



PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwalts-gesellschaft
Friedrichstraße 14, 70174 Stuttgart

Stadt Ravensburg
Herrn Gerhard Engele
Rudolfstraße 22
88214 Ravensburg

*PricewaterhouseCoopers Legal
Aktiengesellschaft
Rechtsanwalts-gesellschaft*

*Friedrichstraße 14
70174 Stuttgart
Postfach 10 38 53
70033 Stuttgart
www.pwclegal.de*

*Tel.: +49 711 25034-3138
Fax: +49 711 25034-4229
christopher.siebler@de.pwc.com*

19. Juni 2018
Unser Zeichen:
0.0865444.001

Gutachterliche Stellungnahme gemäß § 107 GemO zum Entwurf des Wasserkonzessionsvertrages

Sehr geehrter Herr Engele,

in vorbezeichneter Angelegenheit möchten wir uns nochmals für unsere Beauftragung bedanken und wie folgt Stellung nehmen:

A. Auftragsgegenstand

Der Abschluss von Energie- und Wasserverträgen setzt nach § 107 Abs. 1 Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (nachfolgend: GemO) voraus, dass aus dem vor-benannten Vertrags-schluss keine Gefährdung der Erfüllung der Gemeindeaufgaben resultiert und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner gewahrt sind. Bezüglich der Einhaltung dieser Kriterien soll dem Gemeinderat vor der Beschlussfassung das Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen vorgelegt werden.

Die Stadt hat vor diesem Hintergrund die PricewaterhouseCoopers Legal AG Rechtsanwalts-gesellschaft beauftragt, in Erfüllung von § 107 Abs. 1 GemO zum Entwurf des Konzessionsvertra-ges Wasser im Stadtgebiet der Stadt Ravensburg (nachfolgend: Konzessionsvertrag) gutachter-lich Stellung zu nehmen.

...

B. Sachverhalt

Die Stadt Ravensburg (nachfolgend: Stadt) beabsichtigt, mit der TWS Netze GmbH (nachfolgend: Konzessionärin) einen Konzessionsvertrag über die Versorgung von Letztverbrauchern mit Trinkwasser und damit verbunden die Nutzung öffentlicher Verkehrswege zum Bau und Betrieb von Leitungen für die Wasserversorgung im Stadtgebiet abzuschließen. Der entsprechende Vertragsentwurf wurde uns zur gutachterlichen Prüfung gemäß § 107 Abs. 1 GemO überlassen. Das Gutachten soll sodann dem Gemeinderat der Stadt vor dessen Beschlussfassung zur Verfügung gestellt werden.

Im Bereich der Wasserversorgung gibt es – anders als etwa im Bereich der Gas- und der Stromversorgung – keinen mit den kommunalen Spitzenverbänden abgestimmten Musterkonzessionsvertrag, sodass es einer vollumfänglichen Überprüfung des von der Stadt vorgelegten Vertragswerkers bedarf.¹

C. Rechtliche Begutachtung

Gemäß § 107 Abs. 1 GemO darf eine Kommune Verträge, durch die sie einem Versorgungsunternehmen die Benutzung von Eigentum der Gemeinde 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.

Eine Gefährdung der Erfüllung der Aufgaben der Kommune wäre beispielsweise dann gegeben, wenn Belastungen und Bindungen eingegangen würden, die die Finanzkraft der jeweiligen Kommune übersteigen und die wirtschaftliche Entwicklung hemmen.²

I. zu § 1: Begriffsbestimmungen

Die in § 1 des Vertrages gefassten Begriffsbestimmungen sind isoliert betrachtet ohne relevanten Regelungsgehalt, so dass hierdurch nicht die Erfüllung der städtischen Aufgaben gefährdet ist

¹ Liegt ein Musterkonzessionsvertrag vor und hält sich die Gemeinde an diesen Musterkonzessionsvertrag, so bedarf es keines gesonderten Sachverständigengutachtens, vgl. Ade, Praxis der Kommunalverwaltung, Kommentierung zur GemO BW, Band B 2 BW, § 107 GemO

² Vgl. Ade, Praxis der Kommunalverwaltung, Kommentierung zur GemO BW, Band B 2 BW, § 107 GemO; Kunze/Bronner/ Katz, Kommentierung zur GemO BW, Band 3, § 107 GemO, Rn. 32

und die wirtschaftlichen Interessen der Stadt und ihrer Einwohner isoliert betrachtet nicht berührt werden.

II. Zu § 2: Konzessionsgebiet

In § 2 des Vertrages wird durch die Festlegung des Konzessionsgebiets der Vertragsgegenstand klar definiert. Durch diese klare Definition wird die Stadt bei der Erfüllung ihrer Aufgaben jedenfalls nicht beeinträchtigt. Die Aufzählung der Versorgungsgebiete, die nicht zu dem Konzessionsgebiet gehören, sondern zu der Wasserversorgungsgruppe Wolketsweiler trägt zur genauen Kennzeichnung des Konzessionsgebietes bei. Dies dient der Aufgabenabgrenzung und präzisiert welche Aufgaben nunmehr übertragen werden und für welches Konzessionsgebiet dies erfolgen soll. In Abhängigkeit zur Konzessionsabgabenregelung sind die finanziellen Interessen durch diese Regelung ausreichend gewahrt.

III. Zu § 3: Übertragung der Wasserversorgungspflicht auf die TWS

In § 3 Abs. 1 wird die Aufgabe der Stadt zur Trinkwasserversorgung auf die Konzessionärin übertragen.

Nach § 44 Abs. 1 Satz 1 Wassergesetz Baden-Württemberg (nachfolgend: WasserG BW) handelt es sich bei der Trinkwasserversorgung um eine Pflichtaufgabe der Stadt im Rahmen ihrer Daseinsvorsorge. Die Stadt kann nach § 44 Abs. 1 Satz 2 WasserG BW die Organisationsform frei wählen, soweit und solange die Erfüllung der Aufgabe gewährleistet ist. Insoweit decken sich die Anforderungen von § 107 GemO und 44 WasserG BW. Eine Gefährdung der Erfüllung städtischen Aufgaben nur insoweit stattfinden als diese Aufgaben nicht bereits übertragen wurden. Der Wortlaut des § 44 Wassergesetz Baden-Württemberg, als auch der systematische Blick auf vergleichbare Normen anderer Landesgesetze, der Sinn und Zweck des §§ 44 Wassergesetz Baden-Württemberg und dessen Entstehungsgeschichte lassen auf eine Zulässigkeit materiellen Privatisierung der Wasserversorgung in Baden-Württemberg schließen. Es muss jedoch die Besonderheit beachtet werden, dass die Aufgabe der Wasserversorgung Teil der Daseinsvorsorge ist, zu deren Gewährleistung die Gemeinde kraft verfassungsrechtliche Vorgaben verpflichtet ist. Ob die Gemeinde bei der Einschaltung Dritter weiterhin Trägerin der Aufgabe bleibt insoweit für deren Erledigung verantwortlich ist, oder ob auch diese Verantwortung auf dem privaten übergeht, richtet sich allgemein nach der im konkreten Fall gewählten Konstruktion. Für die materielle Privatisierung ist charakteristisch, dass die, grundsätzlich von denen Gemeinde zu

erfüllende, Aufgabe auf den privaten übergeht hierbei ist man verbreitet der Ansicht, dass die kommunale Aufgabe vollständig übergeht, d. h. die Gemeinde nicht mehr Träger der Verantwortung für die Aufgabenerfüllung ist. Davon jedoch unabhängig bleibt die Besonderheit zu berücksichtigen, dass die Wasserversorgung als solche zum verfassungsrechtlich geschützten Aufgabenkreis der Gemeinde nach Art. 28 Abs. 2 GG gehört. Die Norm garantiert dabei nicht nur die Kompetenz, sondern auch die grundsätzliche Verantwortung der Gemeinde zu Wasserversorgung. Aus dieser verfassungsrechtlichen Verankerung folgt, dass sich eine Gemeinde ihrem genuinen Verantwortungsbereich, wozu die kommunale Daseinsvorsorge und damit auch die Trinkwasserversorgung zu zählen ist, nicht entziehen kann, eine vollständige Übertragung von Aufgaben und Verantwortung vielmehr unzulässig ist. Es besteht vielmehr das Gebot der Sicherung und Wahrung des eigenen Aufgabenbestandes. Zieht sich der Staat aus der Erledigung der, ihm originär zugeschriebenen Aufgabe der Wasserversorgung durch materielle Aufgaben Privatisierung zurück, lässt dies seine Verantwortung bzw. öffentliche Pflicht zur Erfüllung der Wasserversorgung unberührt allein die konkrete Ausprägung der vom Staat zu tragenden Verantwortung ändert sich, sogenannte „Pflicht zur Gemeinwohlsicherung unter veränderten Bedingungen“: Der Kommune obliegt nun die Pflicht, die dauerhafte, sozial und ökologisch verträgliche Versorgung der Bevölkerung mit Trinkwasser durch den privaten Dritten zu gewährleisten. Grund dafür, dass es der Staat sein muss, der auch im Fall der Aufgaben Privatisierung in der Verantwortung bleibt, eine hinreichende Trinkwasserversorgung zu gewährleisten, ist nicht zuletzt die verfassungsrechtliche Begründung der dahinterstehenden Gewährleistungsverantwortung. Sowohl die Grundrechte, als auch das Sozialstaatsgebot aus Art. 1, 20 Abs. 1 GG und den Art. 20a GG statuierte Schutz der Lebensgrundlagen sind primär den Staat als solchen adressiert, nicht an private Dritte. Überträgt der Staat die Aufgabe der Wasserversorgung auf den privaten Sektor, ändert dies daher nichts daran, dass nur er Adressat oben genannter Normen ist. Die hieraus resultierenden staatlichen Pflichten bestehen nun in Form von Schutzaufträgen und -pflichten.

Insoweit gibt es trotz der Übertragung gewisse Aufgaben der Stadt, deren Erfüllung durch den Abschluss des Konzessionsvertrages gefährdet sein können.

In § 3 des Konzessionsvertrages findet sich jedoch keine Regelungen die der Stadt diese Aufgabenerfüllung erschweren. Es finden sich vielmehr Regelungen in denen der Konzessionärin im Sinne dieser Aufgabenerfüllung vertragliche Pflichten auferlegt werden. So muss die Konzessionärin die Wasserversorgung im Rahmen der Bestimmungen der AVBWasserV gewährleisten.

Dies stellt die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde - hier mit der Wasserversorgung - sicher. Die Vorgaben des § 107 Abs. 1 GemO sind somit erfüllt.

IV. Zu § 4: Erhaltungs-, Erneuerungs- und Ausbaupflichten

Das vorgesezte gilt ebenso hinsichtlich der mit der Übertragung der Versorgungspflicht einhergehenden Verpflichtung die örtlichen Wasserversorgungsanlagen zu erhalten, zu erneuern und auszubauen, zumal gerade das öffentliche Interesse zur Sicherstellung einer sicheren öffentlichen Versorgung als Maßstab hervorgehoben ist.

V. Zu § 5: Wegenutzungsrecht

Für die Errichtung, den Betrieb, die Unterhaltung und Erneuerung muss der Konzessionärin ein diesbezügliches Wegerecht an den öffentlichen Verkehrswegen eingeräumt werden.

Die Erfüllung der Aufgaben der Stadt ist bei der vorliegenden üblichen Gestaltung in § 3 Abs. 1 grundsätzlich nicht gefährdet, da die Stadt die in ihrem Eigentum stehenden Grundstücke in ihrem Sinne weiterhin weitestgehend nutzen kann und der Nutzungszweck eng definiert ist.

Auch in den Regelungen der übrigen Absätze ist eine Gefährdung i.S.v. § 107 GemO nicht zu erblicken. So wird etwa lediglich auf ohnehin geltende Bestimmungen oder auf die geltende Rechtslage verwiesen, der Bestandsschutz im Weiteren geregelt, Unterstützungsleistungen gefordert sowie die Sonderrechtsfähigkeit der verbauten Anlagen geregelt.

VI. Zu § 6: Bau und Betrieb von Wasserversorgungsanlagen

Die Regelungen in § 6 des Vertrages hinsichtlich der Informationspflichten und der Koordination von Baumaßnahmen gefährden nicht die Aufgabenerfüllung der Stadt soweit der Stadt hierdurch lediglich Rechte eingeräumt bzw. lediglich der Konzessionärin Pflichten auferlegt werden. Solche Regelungen erweitern lediglich den Handlungsspielraum der Stadt. Diese Regelungen dienen vielmehr dazu die Aufgabenerfüllung durch die Stadt zu gewährleisten. Ganz deutlich wird dies in der in Abs. 1 auferlegten Grundpflicht der Konzessionärin bei der Inanspruchnahme auf eine möglichst geringe Beeinträchtigung für die Stadt und deren Einwohner zu achten.

In der indifferenten Regelung in § 6 Abs. 2 wird das ohnehin geltende Veranlasserprinzip statuiert. Da insoweit jeder Handelnde die Konsequenzen aus seinem eigenen Handeln zu tragen hat,

wird hierdurch nicht per se die Aufgabenerfüllung durch die Stadt gefährdet. So trägt die Konzessionärin für durch sie veranlasste Aufgrabungen auch die dadurch entstandenen Kosten. Insoweit werden die wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner gem. § 107 Abs. 1 GemO gewahrt. Dies gilt auch für den Fall, dass die Stadt diese Aufgrabungen für eigene Sanierungsmaßnahmen u.ä. mitnutzt. In diesem Fall werden die anfallenden Oberflächenwiederherstellungskosten verursachungsgemäß aufgeteilt.

Die in § 6 des Vertrages der Stadt aufgebürdeten Pflichten zur Information über beabsichtigte Baumaßnahmen, zur Unterstützung bei der Trassenfindung und der Erlangung öffentlich-rechtlicher Genehmigungen sowie beim Erwerb von Grundstücken usw. schränken zwar den Handlungsspielraum der Stadt grundsätzlich ein, jedoch sind die übernommenen Pflichten nicht so weitreichend, dass hier von einer Gefährdung der Aufgabenerfüllung durch die Stadt i.S.v. § 107 GemO geredet werden kann.

VII. Zu § 7: Änderung von Versorgungsanlagen auf Verlangen der Stadt

Die Regelung in § 7 des Vertrages dient gerade der Aufgabenerfüllung durch die. Insoweit kann sich eine Gefährdung der Aufgabenerfüllung nur aus der Folgekostenregelung ergeben. Die Stadt ist jedoch durch diese nicht gehindert zum Zwecke der Aufgabenerfüllung eine Änderung von Versorgungsanlagen zu verlangen. In Wasserkonzessionsverträgen ist es nicht unüblich eine altersabgestufte Folgekostentragung zu regeln. Grundsätzlich stellt eine solche Regelung einen interessensgerechten Ausgleich dar.

VIII. Zu § 8: Haftung

Vorliegend kann in den Haftungsregelungen keine Gefährdung der Aufgabenerfüllung durch die Stadt i.S.v. § 107 GemO erblickt werden, da die Stadt von der Haftung von Ansprüchen Dritter bezüglich Schäden, die bei der Errichtung, Änderung, Entfernung oder dem Betrieb der Anlagen entstehen freigestellt ist. Insoweit besteht nicht die Gefahr, dass die Stadt aufgrund der Übertragung der Wasserversorgung und der Einräumung des korrespondierenden Wege- und Nutzungsrecht von Dritten derart in die Haftung genommen wird, dass sie über keine ausreichende Finanzkraft für ihre Aufgabenerfüllung mehr verfügt. Die Ausklammerung der Haftung für Unterbrechungen oder Unregelmäßigkeiten bzw. Störungen in der Anschlussnutzung und/oder Belieferung mit Wasser, gefährdet die Aufgabenerfüllung durch die Stadt nicht, da nach der AVB-

WasserV ohnehin das Wasserversorgungsunternehmen für solche Sachverhalte haftet. Im Rahmen der vertraglichen Haftung wird das Verschulden grundsätzlich widerlegbar vermutet wird. Insoweit ist die Regelung in § 6 Abs. 2, wonach die Stadt nur haftet, wenn ihr ein Verschulden nachgewiesen wird, vorteilhaft und führt insoweit nicht zu einer Gefährdung der Aufgabenerfüllung. Dies gilt im gleichem Maße für die Beschränkung zugunsten der Stadt auf die dafür entstehenden Selbstkosten.

IX. Zu § 9: Stillgelegte Anlagen

In § 9 wird der Handlungsspielraum der Stadt erweitert. Ihr wird das Recht eingeräumt die Beseitigung von stillgelegte Anlagen auf Kosten der Konzessionärin zu verlangen. Aus der Erweiterung der Handlungsoptionen kann schlechterdings keine Gefährdung der Aufgabenerfüllung erwachsen.

X. Zu § 10: Konzessionsabgaben

Vorliegend wird die Zahlung der höchstzulässigen Konzessionsabgaben vereinbart. Insoweit hat die Stadt im größtmöglichen Umfang ihren finanziellen Handlungsspielraum erweitert, um diese Finanzen gerade auch zur Erfüllung ihrer Aufgaben einsetzen zu können.

XI. Zu § 11: Abrechnung

Vorliegend wurde der Stadt die Möglichkeit eingeräumt monatliche Abschlagszahlungen zu verlangen. So kann die Stadt die Einkünfte zeitnah zu ihrer Aufgabenerfüllung nutzen. Die Ordnungsgemäßheit der Abrechnung wird zusätzlich durch Testat auf Kosten der Konzessionärin gewährleistet. Insoweit ist keine Gefährdung der Aufgabenerfüllung durch die Stadt zu erblicken.

XII. Zu § 12: Kommunalrabatt

Durch die Vereinbarung des höchstzulässigen Kommunalrabatts in § 12 hat die Stadt ihren finanziellen Handlungsspielraum vergrößert und kann die freigewordenen finanziellen Mittel zu ihrer Aufgabenerfüllung einsetzen.

XIII. Zu § 13: Löschwasserversorgung

In § 13 hat die Stadt mit der Vereinbarung der gesetzlich möglichen Nebenleistungen ihre Aufgabenerfüllung gerade abgesichert. Insoweit geht von den in § 13 des Vertrages getroffenen Regelungen keine Gefährdung der Aufgabenerfüllung aus. Vielmehr wäre die Aufgabenerfüllung ohne eine entsprechende Regelung gefährdet.

XIV. Zu § 14: Übertragung der Wasserversorgungsanlagen

In § 14 des Vertrages wird ein Erwerbsrecht der Stadt statuiert. Dieses vergrößert den Handlungsspielraum der Stadt und engt ihn nicht auf Kosten ihrer Aufgabenerfüllung ein. Bei der hier vereinbarten angemessenen Vergütung ist von einem ausgewogenen Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung auszugehen. Die zu übernehmenden Wasserlieferverträge sind aufgrund der AVBWasserV weitestgehend standardisiert. Es wird gerade sichergestellt, dass die Stadt nachvertraglich ihrer Daseinsfürsorgeaufgabe nachkommen kann.

XV. Zu § 15: Entflechtungskosten

Da nach der Regelung in § 15 des Vertrages die TWS die Entflechtungskosten zu tragen hat, besteht nicht die Gefahr, dass die finanziellen Mittel zur Aufgabenerfüllung fehlen.

XVI. Zu § 16: Verfahrensmäßige Endschaftsbestimmungen

Die in § 16 statuierten Auskunftsansprüche der Stadt bzw. eines benannten Dritten erweitern ausschließlich den Handlungsspielraum der Stadt und geben ihr Möglichkeiten zur Information. Insoweit ist keine Gefährdung der Aufgabenerfüllung zu erblicken.

XVII. Zu § 17: Laufzeit Kündigung

Grundsätzlich ist eine überlange Vertragsdauer geeignet den Handlungsspielraum der Stadt einzuengen. Dies wirkt sich jedoch primär auf den Aufgabenbereich der Wasserversorgung und nicht auf die sonstige Aufgabenerfüllung aus. Insoweit besteht eine Wechselwirkung zu der übrigen Vertragsgestaltung. Insgesamt hält sich der Wasserkonzessionsvertrag im Rahmen des üblichen und löst nicht per se eine Gefährdung der Aufgabenerfüllung aus. Vorliegend geht von der Laufzeitvereinbarung keine Gefährdung der Aufgabenerfüllung der Stadt aus, da in diesem Falle ohnehin ein gesetzliches Kündigungsrecht besteht.

XVIII. Zu § 18: Ausschließlichkeit

Das vorgesagte trifft ebenso auf die in § 18 getroffene Regelung zu.

Der Handlungsspielraum wird auf die Wasserversorgung bezogen eingeschränkt. Auch gibt es wiederum eine Wechselwirkung mit den sonstigen Regelungen im Konzessionsvertrag. Darüber hinaus ist bei der vorliegenden Vereinbarung eines Ausschließlichkeitsrecht zu berücksichtigen, dass parallele Wasserversorgungsnetze wirtschaftlich sinnlos sind und de facto keine parallele Wasserversorgung stattfindet. Die Daseinsvorsorgeaufgabenerfüllung der Stadt ist jedenfalls nicht gefährdet, da die Versorgungsaufgabe keine parallele Versorgung einfordert.

XIX. Zu § 19: Kartellrechtliche Anmeldung

In § 19 wird lediglich die TWS zur kartellrechtlichen Anmeldung auf deren Kosten verpflichtet. Auch der Hinweis die Beschlussvorlage über den Konzessionsvertrag der Rechtsaufsichtsbehörde gem. § 108 GemO vorzulegen und die Einhaltung der Vorschriften des § 107 Abs. 1 GemO stellen keine Gefährdung i.S.v. § 107 GemO dar. Im Gegenteil sie sichern die Einhaltung dieser Vorschriften gerade ab.

XX. Zu § 20: Übertragung von Rechten und Pflichten, Eigentum an den örtlichen Wasserversorgungsanlagen

Durch den Zustimmungsvorbehalt in § 20 des Vertrages kann ohne das Einverständnis der Stadt keine Übertragung vorgenommen werden. Insoweit ist die Regelung vor dem Hintergrund des § 107 GemO nicht zu beanstanden.

XXI. Zu § 21: Gerichtstand

Durch die Kostenteilung der außergerichtlichen Vermittlung ergeben sich keine Gefährdungen der Aufgabenerfüllung, da im Hinblick auf die überschaubaren Kosten der Stadt die finanziellen Spielräume für ihre sonstige Aufgabenerfüllung verbleiben werden. Aus der sonstigen Gerichtsstandvereinbarung ergibt sich keine Gefährdung i.S.v. § 107 GemO.

XXII. Zu § 22: Schriftform, Anpassung, Gebühren

Die Regelungen in § 22 führen zu keiner Gefährdung i.S.v. § 107 GemO.

D. Ergebnis:

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass der Vertragsentwurf den Vorgaben des § 107 Abs. 1 GemO Rechnung trägt. Der Vertrag gefährdet nicht die Erfüllung der Aufgaben der Stadt, wahrt unseres Erachtens ihre berechtigten wirtschaftlichen Interessen und die ihrer Einwohner und kann insgesamt als ausgewogen angesehen werden.

Mit freundlichen Grüßen

PricewaterhouseCoopers Legal
Aktiengesellschaft
Rechtsanwaltsgesellschaft



Christopher Siebler
Rechtsanwalt



Nicolas Plinke
Rechtsanwalt