgehender Gegenleistungen durch besondere gesetzliche Regelungen begrenzt. Die Regelungen der Konzessionsabgabenordnung v. 04.03.1941 (KAE) und ihrer Ausführungsanordnung v. 27.02.1943 (A/KAE) sowie der Durchführungsbestimmungen v. 27.02.1943 (D/KAE) enthalten Bestimmungen zur höchstzulässigen Konzessionsabgabe und untersagen mit bestimmten Ausnahmen (Verwaltungskostenbeiträge, Folgekosten) neben oder anstelle von Konzessionsabgaben weitere Leistungen.

Im Vordergrund stehen insoweit die sogenannten Konzessionsabgaben als Gegenleistung für die Gewährung des Wegenutzungsrechts. In der Praxis werden hier regelmäßig die höchstzulässigen Konzessionsabgaben (vgl. § 2 KAE) vereinbart, es handelt sich bei diesen um durchlaufende Posten, die den Endverbrauchern in Rechnung gestellt werden.

Typische Vertragsinhalte, die die finanziellen Interessen der Gemeinde unmittelbar berühren, betreffen in diesem Bereich die sogenannten Folgekosten. Dabei geht es um mit der Durchführung des Wegenutzungsvertrages, etwa aufgrund geänderter Straßenführung, verbundene finanzielle Belastungen durch Leitungsverlegungen. § 10 A/KAE lässt insoweit die Vergütung notwendiger Kosten zugunsten der Gemeinde zu.

Weiter sind finanzielle Interessen vor allem auch in den sogenannten Endschaftsbestimmungen zu beachten. Dabei geht es um Regelungen, welche die Übernahme der Wasserversorgungsanlagen und die dafür zu entrichtende Vergütung bei Ablaufen des Konzessionsvertrages regeln.

b) Wirtschaftliche Interessen der Einwohner

Wenn weiter die Wahrung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen auch der Einwohner geboten ist, verlangt dies, dass die Gemeinde im Rahmen des Zulässigen und Möglichen eine vertraglich preisgünstige Wasserversorgung der Gemeindebevölkerung sicherstellen muss.

II. Beurteilung des Konzessionsvertrags im Einzelnen

An diesem Maßstab des § 107 Abs. 1 S. 1 GemO BW sind im Folgenden die relevanten Regelungen des Konzessionsvertrags im Einzelnen zu messen.

1. Zu 2. Kapitel Öffentliche Versorgung (§§ 3, 4)

Der Konzessionsvertrag enthält in den §§ 3 und 4 die zentralen Regelungen zur Sicherstellung der Aufgabe der öffentlichen Wasserversorgung.

Dabei enthält § 3 Abs. 1 Nr. 1 die Verpflichtung der SWB, die Wasserversorgung im Stadtgebiet sicherzustellen. Mit dieser Regelung wird gewährleistet, dass die Aufgabe der Stadt nach § 44 WG durch die SWB erfüllt wird. Insoweit wird ein vertraglicher Anspruch der Stadt auf Erfüllung durch die SWB begründet. Nr. 2 stellt sicher, dass die gesetzlichen Anforderungen an die Wasserversorgung und die Trinkwasserqualität durch die SWB eingehalten werden. Nr. 3 nimmt besondere Rücksicht auf die Belange der Stadt, indem sichergestellt wird, dass die öffentlichen Einrichtungen bei Betriebseinschränkungen im Rahmen des rechtlich Möglichen und Zulässigen vorrangig versorgt werden. Nr. 4 ermöglicht der Stadt einen Zugriff auf die Daten zum Trinkwasserverbrauch, soweit diese für Ermittlung der Abwassergebühren oder -entgelte benötigt werden. Nr. 5 stellt sicher, dass die notwendige Transparenz hinsichtlich der Versorgungsbedingungen und Preise gewährleistet wird und die Einwohner Kenntnis von diesen erlangen können. Inhaltlich wird die Angemessenheit der Versorgungsbedingungen durch die Kontrolle der Kartellbehörden wie auch der Regelungen zur AGB-Kontrolle gewährleistet und bedarf nicht zwingend einer gesonderten Verankerung im Konzessionsvertrag. Indem in § 3 Abs. 2 insbesondere die Pflicht der SWB verankert wird, jedermann zu den allgemeinen Bedingungen an das Wassernetz anzuschließen und mit Wasser zu versorgen, wird die Erfüllung der Aufgabe der Wasserversorgung durch die Gemeinde sichergestellt. Ebenso werden die Interessen der Einwohner gewahrt.

§ 4 verpflichtet die SWB zu Erhaltung, Erneuerung und Ausbau der örtlichen Wasserversorgungsanlagen und gewährleistet, dass die öffentliche Wasserversorgung während der Laufzeit des Vertrages aufrechterhalten und kontinuierlich bewirtschaftet wird. Die Regelung sichert damit die Erfüllung der Aufgaben der Stadt aus § 44 Abs. 4 WG.

2. Zu 3. Kapitel Wegenutzung (§§ 5 - 9)

Die §§ 5 bis 9 regeln die Wegenutzung durch die SWB. Die Wegenutzungsrechte werden von der Stadt als Inhaberin der Wegegrundstücke im Rahmen privatrechtlicher Vereinbarungen erteilt.

In § 5 Abs. 1 räumt die Stadt der SWB die Wegenutzungsrechte ein. Damit verschafft die Stadt der SWB die Möglichkeit, die Wasserversorgungsanlagen in den Straßengrundstücken zu verlegen und zu betreiben. Es handelt sich um einen Kernbestandteil des Konzessionsvertrages und unverzichtbare Voraussetzung der Durchführung der Wasserversorgung durch die SWB.

§ 5 Abs. 2 sieht für sonstige Grundstücke einen Verweis auf die gesetzlichen Bestimmungen der AVBWasserV vor, welche in § 8 ein entsprechendes Nutzungsrecht vorsehen. Insoweit werden die Interessen der Stadt nicht weiter eingeschränkt, als dies ohnehin aufgrund der Gesetzeslage der Fall wäre. Für darüber hinausgehende Nutzungen ist der Abschluss gesonderter Gestattungsverträge vorgesehen, was die Sicherung der gemeindlichen Interessen in diesen Fällen ermöglicht.

§ 5 Abs. 3 hält die Nutzungsrechte auch nach Entwidmung aufrecht. Angesichts des Interesses der Stadt an einer sicheren Wasserversorgung kann dies hingenommen werden, da die Nutzungsrechte nur dann weiter gelten, wenn öffentliche Interessen nicht entgegenstehen.

§ 5 Abs. 4 sieht Regelungen für den Fall vor, dass ein städtisches Grundstück, auf welchem sich Wasserversorgungsanlagen befinden, verkauft werden soll. Für diesen Fall können die SWB auf ihre Kosten die Eintragung einer Dienstbarkeit verlangen. Angesichts des Interesses der Stadt an der Aufrechterhaltung der Wasserversorgung und der Kostentragung für die Dienstbarkeit durch die SWB kann die damit gegebenenfalls einhergehende Wertminderung des Grundstückes hingenommen werden.

§ 5 Abs. 5 und 6 sehen Unterstützungspflichten der Stadt vor, wenn die Stadt Benutzungsrechte nicht aus eigener Befugnis erteilen kann bzw. eine Gestattung der Errichtung der Wasserversorgungsanlagen notwendig ist. Die Unterstützungspflichten sind nicht auf die Erreichung eines bestimmten Ergebnisses ausgerichtet und sehen keine finanzielle Unterstüt-

zung der Stadt vor. Daher kann angenommen werden, dass die finanziellen Interessen der Stadt gewahrt sind.

§ 6 Abs. 1, 4 und 5 regelt die Abstimmung der Parteien bezüglich vorzunehmender Bauarbeiten. Danach ist gegenseitig Rücksicht zu nehmen und eine Baustellenkoordination vorzunehmen. Die SWB haben vor Errichtung neuer Wasserversorgungsanlagen die Zustimmung der Stadt einzuholen, soweit es sich nicht um geringfügige Maßnahmen handelt. Die Verweigerung der Zustimmung ist darauf beschränkt, dass öffentliche oder sonstige wesentliche Belange der Stadt nicht entgegenstehen. Dies beeinträchtigt die Interessen der Stadt nicht, weil sichergestellt ist, dass öffentliche Belange in vollem Umfange gewahrt werden.

§ 6 Abs. 2 verankert die Ordnungsprinzipien der Stadt bei der Belegung von öffentlichen Verkehrswegen mit verschiedenen Medien.

§ 6 Abs. 3 stellt sicher, dass die Wasserversorgungsanlagen durch die SWB nach den aktuell anerkannten Regeln der Technik errichtet und instandgehalten werden. Besondere Anforderungen der Stadt und Umweltschutzbelange werden von den SWB berücksichtigt. Damit werden die Aufgaben der Gemeinde aus § 44 WG abgesichert.

§ 6 Abs. 6 sieht eine Unterstützungspflicht der Stadt vor, dies ist zweckdienlich.

§ 6 Abs. 7 stellt sicher, dass die Anlagen der Stadt bei Baumaßnahmen an den Wasserversorgungsanlagen gesichert werden sowie die gesetzlichen Bestimmungen für Baumaßnahmen beachtet werden. Aufwendungen der Stadt im Zusammenhang mit Baumaßnahmen werden von der SWB erstattet. Dadurch sind die Interessen der Stadt gewahrt.

§ 6 Abs. 8 sieht eine Wiederherstellung der benutzten Grundstücke, Flächen oder Bauwerke der Stadt nach der Vornahme von Bauarbeiten vor und sichert damit die Interessen der Stadt an der Erhaltung dieser Anlagen als Bestandteil des kommunalen Vermögens. Alternativ kann die Stadt anstelle der Wiederherstellung eine Entschädigung verlangen. Es ist eine Gewährleistungsfrist von fünf Jahren vereinbart, was der gesetzlichen Gewährleistungsfrist für Bauwerke entspricht. Die übrigen Bestimmungen zur Gewährleistung entsprechen den gesetzlichen Regelungen und wahren die Interessen der Stadt.

§ 6 Abs. 9 enthält eine Regelung zu gleichzeitigen Bauarbeiten und sieht diesbezüglich eine Soll-Bestimmung vor, um Bauarbeiten möglichst parallel durchzuführen und somit Synergieeffekte für beide Seiten nutzbar zu machen. Hinsichtlich der dabei anfallenden Kosten für Straßenaufbrüche ist eine verursachungsgerechte Teilung vorgesehen, was die Interessen der Stadt hinreichend wahrt.

§ 6 Abs. 10 und 11 regeln gegenseitige Hinweis- und Informationspflichten und –rechte. Diese werden im Rahmen der Baukoordination ohnehin erbracht und beeinträchtigen die Aufgaben der Stadt nicht.

§ 7 enthält Regelungen zu den Folgepflichten und zur Tragung der Folgekosten. Damit sind solche Fälle gemeint, in welchen die Wasserversorgungsanlagen verlegt oder geändert werden müssen. Grund für eine solche Änderung können neben betrieblichen Notwendigkeiten auch städtebauliche, verkehrsplanerische oder sonstige öffentliche Interessen sein. Für den Fall des Vorliegens solcher öffentlicher Interessen sieht § 7 Abs. 1 eine Folgepflicht der SWB vor, d.h. die SWB werden verpflichtet, etwaig notwendig werdende Änderungen an den Wasserversorgungsanlagen in angemessener Frist durchzuführen. Diese Folgepflicht wahrt die Interessen der Stadt und beeinträchtigt nicht deren Aufgabenerfüllung.

§ 7 Abs. 3 enthält die Regelung, dass die SWB die Folgekosten zu tragen hat.

§ 10 A/KAE sieht ausdrücklich vor, dass Aufwendungen des Wasserversorgungsunternehmens, welche aus einer Folgepflicht resultieren, keine unzulässigen Nebenleistungen sind. Die Folgekosten tragen die SWB, soweit nicht von Dritten Ersatz verlangt werden kann. Dadurch werden die Interessen der Stadt ausreichend berücksichtigt.

§ 7 Abs. 2 regelt Kostenverteilungsregelungen bei gemeinsam durchgeführten Baumaßnahmen.

§ 8 regelt die Haftung und § 9 die Beseitigung von stillgelegten Anlagen und berücksichtigt die Interessen der Stadt.

3. Zu 4. Kapitel Konzessionsabgaben und Löschwasserversorgung (§§ 10 - 13)

Die §§ 10 bis 13 regeln die Konzessionsabgaben und die Löschwasserversorgung. Die Konzessionsabgaben sind ein elementarer Bestandteil eines Wasserkonzessionsvertrages und stellen die Gegenleistung für die Zurverfügungstellung der Wegenutzungsrechte dar. Die Löschwasserversorgung ist ein wichtiger Bestandteil der öffentlichen Wasserversorgung (vgl. § 44 Abs. 3 S. 3 WG) und kann dementsprechend Regelungsbestandteil eines Wasserkonzessionsvertrages sein.

§ 10 sieht einen Anspruch der Stadt auf die jeweils höchstzulässigen Konzessionsabgaben vor. Die Höhe der zulässigen Konzessionsabgaben ist gesetzlich durch die KAE begrenzt. Durch den dynamischen Verweis auf die jeweils höchstzulässige Konzessionsabgabe ist sichergestellt, dass die Stadt immer den maximal zulässigen Betrag erhält. Die Interessen der Stadt sind durch diese Regelung gewahrt. Bei den Konzessionsabgaben handelt es sich um durchlaufende Posten, die letztlich in die Wasserpreise, welche von den Einwohnern bezahlt werden müssen, eingepreist werden. Es ist indes üblich und gängige Praxis, dass die höchstzulässigen Konzessionsabgaben vereinbart werden. Durch die preisrechtliche Begrenzung sind die Interessen der Einwohner bereits hinreichend gewahrt, sodass von einer Beeinträchtigung derselben auch dann nicht ausgegangen werden muss, wenn der Konzessionsvertrag die höchstzulässigen Konzessionsabgaben vorsieht.

§ 11 regelt die Abrechnungsmodalitäten. Durch die in Abs. 2 vorgesehenen monatlichen Abschläge ist sichergestellt, dass die Stadt einen laufenden Mittelzufluss in den Haushalt hat. Weiterhin kann die Stadt die Bestätigung der Richtigkeit der Abrechnung durch einen Wirtschaftsprüfer auf Kosten der SWB verlangen. Die Interessen der Stadt sind gewahrt.

§ 12 gewährt der Stadt einen Kommunalrabatt, der nach § 12 A/KAE zulässig ist.

§ 13 regelt Leistungen zugunsten der Stadt für Zwecke der Löschwasserversorgung und der Straßenreinigung. Nach § 6 KAE i.V.m. § 12 A/KAE können solche unentgeltlichen Wasserlieferungen und Leistungen als nicht vom Nebenleistungsverbot umfasst angesehen werden. Hinsichtlich der Notwendigkeit weiterer Anlagen zur Löschwasserversorgung oder die Ausweitung der vorgehaltenen Wassermengen ist in Abs. 4 eine Abstimmungsverpflichtung vorgesehen und werden die entstehenden Kosten einer gesonderten Regelung vorbehalten. Die

Interessen der Stadt wie auch der Bürger sowie die Aufgabenerfüllung der Stadt werden durch diese Regelungen nicht beeinträchtigt.

4. Zu 5. Kapitel Endschaftsbestimmungen (§§ 14 - 18)

Die §§ 14 bis 18 enthalten Regelungen, welche die Situation nach Auslaufen des Konzessionsvertrages betreffen. Dies betrifft insbesondere die Behandlung der Wasserversorgungsanlagen und die Kosten einer notwendig werdenden Entflechtung.

§ 14 enthält eine Verpflichtung der SWB zur Übertragung der Wasserversorgungsanlagen und der zugehörigen Rechte an die Stadt bzw. an einen Übernehmer, an welchen die Stadt ihre Rechte abtreten kann. Als Gegenleistung ist ein Übernahmeentgelt vorgesehen, welches in § 16 näher als Sachzeitwert begrenzt durch den Ertragswert definiert ist. Damit erhält die Stadt die Möglichkeit, die Wasserversorgungsanlagen nach Vertragsende zu einem wirtschaftlich angemessenen Kaufpreis zu erwerben. Der Ertragswert als Obergrenze stellt sicher, dass immer ein Preis geschuldet wird, der mit diesen Anlagen auch wieder erwirtschaftet werden kann. Über diese Regelung wird der Stadt ermöglicht, nach Beendigung des Konzessionsvertrages ihrer gesetzlichen Pflichtaufgabe zur Sicherstellung der öffentlichen Wasserversorgung nachzukommen und die hierfür erforderlichen Wasserversorgungsanlagen zu erwerben bzw. die Übertragung auf denjenigen Dritten zu veranlassen, dem sie diese Aufgabe übertragen hat. Die Interessen und Aufgaben der Stadt sind damit gewahrt.

§ 15 trifft Regelungen zur dinglichen Sicherung derjenigen Anlagen, die sich bei Ende des Konzessionsvertrages auf Grundstücken der SWB befinden und vom Übernehmer übernommen werden sollen. Um die Weiternutzung der Grundstücke für die Wasserversorgungsanlagen sicherzustellen, ist eine dingliche Sicherung durch die SWB vorgesehen.

§ 17 regelt die Entflechtungskosten, d.h. diejenigen Kosten, die anfallen, um das Netz von umgebenden Netzen zu trennen und gegebenenfalls in ein anderes Netz einzubinden. Die Kosten hierfür sind im Rahmen des konzessionsabgaberechtlich Zulässigen von der SWB zu tragen. Diese Regelung berücksichtigt die wirtschaftlichen Interessen der Stadt, da gemäß dem Gedanken des § 448 BGB die Kosten der Übergabe einer Sache vom Verkäufer zu tragen sind.

§ 18 regelt Informationsverpflichtungen der SWB, die gewährleisten, dass sowohl die Stadt wie auch ein möglicher dritter Übernehmer, vor und nach Auslaufen des Konzessionsvertrages ausreichende Informationen über das Wasserversorgungsnetz erhalten.

5. Zu 6. Kapitel Laufzeit (§ 19)

§ 19 sieht eine Laufzeit des Konzessionsvertrages von 40 Jahren vor. Längere Laufzeiten als die im Bereich Strom und Gas höchstzulässigen 20 Jahre sind im Bereich der Wasserversorgung nicht unüblich, sodass hierdurch die Beeinträchtigung der kommunalen Aufgaben und Interessen nicht beeinträchtigt sein dürfte. Die Stadt hat die Möglichkeit, den Vertrag vorzeitig nach 20 bzw. 25 Jahren zu kündigen.

6. Zu 7. Kapitel Ausschließlichkeit, kartellrechtliche Anmeldung (§§ 20 - 21)

Die §§ 20, 21 sehen eine Ausschließlichkeit des Wasserkonzessionsvertrages mit der SWB vor. Dies hat zur Folge, dass die Stadt gehindert ist, mit einem anderen Wasserversorgungsunternehmen während der Laufzeit des Konzessionsvertrages einen solchen Vertrag abzuschließen. Es ist eine ausdrückliche Unterlassungspflicht geregelt. Nach den gesetzlichen Bestimmungen des § 44 WG, § 50 WHG ist die Stadt zur Sicherstellung der öffentlichen Wasserversorgung verpflichtet. Dies lässt den Schluss zu, dass von Gesetzes wegen schon eine Ausschließlichkeit durch einen Versorger, nämlich die Stadt, gewollt ist. Dementsprechend kann auch angenommen werden, dass die Stadt diese Aufgabe ausschließlich auf einen Dritten übertragen kann.

§ 21 sieht die kartellrechtlichen Modalitäten der Anmeldung vor. Gemäß §§ 31 Abs. 1 Nr. 2, 31a Abs. 1 GWB bedürfen Wasserkonzessionsverträge, welche eine Ausschließlichkeit zugunsten des Vertragspartners vorsehen, zu ihrer Wirksamkeit der Anmeldung bei der Kartellbehörde. Der Stadt entstehen hierdurch keine Kosten, da der Konzessionsvertrag insoweit eine Kostentragung durch die SWB vorsieht.

7. Zu 8. Kapitel Allgemeine Bestimmungen (§§ 22 – 25)

In den §§ 22 bis 25 werden allgemeine Bestimmungen getroffen, welche den Vertrag betreffen.

§ 22 Abs. 2 ermöglicht den Parteien, eine Vertragsanpassung zu verlangen, wenn sich die wasserwirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen sowie wirtschaftlichen Verhältnisse so wesentlich ändern, dass eine Aufrechterhaltung des Vertrages unzumutbar ist. Die Regelung betrifft damit den Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und wahrt auch die Interessen der Stadt.

§ 23 ermöglicht eine Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Vertrag durch die SWB auf ein verbundenes Unternehmen. Dadurch, dass die Zustimmung der Stadt erforderlich ist und diese verweigert werden kann, können die Interessen der Stadt als gewahrt angesehen werden.

Der in § 24 vorgesehene Gerichtsstand entspricht dem auch gesetzlich für die Vertragsparteien vorgesehenen.

§ 25 Abs. 2 stellt sicher, dass der Stadt durch den Abschluss des Vertrages keine Kosten entstehen.

III. Gesamtbetrachtung

In der Gesamtbetrachtung aller Regelungen des Konzessionsvertrages ist zu beurteilen, ob der Vertrag den Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 S. 1 GemO entspricht. Zwar enthält der Vertrag an einigen Stellen Regelungen, welche auch die Stadt mit Pflichten versehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Stadt mit vorliegendem Vertrag ihre Wasserversorgungsaufgabe einem Dritten zur Erfüllung überträgt. Die wirtschaftlichen Interessen des Dritten können im Sinne einer ausgewogenen Regelung dabei nicht vollständig ausgeblendet werden. Dementsprechend ist es hinzunehmen, wenn auch die Stadt an einigen Stellen Verpflichtungen übernimmt. In der Gesamtschau der Regelungen des Konzessionsvertrages kann fest-

gestellt werden, dass durch dessen Abschluss die Aufgaben der Stadt und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen derselben und ihrer Einwohner nicht gefährdet wird.

C. Zusammenfassung

Der Konzessionsvertragsentwurf enthält ausgewogene Regelungen, welche der Durchführung der Wasserversorgung durch einen Dritten und der damit verbundenen Einräumung der Wegenutzungsrechte Rechnung tragen. Die Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 S. 1 GemO können als erfüllt angesehen werden. Dementsprechend stehen dem Abschluss des Vertrages aus dieser Perspektive keine Hindernisse entgegen.

Dieter Gersemann
Rechtsanwalt